

Regards chinois sur le contrôle des investissements étrangers entre libéralisme et souveraineté - un conflit de valeurs

Chinese perspectives on foreign investment control between liberalism and sovereignty - a clash of values

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630, Droit, Économie, Management (DEM)
Spécialité de doctorat : Droit privé et Sciences criminelles
Graduate School : Droit
Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Thèse préparée au DANTE (Université Paris-Saclay, UVSQ), sous la direction de
Jean-Pierre Desideri, Maître de conférences H.D.R

Thèse soutenue à Guyancourt, le 13 décembre 2023, par

Shanyue HUANG

Composition du Jury

Membres du jury avec voix délibérative

Madame Fabienne JAULT-SESEKE

Professeure, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Présidente

Monsieur Banggui JIN

Maître de conférences H.D.R, Aix-Marseille Université

Rapporteur et examinateur

Monsieur Arnaud RAYNOUARD

Professeur H.D.R, Université Paris Dauphine-PSL

Rapporteur et examinateur

Madame Sabrina ROBERT-CUENDET

Professeure, Nantes Université

Examinatrice

Titre : Regards chinois sur le contrôle des investissements étrangers entre libéralisme et souveraineté - un conflit de valeurs

Mots clés : Droit de l'investissement international, Contrôle des investissements étrangers, Investissements étrangers, Investissements chinois, Souveraineté

Résumé : La souveraineté est de retour, marquant un recul du libéralisme qui dominait depuis les années 1990. Certes la mondialisation intensifie les échanges, comme l'a souligné le Professeur Huntington, mais elle génère autant de profits que de conflits, renforçant ainsi la conscience des différences culturelles et suscitant des craintes mutuelles. Ainsi, après la prédominance du libéralisme, le retour de la souveraineté reflète la grande divergence entre les civilisations au fur et à mesure de l'intensification des échanges. Dans ce contexte de changement drastique, les investisseurs internationaux et plus précisément, les investisseurs chinois, se retrouvent au cœur des enjeux commerciaux et politiques. Sur le plan juridique, à la fois en droit international de l'investissement qu'en droit interne, les pays occidentaux témoignent d'un regain de la souveraineté et de l'effacement du libéralisme.

L'Occident cherche à réduire les protections offertes aux investisseurs internationaux en vertu du droit international de l'investissement, en dénonçant des anciennes générations de traités bilatéraux d'investissement et en négociant de nouvelles générations de traités d'intégration économique. En droit interne, les pays occidentaux renforcent le contrôle sur les investissements étrangers en créant de nouveaux outils juridiques sur la base de la sécurité nationale permettant de justifier une intervention gouvernementale directe dans les activités économiques des entreprises. Les craintes mutuelles entre les différentes civilisations ont engendré un nouveau type de compétition entre les anciennes et les nouvelles puissances. L'expansion d'un grand nombre de multilatéralismes, adaptés aux intérêts de chaque pays ou chaque bloc, traduisant leur propre conception du monde et des valeurs dans les normes internationales.

Title : Chinese Perspectives on Foreign Investment Control between Liberalism and Sovereignty - a Clash of Values

Keywords : International investment law, Foreign Investment Control, Foreign Investment, Chinese investments, Sovereignty

Abstract : Sovereignty is back, marking a retreat from the liberalism that had dominated since the 1990s. While globalization undoubtedly intensifies exchanges, as highlighted by Professor Huntington, it generates as many profits as conflicts, thereby reinforcing awareness of cultural differences and triggering mutual fears. Consequently, after the predominance of liberalism, the return of sovereignty reflects the growing divergence among civilizations as exchanges intensify. In this context of drastic change, international investors, particularly Chinese investors, find themselves at the heart of commercial and political issues. From a legal perspective, both in international investment law and domestic law, Western countries are witnessing a resurgence of sovereignty and the fading of liberalism.

The West aims to reduce protections offered to international investors under international investment law by denouncing old generations of bilateral investment treaties and negotiating new generations of economic integration treaties. At the domestic level, Western countries are strengthening control over foreign investments by creating new legal tools based on national security, justifying direct government intervention in economic activities of companies. The mutual fears among different civilizations have given rise to a new type of competition between old and new powers. The proliferation of numerous forms of multilateralism, tailored to the interests of each country or bloc, reflects their unique worldview and values in international norms.

Avertissement

L'université Paris-Saclay n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Toute ma reconnaissance va à Monsieur le Professeur Jean-Pierre Desideri, qui a accepté d'encadrer ce travail. Ses conseils précieux et sa patience pendant toutes ces années ont été déterminants pour l'aboutissement de la thèse.

Par ailleurs, mes remerciements vont à Monsieur Arnaud Raynouard, professeur à l'Université Paris-Dauphine, Monsieur Banggui Jin, professeur à Aix-Marseille Université, Madame Fabienne Jault-Seseke, professeure à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines et Madame Sabrina Robert-Cuendet, professeure à Nantes Université.

Je remercie également les directrices et le professeur du laboratoire DANTE, Madame la professeure Sandrine Clavel, Madame la professeure Claire Boulé-Le Roux et Monsieur le professeur Benoit Lopez pour tout leur encouragement et leur aide.

Je remercie infiniment Madame Haiyan Cai, Madame Joanne Kirkham, Madame Diane Ferre, Monsieur Gabriel Rateron et Monsieur Matthew Wu pour le temps qu'ils m'ont consacré et leur assistance.

J'adresse mes remerciements à ma famille en Chine, pour son soutien indéfectible et sa confiance.

Pour finir, je tiens à remercier les membres et le personnel administratif du laboratoire DANTE, de l'Ecole doctorale de droit, et en particulier, Monsieur Thibault Barbieux et Madame Maryse Chomette pour leur aide et leur bienveillance.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	13
PARTIE I. L'EXPOSE DU CONFLIT DES VALEURS	81
TITRE I. LE TRIOMPHE DU LIBERALISME	87
CHAPITRE I. LA PUISSANCE DU LIBERALISME	89
CHAPITRE II. LES LIMITES DU LIBERALISME	200
TITRE II. LE RETOUR DE LA SOUVERAINETE	264
CHAPITRE I. REMISE EN CAUSE DU DROIT INTERNATIONAL	266
CHAPITRE II RENOUVELLEMENT DES DROITS INTERNES	344
PARTIE II. LA RÉSOLUTION DU CONFLIT DES VALEURS	425
TITRE I. <i>DU</i> MULTILATÉRALISME VERS <i>DES</i> MULTILATÉRALISMES	428
CHAPITRE I. RÉFORME DE L' ANCIEN MULTILATÉRALISME	432
CHAPITRE II. CONCURRENCE ENTRE LES NOUVEAUX MULTILATÉRALISMES	501
TITRE II. DEVELOPPEMENT DES MESURES DE CONTRÔLE NATIONALES	577
CHAPITRE I. LA SOLUTION DES ÉTATS ISSUS D'UN SYSTEME DE COMMON LAW	579
CHAPITRE II. LA SOLUTION DES PAYS DE DROIT CIVIL	635
CONCLUSION GENERALE	682
SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	712
INDEX	766
TABLE DES MATIERES	769

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACCSR	Australian Centre for Corporate Responsibility
AECG (ou CETA en anglais)	Accord économique et commercial global (ou Comprehensive Economic and Trade Agreement en anglais)
ACEUM (ou USMCA en anglais)	Accord Canada-États-Unis-Mexique(ou United States-Mexico-Canada Agreement en anglais)
ADLC	Autorité de la concurrence
AELE	Association européenne de libre-échange
AFDI	Annuaire français de droit international
AFP	Agence France-Presse
AGI (ou CAI en anglais)	Accord global sur les investissements (ou Comprehensive Agreement on Investment en anglais)
AIIB	Asian Infrastructure Investment Bank
AJIL	American Journal of International Law
AJDA	L'Actualité juridique Droit administratif
AIIB	Asian Infrastructure Investment Bank
Alb.L.Rev	Albany Law Review
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
APT (ou TTP en anglais)	Accord de partenariat transpacifique (ou Trans-Pacific Partnership Agreement en anglais)
Am. Rev. Int'l Arb.	American Review of International Arbitration
AMI	Accord multilatérale sur les investissements
Arbitr.	Arbitration internationale
ASEAN	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
B.C.L.Rev	Boston College Law Review
Berkeley Bus.L.J.	Berkeley Business Law Journal
BJB	Bulletin Joly Bourse
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BRI	Belt and Road Initiative
Br. J. Am. Leg. Stud.	British journal of American legal studies
CAFTA	Central American Free Trade Agreement
CAPJIA	Cahiers de l'arbitrage
Cath.U.J.L&Tech	Catholic University Journal of Law and Technology
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CFIUS	Committee on Foreign Investment in the United States
CFIA	Cooperation and Facilitation Investment Agreements
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Chic. J. Int. Law	Chicago Journal of International Law
Chin. J. Int. Law	Chinese Journal of International Law
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CICC	China International Commercial Court
CMF	Code monétaire et financier
CNUDCI (ou UNCTAD en anglais)	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ou United Nations

Comum.J.Transnat'l L. Contrats, conc. consom.	Commission on International Trade Law en anglais) Columbia Journal of Transnational Law Contrats-Concurrence-Consommation (LexisNexis)
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell Int. Law J.	Cornell International Law Journal
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CRS	Congressional Research Service
D.	Recueil Dalloz
EAR	Export Administration Regulations
ECT	Energy Charter Treaty (Traité de la charte sur l'énergie en français)
EIOP	European Integration Online Papers
EJIL	European Journal of International Law
Entrepr.	Cahiers de droit de l'entreprise
EPA	Environmental Protection Agency
EU-Singapore IPA	EU-Singapore Investment Protection Agreement
Fed.Reg	Federal Registrar
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FDA	Food and Drug Administration
FIRB	Foreign Investment Review Board
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FTA	Free trade agreement (ou accord de libre-échanges en français)
FINSA	Foreign Investment and National Security Act
FIRMMA	Foreign Investment Risk Review Modernization Act
GAO	United States General Accounting Office
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ga. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (ou Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce en français)
Golden Gate U. L. Rev.	Golden Gate University Law Review
Harvard Int'l LJ	Harvard International Law Journal
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Houst. J. Int. Law	Houston Journal of International Law
ICSID Rev	ICSID Review/Foreign Investment Law Journal
IDE (ou FDI en anglais)	Investissement direct étranger (ou Foreign direct investment)
IEF	Investissements étrangers en France
IFRI	Institut français des relations internationales
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
Int. Lawyer	The International Lawyer
Int. Organ.	International organization
Int. Organ. Law Rev.	International Organizations Law Review
Int. Bus. L.J.	International Business Law Journal
RDIE(ou ISDS en anglais)	Mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ou Investor-State Dispute Settlement en anglais)
JCP E	La Semaine Juridique – Entreprise et affaires
JCP G	La Semaine Juridique Générale

JCP N	La Semaine Juridique - Notariale et Immobilière
JDI	Journal de droit international "Clunet"
J. Int. Econ. Law	Journal of International Economic Law
JO	Journal officiel de la République française
JSS	Journal Spécial des Sociétés
Law Pract. Int. Courts Trib.	Law and Practice of International Courts and Tribunals
Loy.L.A.L.Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
LPA	Les Petites Affiches
Marq.L.Rev	Marquette Law Review
MCDF	Multilateral Cooperation Center for Development Finance
Minn. J. Int. Law	Minnesota Journal of International Law
NSI	National Security and Investment Act
NOEI (ou NIEO en anglais)	New International Economic Order (Nouvel ordre économique international en français)
Nw.J.Int'l L.& Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIC	Organisation internationale du commerce
ONG(ou NGO en anglais)	Organisation non gouvernementale (ou non-governmental organization en anglais)
OPEP(ou OPEC en anglais)	Organization of the Petroleum Exporting Countries
ORD	Organe de règlement des différends
P.L.	Public Law
PTCI (ou TTIP en anglais)	Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (ou Transatlantic Trade and Investment Partnership en anglais)
PTPGP (ou CPTPP en anglais)	Partenariat transpacifique global et progressiste (ou Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership en anglaise)
RBDI	Revue Belge de Droit International
RCADI	Le Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RGDIP	Revue générale de droit international public
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RCEP	Regional Comprehensive Economic Partnership (ou Partenariat régional économique global en français)
Rev. crit. dip	Revue critique de droit international privé
RTD Eur.	Revue trimestrielle en droit européen
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDIE	Règlement des Différends Investisseurs-Etats
RFDA	Revue française de droit administratif
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJSP	Revue des Juristes de Sciences Po
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RUE	Revue de l'Union européenne

SJIL	Stanford Journal of International Law
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
U.S.C.	United States Code
USTR	United States Trade Representative
U. Pa. J. Int'l L.	University of Pennsylvania Journal of International Law
Va.J. Int'l L	Virginia Journal of International Law
Vand.J.Transnat'l.L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Wis. Int. Law J.	Wisconsin international law journal
Yale J. Int. Law.	The Yale Journal of International Law
Yrbk ILC	Yearbook of the International Law Commission

INTRODUCTION

1. Selon la théorie du Big Bang, notre univers est né il y a environ 14 milliards d'années¹. Quant à notre planète bleue, la Terre n'existe que depuis 4,5 milliards d'années. Enfin, notre espèce, les *Homo sapiens* ne sont que des « créatures marginales », apparues il y a seulement 150 mille ans². Selon Monsieur le Professeur Harari, la révolution cognitive de notre espèce, marquée par l'émergence de la fiction³, a eu lieu il y a environ soixante-dix mille ans⁴. Cette révolution consiste en notre capacité à transmettre des informations sur des choses qui n'existent pas réellement⁵. En effet, la coopération humaine à grande échelle repose sur des mythes communs qui n'existent que dans notre imagination collective⁶. Ces mythes incluent également les notions de nation, d'empire, de lois et de justice.

2. L'histoire des *Homo sapiens* est parsemée d'exemples où des « réalités imaginaires »⁷ ont été créées et instrumentalisées, poussant des milliers et des millions de nos ancêtres à coopérer afin de bâtir les grandes civilisations et de réaliser les projets les plus monumentaux.

3. Une des concrétisations de notre imagination collective est la notion d'empire.

4. D'après Harari, « l'évolution a fait de l'*Homo sapiens*, comme des autres mammifères sociaux, une créature xénophobe »⁸, et le « sapiens divise d'instinct l'humanité en deux : « nous » et « eux » »⁹. « Nous » désigne ceux qui partagent notre langue, notre religion et nos coutumes, et nous nous considérons mutuellement responsables les uns des autres, tandis que « eux » ne fait pas partie de ce cercle de responsabilité¹⁰.

5. Mais Cyrus le Grand, fondateur de l'empire perse, est considéré comme celui qui a inventé l'idée que l'empire pouvait être bénéfique pour les peuples conquis, dépassant ainsi la simple notion de gouvernance du monde¹¹. Cette présomption de gouverner pour le bien être des gouvernés était une conception révolutionnaire. Les Perses affirmaient : « [n]ous vous

¹ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, traduit en français par Pierre-Emmanuel Dauzat, Paris, Edition Albin Michel, 2015, p.13

² *Id.*, p.24

³ *Id.*, p.39

⁴ *Id.*, p.21

⁵ *Id.*, p.39

⁶ *Id.*, p.40

⁷ *Id.*, p.44

⁸ *Id.*, p.233

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Id.*, p.233

conquérons pour votre bien »¹². A partir de Cyrus, fi des différences raciales et culturelles entre dirigeants et dirigés, mais l'existence d'un seul ensemble de principes régissant tous les pays et toutes les époques, ainsi que les responsabilités mutuelles de tous les êtres humains. L'humanité était perçue comme une grande famille, où les privilèges des parents allaient de pair avec leur responsabilité du bien-être des enfants¹³. Cette « vision impériale » a été « transmise de Cyrus et des Perses à Alexandre le Grand, et celui-ci aux rois hellénistiques, aux empereurs romains, aux califes musulmans, aux dynastes indiens et, pour finir, aux dirigeants soviétiques et aux présidents américains »¹⁴. En Chine, cette nécessité d'organisation de notre espèce sous forme d'empire s'est également développée indépendamment¹⁵. Qin Shi Huang (247 à 221 av. J.-C) fut le premier empereur d'une Chine unifiée. Par sa puissance, il mit fin aux guerres entre les royaumes pour former le premier Empire du Milieu. Depuis lors, pour les Chinois, « les périodes impériales font donc figure d'âge d'or d'ordre et de justice »¹⁶ et la fin du chaos et des guerres¹⁷.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Id.*, p.234

v. également : Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité, op.cit.*, p.352

« Non moins importante est la justification idéologique que la science apporta aux empires. Les Européens modernes finirent par croire que l'acquisition de nouvelles connaissances était toujours bonne. Le flux constant de nouvelles connaissances produits donnait aux empires des allures d'entreprises progressistes et positives. Aujourd'hui encore, l'histoire de sciences comme la géographie, l'archéologie et la botanique ne saurait éviter de créditer les entreprises européennes, tout au moins indirectement. Les histoires de la botanique n'ont pas grand-chose à dire de la souffrance des aborigènes d'Australie, mais trouvent généralement des mots amiables pour James Cook et Joseph Banks. De plus, le nouveau savoir accumulé par les empires permit, au moins en théorie, d'en faire profiter les populations conquises et de leur apporter les lumières du « progrès » : de leur assurer soins médicaux et éducation, de construire des voies ferrées et des canaux, de veiller à la justice et à la prospérité. Les impérialistes prétendirent que leurs empires n'étaient pas de vastes entreprises d'exploitation, mais des projets altruistes poursuivis pour le bien de races non-européennes... »

¹⁵ *Id.*, p.235

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Au contraire, l'empire est généralement perçu de manière négative dans le contexte occidental. v. Kumar K, *Visions of Empire : How Five Imperial regimes shaped the World*, Princeton, Princeton University Press, 2017, p.2-3 ; Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité, op.cit.*, p. 229 et p.235 ; 俞国平 (Yu G.) , « 论帝国的兴衰 », 山西大学学报 (哲学社会科学版) , vol 45, n°1, 2022, p.2 (« Sur la montée et la chute des empires », *Journal of Shanxi University (Philosophy & Social Science)*, vol 45, n°1, 2022, p.2)

Toutefois, selon l'ancien Secrétaire d'État des États-Unis Henry Kissinger : « Les théoriciens de l'équilibre des forces donnent souvent à penser que ce système est la forme naturelle des relations internationales. En réalité, ce mécanisme a rarement été mis en place dans l'histoire des hommes. ... Pour la majorité partie de l'humanité, et Durant les plus longues périodes de l'histoire, l'empire a été le modèle type de gouvernement... C'est ainsi que les États-Unis ont mené leur politique étrangère dans les Amériques, et la Chine pendant la plus grande partie de son histoire en Asie... »

v. Kissinger H., *Diplomatie*, traduit en français par Marie-France de Paloméra, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 1996, p.12

6. L'histoire de nos civilisations peut être résumée en une succession d'empires¹⁸, à la fois les « grands empires terrestres »¹⁹, tel que le babylonien, l'égyptien, le persan, l'arabe, l'ottoman, le chinois, l'indien, le gréco-romain, le russe, et les « empires d'outre-mer »²⁰, tels que la France, l'Espagne, le Portugal, l'Angleterre. Les empires « créèrent le monde tel que nous le connaissons, y compris les idéologies qui nous servent à les juger »²¹. Le parfait exemple est l'empire romain. Le terme « romanisation » est couramment utilisé pour décrire le processus par lequel les lois, la langue, les formes urbaines et les structures administratives de Rome se sont répandues dans tous les coins de l'empire, comme le souligne Monsieur le Professeur Kumar²². Malgré la disparition de l'empire romain, le droit romain a été « revivifié sous diverses formes et a conservé l'autorité d'une civilisation dont l'expansion militaire impériale a laissé des traces dans tout le monde occidental »²³. De manière générale, ces empires sont « hiérarchiques, opposés par principe à l'égalitarisme »²⁴, s'octroient une mission supérieure de « répandre la civilisation dans toutes les parties du monde »²⁵ notamment à travers « leur religion, leur langue, leurs lois, et en établissant leurs propres peuples sur de vastes territoires du globe »²⁶. Ils ont cherché à concrétiser leur mission universelle par une institutionnalisation systématique²⁷.

7. Les États-Unis, bien qu'ils rejettent souvent la qualification d'« Empire »²⁸, présentent en pratique de nombreuses similitudes et ressemblent à un empire²⁹. La mondialisation,

¹⁸ Kumar K, *Visions of Empire : How Five Imperial regimes shaped the World*, Princeton, Princeton University Press, 2017, p.7

v. également Kissinger H., *L'ordre du monde*, traduit en français par Odile Demange, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 2014, p.19

« L'histoire de la plupart des civilisations retrace l'ascension et la chute d'empires. »

¹⁹ *Id.*, p.5

²⁰ *Id.*, p.5

²¹ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, *op.cit.*, p. 353

²² Kumar K, *Visions of Empire : How Five Imperial regimes shaped the World*, *op.cit.*, p.43

Texte original: « “Romanization” is the term generally used to describe the process whereby the laws, language; urban forms, and administrative structures of Rome spread to every corner of the empire.»

²³ Tigar M., *Law and the Rise of Capitalism*, New York, Monthly Review Press, 2000, p.8

Texte original: « Roman Law, revived in various forms and carrying the authority of a civilization whose imperial military expansion left traces throughout the Western world. »

²⁴ Kumar K, *Visions of Empire : How Five Imperial regimes shaped the World*, *op.cit.*, p.21

Texte original : « Empires are hierarchical, opposed in principle to egalitarianism. As with China or Rome, they see themselves as being at the center of the known world, the source of civilization itself and the carrier of the civilizing process to all the corners of the globe. They tend to see themselves as the instruments of larger purposes in the world, generally of a moral or religious character. »

²⁵ *Id.*, p.43

²⁶ *Id.*, p.313

Texte original : « Through their religion, their language, their laws, their settling with their own peoples' whole sections of the globe, they aimed to make their universal mission a concrete, institutionalized, reality. »

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Id.*, p. 4

²⁹ *Ibid.*

propulsée par les États-Unis, leur a permis de bâtir un empire culturel, assurant une américanisation³⁰ et une acceptation de leur conception du monde, en particulier celle de la liberté et la démocratie.

8. La Chine se distingue de l'Occident sur deux points. Tout d'abord, contrairement à l'Occident, la Chine n'a jamais été influencée par le droit romain dans son histoire, ce qui a limité son exposition à la tradition légiste. De plus, la religion a occupé une place limitée dans l'histoire de l'empire chinois, à l'opposé des pays occidentaux.

9. Ainsi, d'après les écrits du proéminent philosophe chinois Lao Tseu (571 av. J.-C.) dans son œuvre « *Tao Te King* », c'est le principe cosmique invisible et mouvant du *Tao* qui règle le fonctionnement du monde et joue un rôle central. Le droit est accessoire dans l'organisation de la société, tout comme l'humanité et la justice qui sont des principes secondaires nés postérieurement. Comme le dit Lao Tseu :

« Quand le grand Tao fut délaissé, il y eut l'humanité, la justice. Puis la sagesse, la prudence parurent, et l'hypocrisie fut générale. Dans la famille, les membres se méconnaissent, il y eut l'affection des parents, la piété filiale. Les États souffrirent de la corruption, du désordre, il y eut de fonctionnaires fidèles. Renoncez à la sagesse, abandonnez la prudence, ce sera cent fois plus profitable au peuple. Renoncez à l'humanité, rejetez la justice, et le peuple reviendra à l'amour filial et à l'affection paternelle. Renoncez à l'habileté, abandonnez le profit, et il n'y aura plus de voleurs ni de bandits. Ces qualités, étant des apparences, ne sauraient suffire. C'est pourquoi il faut tâcher de se montrer simple, rester naturel, réduire l'égoïsme, avoir peu de désirs »³¹.

10. Inspirant par le *Tao* qui façonne l'Empire du Milieu, la Chine suit également les préceptes taoïstes de « non-agir » (en chinois « 无为 » ou « non intervention »). Il est déconseillé d'« agir au sens négatif du terme, en désaccord avec les lois harmonieuses de la nature et donc de façon inconséquente, destructrice et sans efficacité aucune »³². Ainsi, les philosophes chinois estiment que la gouvernance d'un pays doit suivre le principe taoïste qui offre une vision plus complète de l'empire, plutôt que de se focaliser uniquement sur un aspect, que ce soit le « yin » ou le « yang ». De nos jours, le libéralisme et l'interventionnisme sont

³⁰ *Id.*, p. 5

³¹ Lao Tseu, *Tao Te King*, traduction suivie d'aperçus sous-direction Jean Herbert, Paris, Dervy-livres, 1978, chapitre 18 et 19, p.38-39

³² Pham N., « Réflexions autour d'un miroir ». dans *Mythe et philosophie à l'aube de la Chine impériale*, Charles le Blanc et Rémi Mathieu (dirs.), Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1992, p.113

ainsi des idées créées artificiellement par l'homme. De plus, la création de règles et de cadres juridiques fondés sur ces idées s'éloigne encore davantage des lois harmonieuses de la nature. C'est dans cette perspective que l'on comprend pourquoi Lao Tseu affirme que les règles et la justice ont engendré le désordre et les abus.

11. Un autre grand philosophe Confucius a introduit le concept d'harmonisation de la société pour les Chinois. Selon lui, l'harmonie commence au sein de la famille, puis cette relation harmonieuse est traduite de manière similaire au sein de la société, ainsi que dans la relation entre l'empire et ses fonctionnaires.

12. Sous l'influence de ces deux grands philosophes, Confucius et Lao Tseu, la gestion d'une société par le biais des règles et de la justice est considérée comme le dernier recours après le *Tao*, l'harmonie, la sagesse et l'humanité.

13. Après avoir discuté de la perception chinoise ancienne sur l'idée d'« État de droit », nous aborderons maintenant le sujet de la religion. La religion est considérée comme « le troisième grand unificateur de l'humanité avec la monnaie et les empires »³³. Elle constitue « un système de normes et de valeurs humaines fondé sur la croyance en l'existence d'un ordre surhumain »³⁴, qui confère « une légitimité surhumaine »³⁵ aux ordres sociaux et aux hiérarchies fragiles et imaginaires. À l'époque de l'Empire d'Égypte, l'association d'un dieu à l'État a donné naissance à une riche caste de prêtres³⁶. Pour les Grecs, « la fortune, la fatalité et la destinée auxquelles Zeus lui-même est soumis »³⁷ ont joué un rôle important dans leur pensée et « fut, peut-être, à l'origine de ce que la science a appelé la loi de nature »³⁸. Arrivant à l'ère de la religion monothéiste³⁹, « le maître suprême de l'univers a des intérêts et des partis pris »⁴⁰ envers certains êtres humains, et que « les fidèles implorèrent la puissance suprême de l'univers pour les aider à se remettre de la maladie, gagner au loto ou remporter la victoire à la guerre »⁴¹.

³³ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.248

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Russell B., *Histoire de la philosophie occidentale*, traduit par Hélène Kern, Paris, Les Belles Lettres, 2011, p.27

³⁷ *Id.*, p.34

³⁸ *Ibid.*

³⁹ v. Revel J-F., Ricard M., *Le moine et le philosophe*, Paris, Nil éditions, 1997, p.167

« On considère, dans l'histoire des religions telles qu'on les connaît, que le monothéisme serait une sorte d'immense progrès par rapport au polythéisme, car le polythéisme représentait, paraît-il, diverses formes de superstitions. Mais, il me semble que les grandes religions monothéistes, contemporaines ou passées, impliquent quantités de tabous, de rites et d'interdits que je considère comme absurdes, et de pratiques que je considère comme parfaitement superstitieuses ! Donc, je ne vois pas très bien la supériorité du monothéisme sur le polythéisme. Au contraire ! Je dirais plutôt que le polythéisme était plus tolérant que le monothéisme ».

⁴⁰ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.256

⁴¹ *Ibid.*

Pendant la période médiévale, la vie en Europe de l'ouest est « vécue à l'ombre de l'église »⁴² qui avait le monopole sur l'éducation y compris la théologie et l'étude de droit⁴³. Avec l'alliance progressive entre la papauté et les grands marchands, les canonistes ont constamment modifié leur attitude, passant de l'opposition à toute activité commerciale à un soutien en faveur de législations restrictives typiques des petites communes, pour finalement adopter un soutien plus favorable aux intérêts marchands au fil des différentes périodes⁴⁴. Ainsi les guerres motivées par la religion sont en réalité loin d'être l'héroïsme tel que décrit dans « La Jérusalem Délivrée » de Le Tasse. Elle reste une fiction imaginaire ou une source d'amusement pour les écrivains, poètes et artistes. D'après Monsieur le Professeur Tigar, les croisades ont au moins le mérite d'avoir combiné deux objectifs louables. Premièrement, elles visaient à rendre la terre sûre pour les marchands et les pèlerinages religieux⁴⁵, ou plus précisément, protéger les marchands itinérants comme une espèce de pèlerins⁴⁷. Deuxièmement, elles avaient pour objectif d'éliminer une classe de soldats, de chevaliers et de petites noblesses de plus en plus rétives, violentes et socialement improductives, de manière digne⁴⁸. Ainsi, une fois liée au trône, la religion module la conception du monde et les normes.

14. En orient, les trois religions dominantes, à savoir le taoïsme, le confucianisme et le bouddhisme, sont fondées sur la croyance des lois naturelles. Les dieux vénérés dans ces religions sont « soumis aux lois de la nature non moins que les hommes, les animaux et les plantes »⁴⁹. Dans ces croyances, l'être humain n'est pas favorisé ni ne joue un rôle supérieur par rapport aux autres êtres. De plus, contrairement à d'autres régions, ces trois religions n'ont pu nouer de lien aussi étroit avec le pouvoir en Chine. Au contraire, les religions y étaient strictement contrôlées et surveillées. Les empereurs chinois, bien avisés, recherchaient l'équilibre entre les différentes religions afin d'éviter qu'une religion ne puisse un jour menacer l'empire.

⁴² Tigar M., *Law and the Rise of Capitalism*, op.cit., p.50

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Id.*, p.51-52

⁴⁵ Selon le Professeur Tigar, l'Église a commencé à prêcher la purification par le biais des pèlerinages, en contradiction avec les textes antérieurs, mais seulement après que les Amalfitains eurent construit une auberge à Jérusalem, et qu'il devint évident que le transport, l'alimentation et l'hébergement des pèlerins étaient une bonne affaire.

⁴⁶ Tigar M., *Law and the Rise of Capitalism*, op.cit., p.30

⁴⁷ *Id.*, p.50

⁴⁸ *Ibid.*

Texte original : « getting an increasingly restive, violent and socially unproductive class of soldiers, knights, and petty nobles out of the way »

⁴⁹ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.263

15. Par ailleurs, selon la position du Monsieur le Professeur Kennedy, « une part considérable de l'héritage culturel et scientifique européen est « empruntée » à l'Islam, de la même façon, les sociétés musulmanes ont fait pendant des siècles des emprunts à la Chine par le biais du commerce, des conquêtes et de la colonisation »⁵⁰. Cependant, « la Chine a pour habitude de transformer ses conquérants bien plus qu'ils la transforment »⁵¹.

16. En résumé, la Chine demeure un étranger à l'Ouest, n'étant ni un pays chrétien ni une contrée où les lois sont traditionnellement considérées comme l'outil suprême de gouvernance. Sous l'influence de Confucius, la vertu et le savoir de son peuple étaient les objectifs supérieurs du souverain. La Chine d'aujourd'hui, influencée par l'Occident, est devenue un État de droit. Toutefois, sa conception du monde demeure imprégnée des influences taoïste, confucienne et bouddhiste.

17. À l'époque actuelle, les idéologies telles que le libéralisme, le communisme, le capitalisme et le nationalisme sont « assimilés à des religions »⁵², constituant également des « système[s] de normes et de valeurs humaines qui se fonde[nt] sur une croyance en un ordre surhumain »⁵³. Ainsi, par le jeu de la « fiction imaginaire », les États-Unis sont perçus comme les représentants du « néolibéralisme » et de la « mondialisation », ayant triomphé de l'USSR dans les années 1990. Cependant, l'histoire du développement préliminaire de l'Empire britannique⁵⁴ et celle de la création des États-Unis⁵⁵, ne laissaient pas présager que ces deux pays deviendraient le modèle et le champion du libéralisme. En effet, à leurs débuts, ils avaient opté pour une forte intervention souveraine. Des indices de ce virage se retrouvent chez les pères fondateurs américains tels que John Adams et Alexander Hamilton. Ils partageaient le point de vue de Friedrich List, économiste allemand réputé, selon lequel « la promotion du libre-échange n'était qu'un outil de pouvoir national - le véritable libre-échange « n'a jamais existé, il n'existera jamais » »⁵⁶. Friedrich List a utilisé l'Angleterre pour étayer ses propos. Au début, la Grande-Bretagne n'était pas adepte du libéralisme, mais plutôt du protectionnisme,

⁵⁰ Kennedy P., *Naissance et déclin des grandes puissances*, traduit par Marie-Aude Cochez et Jean-Louis Lebrave, Paris, Payot, 1991, p.32

⁵¹ *Ibid.*

Professeur Kennedy donne l'exemple de la dynastie Ming: « La dynastie des Ming, apparue en 1368, réunifie l'Empire et finit par battre les Mongols, la culture et l'ordre anciens se maintiennent pour l'essentiel »

⁵² Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.268

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ v. chapitre 2 et chapitre 4 du *Système national d'économie politique* de Friedrich List. List F., *Système national d'économie politique*, traduit de l'allemand par Henri Richelot, Paris, Gallimard, 1998

⁵⁵ Breslin S., « The 'China model' and the global crisis: from Friedrich List to a Chinese mode of governance? », *International Affairs*, vol 87, n°6, novembre 2011, p. 1335

⁵⁶ *Ibid.*

lorsque ses industries étaient encore faibles et balbutiantes⁵⁷. Mais à l'instant où son industrie est devenue puissante, le pays a commencé à promouvoir le libéralisme⁵⁸, et les pères fondateurs américains ont adopté une stratégie similaire⁵⁹. List a également conseillé à l'Allemagne d'adopter le modèle britannique, c'est-à-dire d'appliquer en premier lieu des mesures protectionnistes pour développer ses industries, puis une fois la taille et la puissance optimales atteintes, le pays aurait un avantage concurrentiel certain par rapport aux autres pays, et pourrait ensuite promouvoir le libre-échange⁶⁰.

18. Monsieur le Professeur Wei, qui va encore plus loin, considère que la mondialisation n'est qu'un outil pour installer un monopole impérialiste. Selon lui, la mondialisation n'est rien de plus qu'un instrument rhétorique permettant au nouvel impérialisme de construire une structure de monopole mondial⁶¹. Il expose le fait que la loi est généralement utilisée par les pays hégémoniques ou d'autres acteurs puissants pour justifier le pillage et l'oppression, et le régime juridique peut remplir davantage la fonction hégémonique de réduire la résistance et d'éviter la responsabilité historique⁶². Le régime juridique est essentiel au système économique capitaliste, et il peut servir de cadre institutionnel solide qui favorise l'expansion du capitalisme d'entreprise⁶³. Cela permet aux marchés de croître et de se mondialiser partout où ils atteignent, pour finalement atteindre l'objectif ultime de l'hégémonie impérialiste, de l'oppression et du pillage⁶⁴.

19. De nos jours, la Chine a acquis une place importante dans la chaîne industrielle mondiale établie sur le modèle du capitalisme financier américain. Les Chinois intègrent le système et doivent respecter les règles internationales établies par la superpuissance et ses alliés dans le monde. En effet, il faut admettre que « la foisonnante économie chinoise, qui pourrait retrouver sous peu la primauté mondiale, repose sur un modèle productif et financier européen »⁶⁵. Cependant, il convient de souligner que « la puissance relative des grandes nations à l'échelle

⁵⁷ v.List F., *Système national d'économie politique*, traduit de l'allemand par Henri Richelot, Paris, Gallimard, 1998, Chapitre 3, Chapitre 5 et Chapitre 7

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Breslin S., « The 'China model' and the global crisis: from Friedrich List to a Chinese mode of governance? », *International Affairs*, vol 87, n°6, novembre 2011, p. 1335

⁶⁰ v.List F., *Système national d'économie politique*, traduit de l'allemand par Henri Richelot, Paris, Gallimard, 1998, Chapitre 3, Chapitre 5 et Chapitre 7

⁶¹ 魏磊杰(Wei L.), « 全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权 », 环球法律评论, n°5, 2013, p.84 (« L'impérialisme juridique à l'ère de la mondialisation et l'hégémonie discursive de l'État de droit », *Global Law Review*, n°5, 2013, p.84)

⁶² *Id.*, p.93

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.329

internationale ne reste jamais constante »⁶⁶. La capacité de production importante et le développement technologique puissant en Chine ont amené les États-Unis à la considérer comme un concurrent, voire un challenger, de leur statut actuel de superpuissance mondiale.

20. Certes, la Chine est un nouveau participant dans ce nouvel ordre mondial, mais c'est aussi une civilisation vieille de cinq mille ans. Monsieur le Professeur Breslin concède par ailleurs que, « l'histoire compte, et l'histoire de la Chine est évidemment la sienne et par définition unique »⁶⁷. Ce pays a une perception différente du monde et accorde une importance différente aux valeurs dans la gouvernance mondiale. Ainsi résume Professeur Breslin, que « la Chine ne cherche pas à imposer sa vision du monde aux autres »⁶⁸, et « son ordre mondial préféré est celui qui favorise la pluralité, construit sur la prédilection culturelle historique de la Chine pour l'harmonie, la vertu et la société et la résolution pacifique des problèmes »⁶⁹.

21. Derrière la concurrence en matière de commerce et de technologie entre les pays occidentaux et la Chine, se cache également un conflit de valeurs, des conceptions variables du monde, ainsi que des interprétations alternatives. Le monde évolue, et aux côtés des valeurs et des conceptions anciennes, de nouveaux phénomènes culturels et de nouvelles valeurs émergent. Le droit international de l'investissement s'inscrit dans ce conflit de valeurs et de civilisations.

22. La crise sanitaire et la crise énergétique ont renforcé ce conflit. Elles ont en effet révélé la vulnérabilité et l'instabilité de la mondialisation créée conformément à la théorie du néolibéralisme. Historiquement, le multilatéralisme et les organisations internationales jouent un rôle essentiel en renforçant la confiance du public et en créant des règles de jeu équitables pour les gouvernements face aux urgences publiques⁷⁰. Cependant, leur incapacité à réagir

⁶⁶ *Id.*, p.18

⁶⁷ Breslin S., « The 'China model' and the global crisis: from Friedrich List to a Chinese mode of governance? », *International Affairs*, vol 87, n°6, novembre 2011, p.1333

Texte original: « History matters, and China's history is obviously its own and by definition unique. »

⁶⁸ *Id.*, p.1341

Texte original: « China is not seeking to impose its worldview on others. »

⁶⁹ *Ibid.*

Texte original: « Its preferred world order is one that allows for plurality, built on China's historical cultural predilection for harmony, virtue and society and for solving problems peacefully. »

⁷⁰ Beqiraj J., Ippolito F., « Covid-19 and International Organizations: Challenges and Opportunities from the Perspective of Good Governance and the Rule of Law », *Int. Organ. Law Rev.*, vol n°18, n°3., 2021, p.293

efficacement lors des crises récentes (sanitaire, énergétique, climatique) a suscité des critiques importantes⁷¹, remettant en question leur capacité à remplir leur mandat⁷².

23. La défaillance du multilatéralisme d'un côté est toutefois accompagnée par un retour à la souveraineté d'un autre côté, tel décrit par Monsieur le Professeur en droit international Alvarez dans son article bien connu intitulé « *The Return of the State* »⁷³. Par le biais de la création, de l'interprétation et de l'application des règles internationales, un pont est supposé relier l'unilatéralisme et le multilatéralisme⁷⁴. La souveraineté, qui jusqu'alors était considérée comme dépeçée, éludée, éclipsée ou dépassée par le droit international, sous le principe de *pacta sunt servanda*⁷⁵, renaît par l'acte d'unilatéralisme pris par les États-Unis, qui détruit le multilatéralisme dont il était pourtant le plus ardent défenseur, entraînant un « démantèlement systématique de l'ordre multilatéral »⁷⁶. En ce qui concerne le commerce international, la célèbre guerre commerciale contre la Chine, initiée par le président Trump depuis 2018, bien qu'elle ait été passée sous silence médiatique, se poursuit toujours. Le 15 septembre 2020, l'OMC a rendu une décision en faveur de la Chine⁷⁷, jugeant que les taxes douanières punitives américaines étaient contraires aux règles du commerce international. Malgré cette décision, les États-Unis ont choisi de l'ignorer. Quant au président Biden, il n'a décidé de « revoir » ces tarifs imposés par l'administration Trump seulement qu'en mai 2022, sous la pression des industries américaines⁷⁸. Ironiquement, la décision de l'OMC en faveur des États-Unis sur les subventions européennes à Airbus, rendue en avril 2019, a été immédiatement brandie par le président Trump pour menacer l'Union européenne de nouveaux tarifs douaniers si elle ne mettait pas fin aux subventions⁷⁹. Outre son positionnement à géométrie variable dans le commerce international, les États-Unis se sont retirés de plusieurs engagements internationaux,

⁷¹ Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier (dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p. ix

⁷² Beqiraj J., Ippolito F., « Covid-19 and International Organizations: Challenges and Opportunities from the Perspective of Good Governance and the Rule of Law », *op.cit.*, p. 294

⁷³ Alvarez J.E., « The Return of the State », *Minn. J. Int. Law*, vol 20, 2011, p.223

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Zwahlen J., Bichsel O., « Europe, Relations sino-américaines : le futur du multilatéralisme en étau ? », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier (dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p. 54

⁷⁷ *WT/DS543 États Unis - Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine*

⁷⁸ Bloomberg News, « Biden Says He'll Review Trump's China Tariffs, Fueling Yuan Rally », *Bloomberg News*, le 23 mai 2022 [en ligne: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-05-23/yuan-rally-gains-traction-as-biden-ignites-tariff-removal-hope>] [consulté le 24 mai 2022]

⁷⁹ Swanson A., « U.S. to Tax European Aircraft, Agriculture and Other Goods », *The New York Times*, le 2 octobre 2019

à savoir le traité de libre-échange transpacifique, l'Accord de Paris⁸⁰, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) en 2017 et l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en 2021. Malgré l'annonce du Président Joe Biden, son intention de revenir au multilatéralisme et le retour dans l'Accord de Paris⁸¹, les États-Unis n'ont pas encore entamé de mouvement similaire quant aux autres traités ou organisations. Enfin, en ce qui concerne le fonctionnement des institutions internationales, les États-Unis expriment leurs contestations en retardant les paiements de leurs cotisations aux Nations Unies, en bloquant systématiquement la nomination et le renouvellement des membres de l'Organe d'appel du mécanisme de règlement des différends commerciaux de l'OMC depuis 2016, et en contraignant ce dernier à un « net ralentissement »⁸², voire à l'impossibilité de procéder à la phase du jugement⁸³.

24. Le retour de la souveraineté s'est aussi traduit par les volontés des États de réformer ou de multiplier les règles de jeu sur la scène internationale. Le Canada et l'Union européenne ont non seulement signé leur accord de partenariat AECG, mais ont conjointement proposé un projet ambitieux visant à remplacer le règlement des différends en matière d'investissement international initié par les États-Unis, en instaurant un nouveau régime à « mi-chemin entre le système de la juridiction permanente et le tribunal arbitral »⁸⁴. Parallèlement, le RCEP proposé par la Chine et le PTPGPA initié par les États-Unis partagent un nombre important de participants en commun⁸⁵. La Chine est « le centre de gravité des économies parties » pour le RCEP⁸⁶, tandis que le TPP (devenu PTPGPA après le retrait des États-Unis) a été promu par l'administration Obama comme une sorte d'« OMC plus » en excluant la Chine⁸⁷. Ces deux

⁸⁰ La déclaration du président Trump sur l'accord de Paris sur le climat du 1^{er} juin 2017 a indiqué que « *our withdrawal from the agreement represents a reassertion of America's sovereignty* ».

⁸¹ Les États-Unis sont réintégrés dans l'accord de Paris en février 2021, 30 jours après que le Président Joe Biden a signé le décret exprimant l'intention des États-Unis de revenir dans l'accord.

v. Nature Conservancy, « U.S. Re-Entry into Paris Agreement is Critical for Global Collaboration », *Nature Conservancy*, le 19 février 2019 [en ligne : <https://www.nature.org/en-us/newsroom/us-reentry-paris-agreement/>] [consulté le 13 juin 2022]

⁸² Paul L., Jeudy B-P., « Le blocage de l'OMC, un révélateur de la crise du multilatéralisme ? », *Bulletin de la Banque de France*, 234/5, mars-avril 2021, p.3

⁸³ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier (dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p. 424

⁸⁴ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit*, Bulletin n°27, 2021, p. 134

⁸⁵ L'Australie, le Brunéi, le Japon, la Malaisie, la Nouvelle-Zélande, Singapour et le Vietnam

⁸⁶ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

⁸⁷ Chow D. C.K., « How the United States Used the Trans-Pacific Partnership to Contain China in International Trade », *Chic. J. Int. Law*, vol n°17, issue n°2, le 12 janvier 2016, p. 372

modèles d'accords commerciaux régionaux sont vus comme des concurrents en Asie-Pacifique⁸⁸. Dramatiquement, l'administration Trump a signé le retrait du traité TPP en 2017, alors que la Chine a exprimé sa volonté de devenir membre du PTPGPA en septembre 2021⁸⁹. Le Brésil, de son côté, développe son propre traité relatif aux investissements internationaux sous son modèle dénommé « *Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIAs)* »⁹⁰. Il est crucial de noter que le Brésil n'est pas membre signataire de la Convention de Washington de 1965, qui a établi un régime de règlement des différends par arbitrage sous l'égide de la Banque Internationale. Un autre pays du BRICS, l'Inde, a également publié son modèle de traité bilatéral d'investissement en 2015, qui inclut des obligations en matière de développement durable ainsi que la contribution à la croissance profitable⁹¹.

25. Le combat entre le néolibéralisme et la souveraineté ne se limite pas au droit international économique. En droit interne, les réserves à la souveraineté, considérées comme des exceptions à la politique libérale, se sont multipliées ces dernières années.

26. Les États-Unis, afin de ne pas nuire à leurs politiques générales néolibérales à travers une coopération multilatérale « appréhendée sous le prisme des valeurs américaines »⁹², ont justifié leurs mesures protectionnistes de filtrage des investissements étrangers indésirables au nom de la sécurité nationale. Un tel régime s'est constitué depuis l'amendement Exon-Florio de 1988. À ce jour, le dernier renforcement majeur de cette politique protectionniste s'est réalisé par la promulgation de la loi sur la modernisation de l'examen du risque des investissements étrangers (« *Foreign investment risk review modernization act* », ou FIRRMA). Signée par le président Trump en août 2018, la FIRRMA est considérée par beaucoup comme une réponse aux préoccupations concernant les investissements chinois⁹³. Le Canada et l'Australie, tous deux caractérisés par leur libéralisme économique, ont également mis en place des mécanismes de contrôle des investissements étrangers dans les années 1980, utilisant respectivement le

⁸⁸ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

⁸⁹ Solis M., « China moves to join the CPTPP, but don't expect a fast pass », *Brookings*, le 23 septembre 2021 [en ligne : <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2021/09/23/china-moves-to-join-the-cptpp-but-dont-expect-a-fast-pass/>] [consulté le 14 juin 2022]

⁹⁰ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 107

⁹¹ IISD, « l'Inde diffuse son modèle de TBI pour commentaires ; Les États-Unis réclament des négociations », *IISD*, le 21 mai 2015 [en ligne : <https://www.iisd.org/itn/fr/2015/05/21/india-releases-model-bit-for-comments-united-states-pushes-for-negotiations/>] [consulté le 14 juin 2022]

⁹² Delabie L., « Les États-Unis, la paix par le droit et la coopération multilatérale », *RBDI*, vol LIII, n°1, 2020, p.11

⁹³ Dupeyrat P., « Adoption du FIRRMA : les Américains en pointe sur le contrôle des investissements étrangers », *Les Echos*, le 16 août 2018

critère de l'avantage net et le test d'intérêt national. Ces deux pays ont également suivi la voie des États-Unis en renforçant les contrôles sur les investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale depuis 2009. En décembre 2022, le projet de loi sur la modernisation de l'examen des investissements relative à la sécurité nationale a été déposé au parlement canadien. Le Royaume-Uni est le pays anglo-saxon qui a le plus tardé à mettre en place une mesure de contrôle. Son régime de contrôle des investissements étrangers a été officialisé par la promulgation de la loi *National Security and Investment Act 2021*, entrée en vigueur en janvier 2022. Du côté du vieux continent, l'Allemagne a modifié neuf fois son règlement sur le commerce extérieur et les paiements en quatre ans pour renforcer les contrôles sur les investissements étrangers au titre de la sécurité publique⁹⁴. En France, les réformes se sont succédées, multipliant le nombre de mesures de filtrage des investissements étrangers depuis 2017. La loi PACTE du 22 mai 2019 a considérablement renforcé le concept de l'« État régulateur »⁹⁵, en intensifiant le contrôle des « investissements étrangers indésirables »⁹⁶, et son intervention dans l'économie pour protéger les « intérêts souverains »⁹⁷. Pendant la crise sanitaire, cette tendance n'a pas ralenti. Plusieurs mesures temporaires ont été introduites pour protéger l'industrie de la santé et dissuader les intentions d'acquisitions hostiles pendant le plongeon en bourse du CAC 40⁹⁸. Il convient également de mentionner qu'au niveau européen, le règlement (UE) 2019/452 a été promulgué en 2019 dans le but de créer un système informatique permettant les échanges d'informations entre États membres concernant les investissements étrangers dans les secteurs de technologies sensibles. En effet, l'esprit du texte initial de ce règlement était particulièrement axé sur la Chine⁹⁹.

27. En effet, le droit international de l'investissement occupe une place centrale dans la bataille actuelle entre le néolibéralisme et la souveraineté.

28. De manière générale, un pays, en sa qualité d'État souverain, est libre de décider s'il accepte ou non l'entrée d'investissements étrangers sur son territoire¹⁰⁰. Ce principe a d'ailleurs été confirmé à l'article 2, paragraphe 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États,

⁹⁴ Du 2017 au 2021

⁹⁵ Boiteau C., « La loi PACTE et l'Etat », *RFDA*, n°4, 15 septembre 2019, p. 581

⁹⁶ *Id.*, p. 582

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ Saleh G., « L'adaptabilité du droit des investissements étranger dans le contexte de la crise du Covid-19 », *Dr. et patri.*, n°309, le 1^{er} janvier 2021, p.31

⁹⁹ Latribune.fr, « L'Europe renforcer le contrôle des investissements chinois », *La Tribune*, le 28 mai 2018, [en ligne : <https://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/l-europe-renforcer-le-controle-des-investissements-chinois-779943.html>] [consulté le 22 avril 2022]

¹⁰⁰ Carreau D., *Répertoire de droit international/ Investissement*, Paris, Dalloz, 2020, p. 153, paragr. 270

adoptée en 1974, qui stipule : « Chaque État a le droit : a) de réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. Aucun État ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers ».

29. Toutefois, les États prennent des engagements internationaux qui limitent de manière directe ou indirecte leurs droits souverains, qui sont théoriquement illimités à l'intérieur de leurs frontières, y compris leur droit de restreindre les investissements étrangers. Ces engagements internationaux sont sous forme de conventions bilatérales, de conventions multilatérales à l'échelle internationale ou encore des conventions multilatérales entre acteurs au sein d'une zone géopolitique restreinte, où la liberté d'investissement est un pilier fondamental du droit conventionnel international¹⁰¹, « faisant écho à l'idée générale de libéralisme qui traverse l'ensemble du droit international économique »¹⁰². Il est important de rappeler que cette liberté d'investissement, tout comme celle du commerce international, sont deux composantes du néolibéralisme. Ainsi, les traités internationaux relatifs aux investissements engagés par les États souverains ont pour objectif concret et prioritaire de promouvoir la liberté et la protection des investissements internationaux mais uniquement entre les parties à la convention. Cependant, au-delà de la préservation de la « liberté d'investissement », l'État doit prendre en compte d'autres valeurs et concepts, telles que : la protection de l'environnement, le droit de l'homme, le droit social, la santé publique, la culture, les données personnelles, l'égalité des sexes, etc. Un tel conflit entre ces différentes valeurs et concepts a inévitablement créé des discordances entre le droit interne, la souveraineté, et le droit international de l'investissement. Les États doivent naviguer entre leurs engagements internationaux et les impératifs nationaux, en cherchant à équilibrer ces différentes valeurs et intérêts.

30. La Chine et ses investisseurs se retrouvent soudainement happés par cette vague de remise en question du néolibéralisme et le regain de la souveraineté. Ses investissements, dont une partie importante se fait par le biais d'acquisitions, sont considérés comme étant trop ambitieux et suscitent de nombreuses appréhensions, frisant souvent la théorie du complot. Le montant et le volume des investissements chinois à l'étranger au cours des années 2014 à 2016

¹⁰¹ Jean G-A. *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, 580 P. Thèse en droit : l'Université Paris-Dauphine et l'Université Autonome de Madrid, 2016, p.107, paragr.331

¹⁰² Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement » dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p. 38

ont provoqué une attitude défensive dans les pays occidentaux, tels que les États-Unis, l'Allemagne, la France, le Royaume-Uni, le Canada et l'Australie. Ce retranchement pose problème, car chacun de ces pays est une destination prisée pour les investisseurs chinois.

31. Historiquement, les investisseurs japonais, qui étaient des concurrents majeurs des États-Unis à l'époque, ont fait l'objet de mesures défensives de la part des États d'accueil des investissements¹⁰³. Aux États-Unis, l'amendement Exon-Florio a été adopté en 1988 pour répondre aux préoccupations suscitées par les entreprises japonaises¹⁰⁴. La proposition d'acquisition de la société Fairchild Semiconductor Company par Fujitsu Corporation en 1987 a été annulée sous la pression politique du Congrès américain, par crainte des problèmes qu'elle posait pour la sécurité nationale¹⁰⁵. L'Europe a également été une destination importante pour les investisseurs japonais dans les années 1980¹⁰⁶. En ce qui concerne la France, selon les chiffres du Sénat, les investissements japonais en France entre 1987 et 1997 ont créé plus de 36 000 emplois¹⁰⁷. Malgré cette création d'emplois, l'attitude envers les investisseurs japonais demeurait mitigée. D'un côté, la France cherchait l'indépendance industrielle, et de l'autre, dans un élan néolibéral, cherchait à attirer toujours plus d'investisseurs étrangers¹⁰⁸. Cette dichotomie préoccupait naturellement les investissements japonais en France de l'époque. Les critiques français alertaient que « les investisseurs japonais ne font qu'appliquer à l'étranger les règles du fonctionnement du marché interne japonais »¹⁰⁹, notamment « la même concurrence impitoyable, la même agressivité et surtout la même efficacité dans leur système d'information »¹¹⁰, leur permettant de tirer « un juste profit de l'inégalité »¹¹¹.

32. La situation des investisseurs chinois aujourd'hui rappelle les pressions subies par les investisseurs japonais il y a quelques décennies. La tension entre les États-Unis et la Chine place les investisseurs chinois en première ligne de la pression politique et de l'environnement

¹⁰³ Blakey J.R., « The Foreign Investment Risk Review Modernization Act : The Double-Edged Sword of U.S. Foreign Investment Regulations », *Loy.L.A.L.Rev.*, vol 53, 2020, p.985

¹⁰⁴ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *CRS Report for Congress*, RL33388, mis à jour le 14 février 2020, p. 7

¹⁰⁵ De Moraes Gavioli M. G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *Law Raza*, vol 2: issue 1/ article 1, 2011, p. 8

¹⁰⁶ Andreosso-O'Callaghan B., « La France redécouverte par les investisseurs nippons », *Le Monde*, le 9 décembre 1997

¹⁰⁷ Sénat, « Les relations franco-japonaises », *Sénat*, [s. d.] [en ligne : <https://www.senat.fr/ga/ga-028/ga-0283.html>] [consulté le 16 juin 2022]

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Brault B., « Eléments pour une géographie des investissements japonais de production en France », *L'Espace géographique*, vol.16, No.3, juillet/septembre 1987, p. 213

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

hostile aux investissements. En effet, dans l’histoire du contrôle des investissements étrangers aux États-Unis, seulement cinq offres d’acquisitions ont été bloquées par le président, dont quatre¹¹² visant des sociétés chinoises¹¹³. L’examen de l’entreprise TikTok est également réalisé à travers la procédure de contrôle des investissements étrangers menée par le *Committee on Foreign Investment in the United States* (ci-après CFIUS), l’administration chargée du contrôle sous droit américain. Le cas de TikTok nourrit le feu des critiques des juristes chinois qui le qualifient de coercition de l’administration Trump¹¹⁴. Pour les dossiers de Huawei¹¹⁵ et ZTE¹¹⁶, les mesures de restrictions ont été prises par le biais de restrictions sur le commerce international. En ce qui concerne le pays voisin des États-Unis, le Canada divulgue, depuis son rapport annuel de 2017/2018, le pays d’origine des investisseurs dont les opérations ont été bloquées. Il est à noter que les refus d’investissements chinois sont particulièrement élevés par rapport au faible nombre d’opérations en provenance de la Chine au Canada depuis 2012¹¹⁷. L’Australie n’a pas rendu publique l’origine des investisseurs dans ses rapports. Toutefois, selon les informations dévoilées par les médias, l’Australie commence à exercer des pressions politiques ou à bloquer les acquisitions initiées par les investisseurs chinois depuis 2018¹¹⁸. Le Royaume-Uni est très réactif en matière de contrôle des concentrations dans le domaine du droit de la concurrence. Cependant, les filtrages sur les investissements étrangers ont débuté tardivement, la loi introduite en 2021 est entrée en vigueur en janvier 2022. Une fois doté du pouvoir de contrôle, le gouvernement anglais a immédiatement annoncé des considérations sur certaines propositions d’acquisitions par les investisseurs chinois¹¹⁹, notamment l’acquisition de Newport Wafer Fab par Nexperia en juillet 2021¹²⁰ et l’acquisition de Bacanora Lithiuman

¹¹² CATIC-MAMCO en 1990, Ralls Corporation-Oregon wind farm en 2012, Fujian Grand Chip Investment Fund-Aixtron en 2016, Canyon Bridge Capital Partners-Latticen en 2017.

¹¹³ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *CRS Report for Congress*, RL33388, mis à jour le 14 février 2020, p.21

¹¹⁴ Li J., « In Pursuit of Fairness : How Chinese Multinational Companies React to U.S. Government Bias », *Harvard Int’l LJ*, vol 62, n°2, été 2021, p.377

¹¹⁵ Huawei et ses 68 filiales dans le monde ont été ajoutés à la liste du Bureau de l’industrie et de la sécurité en vertu de la réglementation sur l’administration des exportations (EAR).

¹¹⁶ ZTE a été placé sur la liste noire en raison de violations des sanctions américaines contre l’Iran. Cette dernière a été retirée de la liste noire du commerce américain après avoir payé une amende d’environ 900 millions de dollars américains.

¹¹⁷ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2017-2018, p.24

¹¹⁸ CC Logistics - Rand Refrigerated Logistic en 2018, CK Asset Holding Ltd - APA Group en 2018, Jangho Hong Kong Ltd - Healius Ltd (société australien) en 2019, China Mengniu Dairy Co Ltd - Lion Dairy en 2020

¹¹⁹ Aerostar-Mettis Aerospace, Gardner Aerospace - Impcross Ltd

¹²⁰ Gooding M., « 'We are here to stay': Nexperia has no plans to close Newport Wafer Fab, says UK boss », *Techmonitor*, le 5 juillet 2022 [en ligne: <https://techmonitor.ai/technology/silicon/nexperia-newport-wafer-fab>] [consulté le 19 août 2022]

par Ganfeng Lithium en décembre 2021¹²¹. En France, cependant, un nombre limité d'opérations chinoises bloquées a été révélé par les médias, à savoir l'opération Jingye – Site d'Hayange du British Steel¹²². Mais figurent dans la liste d'opérations bloquées, plusieurs tentatives d'achat par les entreprises américaines de sociétés françaises. En même temps, le rapport annuel établi par la direction générale du Trésor reste discret quant à la publication des informations sur l'origine des investisseurs refusés par le gouvernement. En Allemagne, l'opinion publique a commencé à changer en 2016 après l'acquisition de la société fabricant de robotique Kuka par Media¹²³, une entreprise d'électroménager cotée en Chine. Il convient de souligner que l'Allemagne a été fortement influencé par les États-Unis dans certaines décisions de filtrage. Le projet d'acquisition d'Aixtron SE par Fujian Grand Chip Invest Fund a d'abord été approuvé favorablement, mais a ensuite été rétroactivement annulé après que les responsables allemands ont reçu des informations de l'ambassade des États-Unis à Berlin¹²⁴. En 2018¹²⁵ et 2020¹²⁶, de nouveaux projets d'acquisitions initiés par des investisseurs chinois ont été refusés par le gouvernement allemand. Les juristes américains ont conclu que « les alliés des États-Unis organisent des examens des investissements dans le but plus ou moins explicite de bloquer les investissements en provenance de Chine en particulier, le monde pourrait se diriger de plus en plus vers un découplage de l'économie mondiale en blocs économiques »¹²⁷.

33. D'une manière générale, tous les pays du BRICS (le Brésil, la Russie, l'Inde, la Chine et l'Afrique du Sud) font face à des défis similaires à ceux de la Chine lorsqu'il s'agit de leurs investissements dans les pays occidentaux. Sans entrer dans les détails, la proposition d'acquisition d'Arcelor par Mittal Steel en 2006 pourra servir comme un bon exemple. Cette opération a suscité beaucoup de discussions au sein des pays occidentaux, car cinq parmi les neuf membres du conseil d'administration de Mittal étaient indiens, malgré le siège établi aux

¹²¹ Kettley S., « Boris Johnson sent China warning as Xi eyes up UK's £285m lithium goldmine », *Express.co.uk*, le 8 décembre 2021 [en ligne : <https://www.express.co.uk/news/science/1532771/boris-johnson-china-warning-xi-jinping-uk-bacanora-lithium-miner-takeover>] [consulté le 7 avril 2022]

¹²² Feitz A, Braun P., « L'usine de rails d'Hayange de British Steel attise les convoitises », *Les Echos*, le 5 mars 2020

¹²³ Schröder O., Birmanns S., « The Foreign Investment Regulation Review: Germany », *The LawReviewers*, le 17 octobre 2021 [en ligne : <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/germany>] [consulté le 8 avril 2022]

¹²⁴ Reuters Staff, « U.S. warned Berlin on China-Aixtron deal: Handelsblatt », *Reuters*, le 26 octobre 2016 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-usa-idUSKCN12Q1A0>] [consulté le 11 juin 2021]

¹²⁵ China State Grid Corporation - 50Hertz en 2018, Yantai Taihai Corporation - Leifeld Metal Spinning en 2018

¹²⁶ EMST GmbH - IMST GmbH en 2020; Silex Microsystems – Elmos en 2022

¹²⁷ Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *Colum. L. Rev.*, vol 123, n°2, mars 2023, p.605

Texte original: « As U.S. allies stand up investment reviews with the more-or-less explicit goal of blocking investment from China in particular, the world may more increasingly toward a decoupling of the worldwide economy into economic blocs... »

Pays-Bas et le président résidant au Royaume-Uni¹²⁸. Les arguments contre l'opération faisaient allusion aux risques de suppression d'emplois et de délocalisation liés aux pays d'origine de l'acquéreur¹²⁹. La CNUDCI a identifié au moins 20 cas de prises de contrôle étrangères planifiées, chacune ayant une valeur supérieure à 50 millions de dollars américains, qui ont été bloquées ou retirées pour des raisons de sécurité nationale entre 2016 et septembre 2019, dont 12 datent de 2018¹³⁰. La valeur agrégée de ces acquisitions s'élevait à plus de 162,5 milliards de dollars américains¹³¹. En 2018, cette valeur s'élevait à 150,6 milliards de dollars américains, ce qui représentait 11,6% des flux mondiaux d'investissements directs étrangers (IDE) de cette année¹³², alors que ces chiffres ne reflètent que les cas et les opérations pour lesquels les informations sont accessibles au public¹³³. Que l'on admette ou non, il existe un « parti pris officiel »¹³⁴ à l'égard des investisseurs chinois et, plus généralement, des investisseurs originaires des pays en développement.

34. Monsieur le Professeur Sornarajah, figure éminente en droit international de l'investissement, observe que « ce domaine du droit est en constante évolution simplement parce que des intérêts différents s'affrontent et que les résultats diffèrent en fonction des équilibres de pouvoir en constante évolution »¹³⁵.

35. Les questions sur la politique de libéralisme dominante de nos jours sont de plus en plus nombreuses, promue après la guerre froide puis *de facto* écartée depuis les années 2010, par les pays occidentaux quand il s'agit des investissements chinois. Si la mondialisation est basée sur le concept simple du néolibéralisme, il faut admettre que le choix de renforcement de la souveraineté par les pays s'appuie sur des motifs très mixtes. Ne s'agirait-il pas d'un résultat de la reconnaissance et la montée d'autres valeurs autres que le libéralisme d'investissement et du commerce ? Ainsi, comment pourrait-on toujours justifier le droit pour un consommateur d'acheter le produit le moins cher comme un principe supérieur ou prioritaire par rapport à

¹²⁸ UNCTAD, World Investment Report 2006, p.225

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ UNCTAD, Investment Policy Monitor: Special Issue - National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments, Novembre 2019, p. 2

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Li J., « In Pursuit of Fairness: How Chinese Multinational Companies React to U.S. Government Bias », *op.cit.*, p. 394

¹³⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. vxi

Texte original: « This area of law is in constant change simply because different interests clash and outcomes differ based on constantly changing power balances. »

toutes les autres valeurs, telle que la préservation de l'environnement, le développement durable, les droits de l'homme, la protection de la culture, le droit social, la santé publique, l'égalité entre femme et homme ? De même, est-ce que la « main invisible » et la « théorie économique de l'intérêt personnel » suffisent-ils tant pour le développement économique que pour l'auto-régulation en cas d'abus ? Si cette dernière théorie permet d'inciter effectivement les individus à rechercher un gain rapide (« *make quick money* »), pourrait-elle inspirer ou conduire d'autres personnes à privilégier des objectifs à long terme plutôt que des comportements à portée immédiate ?

36. La souveraineté ne semble pas, de *prima facie*, être une réponse évidente à toutes ces questions. Mais, son autorité absolue pour intervenir au titre d'intérêt public lui confère un rôle essentiel dans l'équilibre des différents enjeux sociétaux. Même en présence d'institutions internationales sous différentes formes, il est important de reconnaître que « tant du droit étatique qu'interétatique, les États sont les sujets-acteurs sur la scène internationale et créateurs du droit international »¹³⁶.

37. La souveraineté est en effet devenue une solution ultime qui englobe tout. D'un côté, elle pourra répondre aux besoins de concilier la valeur du libéralisme et toutes les autres valeurs, et de l'autre, intervenir dans les conflits entre le néolibéralisme et ces mêmes valeurs. Dès lors la notion de souveraineté a été élargie afin de réintroduire une théorie concurrente du libéralisme. La théorie d'autosuffisance de Johann Fichte du XVIIIème siècle est revenue sous un nom différent, l'« indépendance économique » ou la « souveraineté économique ». Cependant, toute médaille a son revers, la souveraineté peut également justifier les mesures protectionnistes. Ces mesures ont été développées d'une manière inattendue depuis l'apogée de néolibéralisme, sous le prétexte de la souveraineté, comme en témoigne la nouvelle tendance de créer des « champions nationaux ».

38. En effet, la souveraineté est aujourd'hui une idée et une force employée pour combattre le néolibéralisme, bien loin de son sens originel au XVIe siècle. Au contraire, elle s'est transformée en un symbole, un fourre-tout rassemblant toutes les forces qui s'opposent au néolibéralisme vertueux ou néfaste.

39. Enfin, à part la « souveraineté », on ne trouve pas de nos jours une autre notion neutre, patriotique, voir même populiste, qui puisse mieux servir et représenter les intérêts de chaque

¹³⁶ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, Presses Universitaires de France, 1999, p.135

pays. Les normes internationales en matière d'investissement international, établies sous l'initiative des États-Unis¹³⁷, s'apparentent à une américanisation des règles internationales, voire la promotion des valeurs américaines¹³⁸. La période qui promouvait le néolibéralisme et a conduit à la création du règlement des différends « privés » dans les TBI a été caractérisée par ce que Monsieur le Professeur Zhu Mingxin qualifie de « retrait de l'État »¹³⁹, signifiant ainsi le renoncement à une partie de son espace politique souverain au nom du bien commun¹⁴⁰. Les autres valeurs propres dans chaque culture ont été mises de côté au profit de la seule valeur néolibérale.

40. La montée en importance de la « souveraineté » s'accompagne d'un mouvement de dé-américanisation. Même pour les États-Unis, le conflit d'intérêt entre le pro-libéralisme et le contre-libéralisme existent depuis longtemps. Le slogan « American first » illustre parfaitement ce retour de la souveraineté après la bataille entre différents groupes d'intérêts à l'intérieur du pays.

41. Dans une telle perspective, le sujet essentiel de la présente thèse : le contrôle étatique sur les investissements chinois dans les pays occidentaux, ou plus généralement les investissements étrangers, se trouve au cœur d'un conflit de valeur entre le néolibéralisme, mis en œuvre pour restreindre l'autorité absolue des pays, et le retour de la souveraineté pour contrecarrer les effets du néolibéralisme.

42. Bien que l'investissement étranger soit devenu aujourd'hui l'épicentre du conflit, il est nécessaire d'affiner le champ de recherche de la présente étude en ce qui concerne le traitement des étrangers et la définition de leurs investissements. Nous analyserons d'abord dans quelle mesure le droit interne et le droit international peuvent diverger sur la définition de l'investissement international (Section 1). D'après Madame la Professeure Robert-Cuendet, « peu d'analyses consacrées à ce champ de la régulation des activités économiques

¹³⁷ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *J. Int. Econ. Law*, vol 23, n°2, juin 2020, p. 416

¹³⁸ Mayall J., *Nationalism and International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p.77

¹³⁹ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *国际法研究*, n°4, 2018, p.18 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2018, p. 18)

¹⁴⁰ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.226

Texte original : « BITs also involve relinquishments of sovereign "policy space" in defence to the greater good". »

transnationales se sont véritablement attelées à en définir les contours »¹⁴¹, la raison pour laquelle « l'investissement dont la définition elle-même sujette à controverse »¹⁴².

43. À cet égard, nous aborderons une question plus profonde, qui a servi de fil conducteur tout au long de cette recherche : les conflits de valeurs qui sous-tendent l'établissement de ces règles de jeu (Section 2).

¹⁴¹ Robert-Cuendet S., « Introduction » dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p. 23

¹⁴² *Ibid.*

Section 1. Absence d'une définition harmonisée de la notion investissement étranger

44. Un investissement effectué ou en cours de réalisation par un investisseur chinois sur le territoire français ou dans un pays tiers peut être qualifié d'investissement transfrontalier. Dans la perspective du pays d'accueil de l'investissement, il est considéré comme un investissement étranger. Dans la perspective d'institution internationale ou de droit international qui cherchent à établir les règles applicables pour encadrer la souveraineté des pays d'accueil et pour les contraindre à accepter les investissements étrangers, ce type d'investissement est qualifié d'investissement international.

45. Une opération transfrontière effectuée par l'investisseur chinois devra s'insérer « dans un lacs de règles, internes ou internationales, disparates, souvent peu concordantes (même s'il existe certains principes communs) et en constante évolution »¹⁴³. En conséquence, un investisseur chinois est soumis à un double environnement juridique, tant interne qu'international.

46. Toutefois, le droit interne et le droit international en matière d'investissement ont des objectifs divergents. L'un vise à contrôler les investissements, et l'autre a pour objectif la liberté d'investissement international. En effet, ce domaine du droit est en réalité le résultat d'équilibre des pouvoirs, conduisant à son constante évolution¹⁴⁴. Le Professeur Thomas Wälde conseille de « bien comprendre et identifier proprement la portée, la signification et l'applicabilité des règles juridiques nécessitent une approche interdisciplinaire »¹⁴⁵, et « d'évaluer les problèmes en question autrement que du simple point de vue, forcément partiel, d'une discipline donnée »¹⁴⁶. Dans cette perspective élargie, il est important de prendre en compte différentes disciplines. On fera appel et référence aux théories de philosophie pure, de philosophie de droit, ou encore d'économie afin de mieux comprendre ce conflit d'objectifs et de valeurs. Bien évidemment, « [i]l n'est cependant pas toujours possible d'appliquer chaque discipline avec un degré idéal de profondeur et de compétence, ni d'arriver à une vérité absolue »¹⁴⁷. Néanmoins, « une tentative modeste et protique de dépassement des frontières du droit international proprement dit donne une meilleure vue »¹⁴⁸.

¹⁴³ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement, op.cit.*, p. 76, paragr. 139

¹⁴⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p. vxi

¹⁴⁵ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, A. Pédone, 2004, p.10

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Id.*, p.11

47. La définition de « nous » et « étranger » est une question fondamentale dans toute l'histoire de l'humanité. Lorsqu'il s'agit d'investissements étrangers, cela soulève une série de questions. Qui est inclus dans la catégorie « nous » et qui est considéré comme « étranger » ? Qu'est-ce qui constitue un « investissement », et plus spécifiquement un investissement étranger ? Quels types d'opérations sont considérés comme des investissements ? Ces questions sont essentielles pour comprendre le champ de l'investissement étranger et les différentes perspectives qui y sont associées. Afin de répondre à ces questions, il sera nécessaire de définir qui est considéré comme étranger (§2) et ce que c'est un investissement (§1).

§ 1. Investissement : une notion juridique loin d'être homogène

48. L'investissement est le premier élément à définir, mais l'investissement direct, plutôt que d'autres types d'investissement, est l'élément essentiel de cette recherche. Les investissements étrangers directs sont considérés comme étant plus stables et moins sujets à « une liquidation et à un retrait soudain »¹⁴⁹ par rapport aux investissements en portefeuille ou aux investissements indirects. Ainsi, les traités d'investissement se concentrent sur les investissements directs pour exclure d'autres types de capitaux étrangers¹⁵⁰. La « Définition de référence des investissements directs internationaux », adoptée par l'OCDE depuis 1983, définit l'investissement direct comme « un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie (« l'investissement direct ») afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise (« l'entreprise d'investissement direct ») qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct »¹⁵¹. Selon l'OCDE, pour établir l'existence de cet « intérêt durable », l'investisseur direct doit détenir au moins 10% des droits de vote de l'entreprise d'investissement direct, ce qui le distingue de l'investissement indirect, ce dernier « ne cherchant généralement pas à influencer sur la gestion de l'entreprise »¹⁵². Il est essentiel de relever que la « Définition de référence des investissements directs internationaux » est adoptée par l'OCDE dans le but d'« améliorer les mesures statistiques de l'investissement direct international »¹⁵³. Plus précisément, cette définition sert à l'harmonisation mondiale à des fins statistiques dans une perspective économique plutôt que juridique. L'INSEE a adopté l'esprit de la définition de l'OCDE concernant les « investissements directs étrangers », qu'elle définit

¹⁴⁹ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°1, hivers 2017, p.135

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, quatrième édition 2008, 1.4, p.17

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Id.*, p.3

comme « les investissements qu'une unité institutionnelle résidente d'une économie effectue dans le but d'acquiescer un intérêt durable dans une unité institutionnelle résidente d'une autre économie et d'exercer une influence significative sur sa gestion dans le cadre d'une relation à long terme »¹⁵⁴.

49. En doctrine, plusieurs points de vue s'accordent sur l'emprunt de la notion d'investissement à la discipline économique¹⁵⁵. Bien évidemment, l'analyse sur la définition économique et juridique fera apparaître la discordance profonde entre ces deux disciplines qui n'ont pas les mêmes visées et objectifs¹⁵⁶.

50. En économie, la notion d'investissement, d'après Professeur Carreau, réunit plusieurs éléments : « (i) l'existence d'un apport en capital ; (ii) l'établissement de liens durables du fait cet apport ; (iii) la possibilité d'exercer soit le contrôle, soit, tout au moins, une réelle influence sur la gestion de l'entreprise investie du fait de l'établissement de ces liens durables »¹⁵⁷. Par conséquent, la notion d'investissement international se distingue de celle du « commerce internationale » qui consiste généralement dans « l'échange de biens, de services et de capitaux entre pays »¹⁵⁸.

51. La définition juridique de l'investissement a « une portée fonctionnelle »¹⁵⁹. Il « ne s'agit pas d'un investissement idéal, mais de celui protégé par le traité »¹⁶⁰ ou celui qui fait l'objet d'un contrôle par les pays. Loin d'être uniforme, cette notion n'a « intégré la sphère juridique qu'après une longue période de gestation normative »¹⁶¹, toutefois sa « définition juridique encore controversée »¹⁶² pose « des nombreux problèmes »¹⁶³. En effet,

¹⁵⁴ INSEE, « Investissements directs étrangers », *INSEE*, 5 novembre 2019 [en ligne : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1263>] [consulté le 28 septembre 2022]

¹⁵⁵ Bolusset C., *L'investissement*, Paris, Bréal, 2007, p.7 ; Lavieq J.P., *Protection et promotions des investissements*, Genève, Graduate Institute Publications, 1985, Chapitre 1

¹⁵⁶ Carreau D., *Répertoire de droit international/ Investissement, op.cit.*, p. 76, paragr. 4

¹⁵⁷ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, 6^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017, p.573

¹⁵⁸ Audit M., Bollée S., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^{ème} édition, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions, 2019, p.19

¹⁵⁹ Tanon A.S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, 517 P., Thèse en droit : Université de Bordeaux, 2016, p.17

¹⁶⁰ Matringe J., « La notion d'investissement », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben (dir.), Paris, Pedone, 2015, p.139

¹⁶¹ Horchani F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, n°2, avril-mai-juin 2004, p.369

¹⁶² *Id.*, p.370

¹⁶³ *Ibid.*

l'investissement en tant que concept d'« essence économique »¹⁶⁴ a fait son entrée lors de l'« internationalisation de l'activité économique qui précipite son apparition dans le discours juridique »¹⁶⁵. La raison pour laquelle cette notion est surtout définie dans les sources internationales, alors que « l'ensemble du droit, y compris dans sa composante étatique interne, continue à subir la pression de ce que l'on commence à nommer mondialisation »¹⁶⁶.

52. Sous le prisme du droit des investissements internationaux, « quasiment uniquement dédiés »¹⁶⁷ à la « protection des investisseurs et des investissements étrangers »¹⁶⁸, la notion d'« investissement » est synonyme de la notion « *property rights and interests* »¹⁶⁹ du côté anglo-saxon, tandis qu'en France, l'investissement se confond avec la notion de biens¹⁷⁰. Selon Monsieur le Professeur Laviec, les investissements couverts par les conventions bilatérales ou multilatérales englobent tous les droits patrimoniaux, ce qui inclut « les biens, droits et intérêts », ainsi que les « *property rights and interests* » suivant la définition anglo-saxonne¹⁷¹. Pour ce dernier, « un investissement est l'ensemble des biens et des droits que la loi d'un État d'accueil qualifie comme tels, et qui sont admis sur son territoire à ce titre »¹⁷², ou encore « les avoirs économiques qui seront considérés comme des investissements aux termes d'une Convention »¹⁷³.

53. La France a aussi donné la définition de la notion d'investissement dans le cadre du droit international de l'investissement. Celle donnée par Monsieur le Professeur Carreau indique que « [l]e droit international des investissements, dont la raison d'être est, pour l'essentiel, la protection de tous les investissements, peut, sans difficulté, faire l'économie de cette distinction qui n'entraînerait aucune différence dans le régime juridique applicable aux investissements »¹⁷⁴. Pour lui, l'« investissement » dans une perspective du droit international de l'investissement signifie « toute contribution en argent ou autres avoirs ayant valeur

¹⁶⁴ Bencheneb A., « Sur l'évolution de la notion d'investissement », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem, LITECK, 2000, p. 179

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Robert-Cuendet S., « Introduction » dans *Droit des investissements internationaux*, *op.cit.*, p. 24

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ v. Schwarzenberger G., *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1969, p. 17

¹⁷⁰ Tanon A.S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, *op.cit.*, p.17

¹⁷¹ Laviec J.P., *Protection et promotions des investissements*, *op.cit.*, Chapitre 1, paragr. 7

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p.573-574

économique, effectuée pour une période indéfinie, ou, si la période est précisée, pour au moins cinq ans »¹⁷⁵.

54. Outre les divergences doctrinales, il convient de relever que les définitions données pour l'« investissement » diffèrent dans les conventions bilatérales et multilatérales d'investissements. Bien que ces traités soient considérés comme les « sources premières du droit des investissements internationaux contemporains »¹⁷⁶, cette notion ne s'y trouve pas non plus harmonisée ou unifiée. Les traités relatifs aux investissements en eux-mêmes sont considérés comme « imprécis »¹⁷⁷, « remplis de dispositions texturées ouvertes qui peuvent soutenir un large éventail de compréhension »¹⁷⁸. La définition varie d'un modèle de traité bilatéral d'investissement (ci-après TBI) à un autre, d'une génération de TBI à une autre, et naturellement d'un traité d'intégration économique régionale à un autre (comportant souvent un chapitre sur l'investissement). Le modèle de TBI d'un pays peut exposer une définition différente par rapport à son droit interne.

55. Le modèle de TBI des États-Unis de 2012 a donné une définition extrêmement large de l'« investissement » : tout actif qu'un investisseur possède ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, telles que l'engagement de capital ou d'autres ressources, l'attente de gain ou de profit, ou la prise de risque. Pour compléter cette définition, une liste des formes d'investissements a été établie, incluant non seulement les formes d'entreprise, d'actions, de participation, d'obligation et de prêt, mais également les formes telles que la construction clé en main, le droit de la propriété intellectuelle, les licences, etc¹⁷⁹.

¹⁷⁵ *Id.*, p.576

¹⁷⁶ Tanon A.S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, op.cit., p.17

¹⁷⁷ Kethireddy S., « Still the Law of Nations : Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *Yale J. Int. Law.*, vol n°44, n°2, été 2019, p.321

¹⁷⁸ *Ibid.*

Texte original : « Investment treaties [...] replete with open textured provisions that can sustain a wide range of understanding »

¹⁷⁹ Modèle de convention bilatérale d'investissement des États-Unis du 2012, l'Article 1 - Définition :

«Investment» means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

(a) an enterprise;

(b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;

(c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;

(d) futures, options, and other derivatives;

(e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;

(f) intellectual property rights;

(g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic

56. Pour la définition de l'investissement dans le cadre d'une convention multilatérale, la Convention de Washington de 1965 est l'une des conventions les plus renommées et ayant rencontré le plus de « succès »¹⁸⁰ dans le domaine du droit des investissements internationaux. Cette convention a aussi instauré le règlement des différends : le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après le CIRDI)¹⁸¹. Dans son fameux article 25, aucune définition précise n'a été donnée sur la notion d'« investissement », suscitant de nombreux débats sur ce qui constitue un investissement¹⁸². Il décrit simplement : « [l]a compétence du Centre s'étend à tout litige juridique découlant directement d'un investissement ». L'absence d'une définition sur ce terme essentiel est, dit-on, destinée à octroyer les plus larges juridiction et compétence en matière d'investissement étranger pour les sentences du CIRDI¹⁸³. Pour le Professeur Carreau, il s'agit d'une tendance consistant à « régler sans définir », dans le but de bénéficier d'une certaine souplesse dans le domaine des investissements internationaux, afin d'inclure le plus grand nombre de transactions couvertes par le régime protecteur des investissements étrangers¹⁸⁴. Pour l'application de cet article 25 de la Convention, dans les premiers arbitrages du CIRDI, les arbitres n'ont pas cherché à clarifier la définition d'un investissement, mais se sont référés aux traités TBI qui a généralement prévu une définition large incluant tout type d'actifs¹⁸⁵. La définition d'« investissement » pour l'application de cet article 25 a été posée en 2001 par le test de *Salini*. Cette définition prend en considération plusieurs critères : une certaine durée (1), une certaine régularité dans les profits et les rendements (2), une prise de risques (3) et un engagement substantiel et significatif pour le développement de l'État d'accueil (4)¹⁸⁶. Cependant, il convient de noter que cette définition reste controversée¹⁸⁷. À l'inverse, ce qui ne constitue pas

law;2, 3 and

1 (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.

¹⁸⁰ Atanasov O., Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international, 539 P., Thèse en droit : Université de Panthéon-Sorbonne, 2017, p.23, paragr.38

¹⁸¹ La plupart des arbitrages en matière d'investissement international sont effectués selon les règles de la Convention CIRDI. Cependant, certains pays choisissent également les règles de la CNUDCI. Par exemple, dans le cadre de l'ALENA, les deux ensembles de règles sont acceptés. Selon le chiffre de CNUDCI pour l'année 2013, 62% des arbitrages ont été effectués conformément aux règles de la CIRDI, tandis que 28% ont été réalisés selon les règles de la CNUDCI. v. UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 125

¹⁸² Pahis S., « Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law », *Yale J. Int. Law.*, vol 45, n°1, hiver 2021, p.70

¹⁸³ Manciaux S., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du CIRDI*, 727 P., Thèse Dijon, 1998, p.39

¹⁸⁴ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, op.cit., paragr.16

¹⁸⁵ Pahis S., « Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law », op.cit., p.77

¹⁸⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, paragr.52

¹⁸⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, paragr.312

un « investissement » a pu être défini et généralement accepté¹⁸⁸, en excluant les ventes¹⁸⁹ ou les transactions commerciales¹⁹⁰. En résumé, « l'investissement défini dans ces lois, traités et sentences n'est que l'investissement protégé par les instruments de protection, seul investissement qui intéresse dans la pratique les États, les investisseurs et les tribunaux »¹⁹¹.

57. Toutefois, de nos jours, cette tendance, qui résulte d'une époque dominée par le libéralisme, connaît des changements. Désormais, « le choix de ce qui est protégé par ce droit n'est pas indifférent à une idée politique que celui-ci pourrait porter »¹⁹². Les nouveaux traités bilatéraux ou régionaux choisissent d'exclure différents types de biens de la définition d'investissement plutôt que d'adopter une définition extrêmement large¹⁹³.

58. L'Accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (ci-après AECG ou CETA en anglais) prévoit un chapitre entier dédié à l'investissement dans son chapitre 8. L'investissement y a une définition plus étroite que dans le modèle américain, et exclut certain type de « créances de somme d'argent »¹⁹⁴. De plus, cet accord exige une certaine durée pour être considéré comme un investissement¹⁹⁵.

59. Le Partenariat économique régional global (ou « *Regional Comprehensive Economic Partnership* » en anglais, ci-après RCEP), un accord de libre-échange entre quinze pays autour de l'océan Pacifique, incluant la Chine, le Japon et la Corée, a expressément exclu les éléments suivants de la définition des investissements : les parts de marché, l'accès au marché, les gains anticipés et les opportunités à but lucratif¹⁹⁶. Ces exclusions visent à prévenir les abus des investisseurs étrangers qui recourent à l'arbitrage dans le cadre de traité d'investissement. De nombreux contentieux des investissements ont été portés devant les tribunaux arbitraux par des

¹⁸⁸ Pahis S., « Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law », *op.cit.*, p.72

¹⁸⁹ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, paragr.72; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, paragr.55; *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award, paragr.222; *Poštová banka, a.s., ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, paragr.361

¹⁹⁰ *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Award, paragr.245; *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB/09/11, paragr.56; *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/1, Excerpts of Award, paragr.105; *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, paragr.284; *CJUE, 2 septembre 2021, aff.C-741/19, République de Moldavie c/ Komstroy LLC.*, paragr.79

¹⁹¹ Matringe J., « La notion d'investissement », *op.cit.*, p.137

¹⁹² *Id.*, p.136

¹⁹³ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 112; UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 132

¹⁹⁴ L'article 8.1, AECG

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ L'article 10.1, RCEP, note de bas de page n°7

investisseurs se sentant lésés par de nouvelles lois renforçant la protection de l'environnement ou de la santé publique, et alléguant que leurs gains anticipés ou leur part de marché ont été affectés dans le pays d'accueil¹⁹⁷.

60. Du côté du continent américain, l'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après ALENA), entré en vigueur en 1994, n'a pas fourni de définition sur l'« investissement ». Toutefois, l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ci-après ACEUM ou USMCA en anglais) qui remplace l'ALENA depuis son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2020, définit l'investissement ainsi que certaines exclusions. Il est précisé que « certaines formes de créances, telles que les obligations, débentures et les billets à ordre à long terme ou les prêts, sont plus susceptibles de présenter les caractéristiques d'un investissement, alors que d'autres formes de créances, telles que les demandes de paiement remboursables immédiatement, sont moins susceptibles de présenter de telles caractéristiques »¹⁹⁸. En matière de licences, d'autorisations, de permis et d'autres droits similaires conférés en vertu du droit d'une Partie, ils sont considérés comme des investissements. Toutefois, dans la note de bas de page, il est précisé que cela dépendra de la nature et de l'étendue des droits de ces licences pour savoir si elles en possèdent les caractéristiques. En effet, les licences qui ne créent pas de droits protégés sont exclues par le traité¹⁹⁹. En somme, une définition large de l'investissement, sans limites ni exceptions, n'est plus à la mode et est même écartée par les pays souverains lors de la négociation de nouvelles générations de conventions internationales.

61. Enfin, avec le retour de la souveraineté dans l'actuel contexte économique et social, une définition de l'« investissement » par le droit international paraît de moins en moins adaptée. Même avec les exceptions, ces traités régionaux ont tous des définitions assez larges de l'investissement, qui sont de « substantielles protectrices de l'investisseur au plan international »²⁰⁰. En même temps, le droit national a aussi une définition floue de l'investissement aux fins de filtrage et de contrôle des investissements étrangers. Les deux sources de droits ont des objectifs opposés, d'où source de conflits entre le libéralisme et la souveraineté en la matière. En effet, « le choix de faire couvrir par le droit des investissements tel ou tel type de biens, services ou opérations pourrait révéler un dessein politique des auteurs

¹⁹⁷ Par exemple : *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL

¹⁹⁸ L'article 14.1, ACEUM, note de bas de page n°1

¹⁹⁹ L'article 14.1, ACEUM, note de bas de page n°2

²⁰⁰ Forteau M. « Nationalité des investissements personnes physiques et nationalité des investissements personnes morales, actionnaires (minoritaires) », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.167

de ce droit »²⁰¹, dès lors les énoncés conventionnels « ne définissent ce mot que pour préciser le champ d'application du régime »²⁰², et les énoncés législatifs « n'ont recours à cette opération de définition que pour déterminer ce même champ d'application et/ou le champ de leur compétence »²⁰³.

62. Aux États-Unis, le contrôle sur les investissements étrangers a émergé dans la loi de *Foreign Investment and Security Act de 2007* (ci-après FINSA) puis confirmé dans la nouvelle loi de *Foreign Investment Risk Review Modernization Act de 2018* (ci-après FIRRMA). Tous deux n'ont toutefois pas fourni de définition claire de l'investissement, mais c'est le terme d'opération ou « *transaction* » en anglais qui en a eu la préférence pour décrire les opérations visées par la loi. Les opérations concernent initialement que les fusions ou acquisitions, de joint-venture, ou des opérations ayant un effet de prendre le contrôle sur une affaire aux États-Unis²⁰⁴. Ainsi, le filtrage des investissements étrangers a été essentiellement utilisé pour bloquer une fusion et acquisition aux États-Unis. Par la suite, la loi FIRRMA et ses règlements ont étendu la notion de « *transaction* » ou d'« opération couverte » (« *covered transaction* ») et élargi les pouvoirs d'intervention du CFIUS, administration américain dotée du pouvoir d'examiner et de bloquer une opération. Selon la loi FIRRMA, une opération couverte peut prendre la forme d'une acquisition, d'une fusion ou d'une joint-venture, ou l'acquisition immobilière si les terrains sont à proximité des installations militaires ou une propriété gouvernementale, enfin tout autre type d'investissement aux États-Unis qui permettrait aux investisseurs étrangers d'avoir accès à tous les matériels et techniques détenus par les États-Unis, d'acquérir les droits d'être membre ou observateur au sein du conseil d'administration (ou équivalent) de l'entreprise aux États-Unis, ou encore le droit de nommer une personne à un poste dans celui-ci ; ou alors toute implication, autre que par le droit de vote d'actionnaires, dans la prise de décision de fond de l'entreprise aux États-Unis en lien avec une technologie de pointe, une infrastructure critique (« *critical infrastructure* ») ou des données personnelles sensibles²⁰⁵. En récapitulatif, la définition de l'investissement prévue par la loi américaine implique tous types

²⁰¹ Matringe J., « La notion d'investissement », *op.cit.*, p.136

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Foreign investment and security act 2007, section 2, (a) Definition, ..., (3) Covered transaction. - The term «covered transaction» means any merger, acquisition, or takeover that is proposed or pending after August 23, 1988, by or with any foreign person which could result in foreign control of any person engaged in interstate in the United States.

²⁰⁵ Article 1703, FIRMMA

d'opérations réalisées par des investisseurs étrangers susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale.

63. En France, les contrôles sur les investissements étrangers sont depuis longtemps traités sous une approche traditionnelle du contrôle des mouvements de capitaux entre la France et l'étranger²⁰⁶, ainsi c'est le Code monétaire et financier qui va en dessiner les contours. Là encore, manque à l'appel une définition des termes d'« investissement » ou d'« investissement étranger ». Pourtant, ce sera à travers la procédure des contrôles soumis à la déclaration et à l'autorisation préalable qu'on saura les investissements qui y sont visés. L'article R151-2 du Code monétaire et financier précise comme un « investissement » visé par la loi, l'acquisition d'une entité de droit français ou tout ou partie d'une branche d'activité du droit français, ou de franchir, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 25 % de détention des droits de vote d'une entité de droit français²⁰⁷. Puis l'article R151-3 énumère les secteurs dans lesquels les investissements étrangers sont soumis à un contrôle gouvernemental, tels que la défense, la cryptologie, le traitement, la transmission ou le stockage de données, les infrastructures essentielles d'énergie, d'eau et du transport, la santé publique, la presse et les technologies critiques.

64. Au niveau européen, dans un objectif de créer un cadre commun de filtrage des investissements étrangers, l'article 2 du Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (ci-après Règlement (UE) 2019/452), a enfin donné une définition. L'investissement direct étranger désigne « un investissement de toute nature auquel procède un investisseur étranger et qui vise à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique »²⁰⁸.

²⁰⁶ v. l'article L 151-2 du Code monétaire et financier, décrivant les types de opérations sous contrôles

²⁰⁷ Le seuil de 25% ne s'applique pas à une personne physique possédant la nationalité d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention assistance administrative avec la France en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, et domiciliée dans l'un de ces États. Il ne s'applique pas non plus à une entité dont tous les membres de la chaîne de contrôle relèvent du droit de l'un de ces mêmes États, possèdent la nationalité de cet État et y sont domiciliés.

²⁰⁸ L'article 2, Règlement (UE) 2019/45

65. En Chine, la loi sur les investissements étrangers a été promulguée en mars 2019 et est entrée en vigueur en janvier 2020. Les investissements étrangers ont été définis comme des activités d'investissement menées par des personnes physiques étrangères, des entreprises ou d'autres organismes étrangers, directement ou indirectement sur le territoire de la Chine. Cela comprend notamment les entreprises créées avec des capitaux étrangers ou les coentreprises, ainsi que des actions, des participations, des parts de propriété ou d'autres droits et intérêts similaires acquis par les investisseurs étrangers au sein d'entreprises situées sur le territoire de la Chine²⁰⁹.

66. En résumé, la définition de l'investissement varie en fonction des objectifs poursuivis, et sa définition juridique peut différer selon le droit interne et le droit international. Une comparaison préliminaire met en évidence « un lacs de règles, internes ou internationales, disparates, souvent peu concordantes »²¹⁰, ainsi que la complexité des mesures et des instruments juridiques auxquels un investisseur étranger doit faire face pour réaliser un investissement. Les différences de traitement en droit interne ou au niveau des conventions internationales traduisent des attentes, des objectifs ou des valeurs à protéger qui sont très différents. Alors que le droit interne vise à contrôler les investissements étrangers et à préserver la souveraineté d'un pays en filtrant les investissements indésirables, le droit international, quant à lui, construit dans le cadre du néolibéralisme, vise à protéger la liberté d'investissement.

67. L'environnement juridique d'un investissement étranger dans les pays occidentaux est un domaine où la souveraineté de l'État entre en conflit avec le principe de la liberté d'investissement établi par les sources du droit international public. Les pays occidentaux

²⁰⁹ Foreign Investment Law of the People's Republic of China, Article 2

...

For the purpose of the Law, foreign investment refers to the investment activity directly or indirectly conducted by a foreign natural person, enterprise or other organizations (the "foreign investors"), including the following circumstances:

1. A foreign investor establishes a foreign-funded enterprise within the territory of China, independently or jointly with any other investor;
2. A foreign investor acquires shares, equities, property shares or any other similar rights and interests of an enterprise within the territory of China;
3. A foreign investor makes investment to initiate a new project within the territory of China, independently or jointly with any other investor; and
4. A foreign investor makes investment in any other way stipulated by laws, administrative regulations or provisions of the State Council.

For the purpose of the Law, a foreign-funded enterprise refers to an enterprise that is incorporated under the Chinese laws within the territory of China and is wholly or partly invested by a foreign investor.

²¹⁰ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement, op.cit.*, paragr. 139

adoptent des mesures ou tentatives de contrôle sur les investissements étrangers qui peuvent être classées en deux catégories : les mesures actives et les mesures passives.

68. Les mesures actives correspondent aux actions prises directement pour filtrer ou refuser l'admission des investissements étrangers. Ces mesures prennent la forme de lois nationales et sont l'incarnation de la souveraineté de l'État.

69. Les mesures passives sont les mesures visant à encadrer la promotion de la liberté des investissements en droit international ou d'élargir des réserves quant à l'exercice de ces libertés afin d'accroître le pouvoir des États pour régler les investissements étrangers. Traditionnellement, pour « les bâtisseurs de la gouvernance mondiale, la souveraineté des États est le plus souvent un frein à surmonter »²¹¹ comme le démontrent les 3000 TBI où la protection des investissements constitue « la plus grande menace à la souveraineté »²¹². Ce défi continu à la souveraineté des États a déclenché la volonté de négocier de nouvelles générations de traités d'investissement afin de protéger les investissements réalisés par les ressortissants nationaux à l'étranger, et en parallèle de légitimer les mesures de contrôles sur les investissements venant de l'étranger.

70. Nous nous posons donc les questions suivantes : Comment l'État pourrait-il contrôler les investissements étrangers dans l'encadrement strict du droit international ? Quelles mesures l'État pourrait-il employer en droit interne et en droit international afin de réaliser ses objectifs de limiter les effets non désirables des investissements étrangers ?

§ 2. Etranger : une question de critère de « nous », « étranger » et « ennemi »

71. En poursuivant notre analyse sur l'investissement, il est maintenant primordial de déterminer qui est « nous », qui est « étranger ». En effet, lorsque les investissements sont réalisés par des nationaux, ils sont régis par différentes branches du droit interne. Toutefois, lorsque des éléments étrangers entrent en jeu, une question supplémentaire se pose : bénéficieront-ils d'un traitement identique ou différencié ?

72. La notion d'étranger, telle que définie par le dictionnaire Larousse, désigne quelqu'un qui est d'une autre nation que celle dont on est ressortissant. Ainsi, la définition d'étranger est étroitement liée à celle d'État. Comme le souligne Madame la Professeure Lejbowicz, « les

²¹¹ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.225

Texte original: « For the builders of global governance, state sovereignty is most often a hindrance that needs to be overcome. »

²¹² *Id.*, p.231

États ont divisé la planète en territoires distincts, ce qui a eu pour conséquence de faire s'affronter les populations qui les occupent ; d'où la nécessité de séparer ces populations par des cloisons étanches : les frontières »²¹³.

73. Ensuite, selon le principe d'autodétermination inhérent à la souveraineté, le peuple, ce « nous », a le pouvoir de décider de la manière de gérer les affaires internes de notre territoire.

74. L'ensemble de la théorie « Du contrat social » développé par Rousseau repose sur une prémisse fondamentale. Cette théorie s'applique au peuple inclus dans la catégorie de « nous », c'est-à-dire au peuple d'un territoire spécifique qui se considère comme une collectivité harmonieuse et cohérente, partageant des valeurs communes, des croyances communes, une langue commune, une histoire commune, une culture commune, etc. Le principe d'« autodétermination » met en évidence le fait que c'est le peuple du territoire qui est le sujet essentiel de l'État, représentant ainsi l'intérêt général de l'État. Evidemment, les étrangers ne font pas partie de ce peuple, du moins pas par nature. Il serait absurde de conclure que les étrangers et les nationaux partagent un même contrat social, dans quel cas les étrangers ont en réalité deux contrats sociaux distincts : un de leur pays d'origine, l'autre de leur pays d'accueil. De plus, de nombreux doutes subsistent, notamment lorsqu'un étranger arrive temporairement dans un pays. Comment pourrait-il s'engager dans un tel contrat social dès son arrivée ? Devrions-nous subdiviser les différents étrangers en fonction de la durée de leur séjour ? Enfin, la théorie du contrat social ne semble pas couvrir les personnes morales qui ne peuvent pas, en tant que telles, participer à la vie politique, qui est au cœur même de cette théorie. Nous pouvons au moins conclure tant « Du contrat social » que de la théorie de la souveraineté, que c'est le peuple qui peut décider si un étranger doit être traité de manière identique ou différente des nationaux. En conséquence, la non-discrimination déclarée dans la Constitution française, qui représente le contrat social des Français, trouve ses limites. Si ce principe devait s'appliquer aux étrangers, il s'agirait d'un choix moral et non d'une obligation. Il est également prévisible qu'il puisse y avoir un traitement différencié des étrangers, car le contrat social ne concerne que les Français. En théorie, c'est le peuple français qui décide de sa position dans différents scénarios. Ainsi, tant le contrat social que la souveraineté ne sont-ils pas également une « imagination commune » ? Ces théories ont-elles conduit à une nouvelle manière de distinguer les nationaux des étrangers ?

²¹³ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, op.cit, p.28

75. La théorie du contrat social mise à part, le traitement des étrangers a déclenché une série de décisions ontologiques de la part de Monsieur le Professeur Sarooshi²¹⁴. Il est de prime importance de décider qui est inclus dans la catégorie de « nous » : qui est nous, qui est un ami, qui est un ennemi et qui est un étranger²¹⁵.

76. Dans la plupart des cas, l'investisseur étranger ne semble pas fait partie de « nous ». En effet, la distinction entre « nous » et « étranger » n'est pas un sujet récent, mais plutôt une réalité qui existe depuis longtemps dans l'histoire. Les régimes politiques modernes s'inspirent, d'une manière ou d'une autre, des anciennes pensées politiques et juridiques (I). Ainsi, les étrangers peuvent être traités d'une manière différenciée. Différentes politiques peuvent être élaborées en fonction de la perception de ces personnes comme des ennemis ou simplement des étrangers (II).

I. Traitement différencié : régime juridique depuis d'empire romain

77. Les régimes juridique des pays occidentaux s'inspirent généralement du droit romain, tant pour le droit anglo-saxon, que pour le droit continental²¹⁶. Les œuvres rédigées par Bentham²¹⁷, Blackstone²¹⁸, Montesquieu²¹⁹, Maine Henry Sumner²²⁰ témoignent de l'influence du droit romain sur leurs réflexions et leurs adaptations pour résoudre les problèmes concrets dans leurs systèmes juridiques respectifs. Le droit romain est la grande bibliothèque dont les différents systèmes juridiques des pays occidentaux peuvent tous trouver les notions et doctrines à moderniser et réutiliser.

78. En ce qui concerne plus particulièrement le traitement différencié entre les nationaux et les étrangers, cette distinction existe depuis l'époque romaine. Les règles créées par les Romains ont inspiré les juristes de différentes époques, influençant ainsi le développement des systèmes juridiques ultérieurs.

²¹⁴ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press, 2005, p. 11

²¹⁵ Bartelson J., *A genealogy of sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p.6

²¹⁶ Tigar M., *Law and the Rise of Capitalism*, *op.cit.*, p.8

²¹⁷ Postema G.J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 269-270

²¹⁸ Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Book the First, Introduction, Section II
Selon Maine, les tous premiers chapitres de Blackstone sur la discussion des premiers principes du droit sont une réaffirmation de l'hypothèse romaine. v. Maine, H.S., *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, London, John Murray, Albemarle Street, 4th edition, 1878, p.114

²¹⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XXVIII

²²⁰ Maine, H.S., *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, *op.cit.*, p. 53-57, p. 81-94, p. 114, p.126

79. Le traitement des captifs constitue un pan très important du droit de la guerre, le sort des vaincus du temps de Rome est ainsi décrit par Tocqueville :

« [A]u temps de leurs plus grandes lumières, les Romains égorgeaient les généraux ennemis, après les avoir traînés en triomphe derrière un char, et livraient les prisonniers aux bêtes pour l'amusement du peuple. Cicéron, qui pousse de si grands gémissements à l'idée d'un citoyen mis en croix, ne trouve rien à redire ces atroces abus de la victoire. Il est évident qu'à ses yeux un étranger n'est point de la même espèce humaine qu'un Romain. »²²¹

Cette citation met en évidence la perception différenciée des Romains entre les citoyens romains et les étrangers, soulignant ainsi la distinction existante dans le traitement des nationaux et des captifs en tant qu'ennemis à cette époque.

80. Toutefois, cette distinction entre « ennemi », « étranger » et « nous » évolue au fil du temps. Après la victoire, une fois le territoire étranger incorporé dans une province romaine, ces anciens ennemis étaient parfois traités comme étrangers, parfois comme faisant partie de « nous » en fonction du contexte²²². Tocqueville poursuit en ces termes : « à mesure, au contraire, que les peuples deviennent plus semblables les uns aux autres, ils se montrent réciproquement plus compatissants pour leurs misères, et le droit des gens d'adoucit »²²³.

81. Après avoir établi leur vaste empire, les Romains ont développé le *Jus Gentium*, ou le droit des gens en droit romain, afin de traiter les « étrangers », dont le nombre dépassait largement celui du peuple romain.

82. Le droit des gens occupe une place importante dans « Les institutes » de l'empereur Justinien en tant que partie du droit privé. Dans le titre premier du livre premier, il distingue le droit public et le droit privé : « [l]e droit public est celui qui regarde l'administration de l'état », tandis que « [l]e droit privé est celui qui concerne les intérêts de chacun »²²⁴. Le droit privé est ensuite subdivisé en trois parties : le droit naturel, le droit des gens et le droit civil²²⁵

²²¹ Tocqueville, A. D., *De la démocratie en Amérique Tome II*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1990, p.148

²²² v. Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., Chapitre 11 Visions impériale

²²³ Tocqueville, A. D., *De la démocratie en Amérique Tome II*, op.cit., p.148

²²⁴ *Corps de Droit Civil Romain en Latin et en Français Tome 12 Les institutes de l'empereur Justinien*, traduit par Henri Hulot, Jean-François Berthelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Bérenger Fils, réimprimé en 1979 par Scientia Verlag, AALLEN, Allemagne, p. I 2

Texte original en latin : « Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem. »

²²⁵ *Ibid.*

83. Il est important de signaler que le droit romain a dû consacrer une part importante sur le droit des gens. En effet, les tribus italiennes ne constituaient qu'une petite partie de l'empire romain, qui était principalement composé de territoires conquis et de peuples divers. Dans ce contexte, le droit des gens, ou le droit sur le traitement des étrangers, revêtait une grande importance. Le Professeur Maine résume cette importance en déclarant :

« L'étudiant le plus superficiel de l'histoire romaine doit être coincé par l'extraordinaire degré dans lequel la fortune de la république a été affectée par la présence d'étrangers, sous des noms différents, sur son sol... Quelles que soient les circonstances auxquelles elle est imputable, l'élément étranger dans le Commonwealth a déterminé tout le cours de son histoire, qui à toutes ses étapes n'est guère plus qu'un récit de conflits entre une nationalité obstinée et une population étrangère »²²⁶.

84. « Les institutes » de l'empereur Justinien étaye dans le même titre premier les raisons d'un traitement divergent et d'un droit différencié à l'égard d'un national ou d'un étranger :

« Le droit civil est distingué du droit des gens, parce que tous les peuples qui se gouvernent par des lois et des coutumes, se servent en partie du droit qui leur est particulier, et en partie de celui qui leur est commun avec tous les hommes. Car le droit que chaque peuple s'est fait lui devient particulier, et on l'appelle droit civil, parce qu'il appartient en propre aux citoyens qui l'ont établi. Mais le droit que les lumières de la raison ont établi chez tous les hommes est également observé par tous les peuples, et on l'appelle droit des gens, parce que toutes les nations en font usage. Le peuple Romain se sert donc en partie du droit qui lui est particulier, et en partie de celui qui est commun à tous les hommes²²⁷».

Texte original en latin : « Dicendum est igitur de jure private, quod tripartitum est: collectum est enim ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus »

²²⁶ Maine, H.S., *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, op.cit., p.46-47

Texte original : « The most superficial student of Roman history must be stuck by the extraordinary degree in which the fortunes of the republic were affected by the presence of foreigners, under different names, on her soil... Whatever were the circumstances to which it was attributable, the foreign element in the commonwealth determined the whole course of its history, which at all its stages, is little more than a narrative of conflicts between a stubborn nationality and an alien population »

²²⁷ *Corps de Droit Civil Romain en Latin et en Français Tome 12 Les institutes de l'empereur Justinien*, op.cit., p. I 3

Texte original en latin : « Jus autem civil à jure gentium distinguitur : quod omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quaisi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium

85. Toutefois, pour Professeur Maywell, il s'agit d'une mécompréhension de prétendre que le *Jus Gentium* ait été élaboré par les juristes romains pour respecter les droits civils de chacun. Au contraire, *Jus Gentium* incarne le mépris de toute loi étrangère et reflète la réticence romaine à accorder à l'étranger les avantages de leur propre droit²²⁸. Justinien a accordé de l'intérêt au *Jus Gentium* principalement pour des raisons politiques²²⁹, dans le but de mieux garantir les intérêts des étrangers dans l'empire et de leur assurer une meilleure protection de leurs droits, tout en alignant cela sur les intérêts de l'empire. En effet, en raison du très grand nombre d'étrangers sur le territoire, il était nécessaire de leur accorder un minimum de droits, afin de préserver l'équilibre de l'empire²³⁰. Les Romains ont su très tôt comment justifier un traitement différencié entre le « nous » et l'« étranger ». Dans le *Jus Gentium*, un tel traitement devient raisonnable sous la notion de droit naturel développé sous l'influence de la philosophie stoïcienne²³¹.

86. Effectivement, bien que l'objectif exact du *Jus Gentium* puisse susciter des débats, son intention déclarée d'élaborer un droit commun à tous les hommes a exercé une influence significative sur le développement du droit international contemporain. Cette idée de créer un ensemble de règles et de principes applicables à tous, indépendamment de leurs nationalités ou de leurs statuts, a jeté les bases d'une vision plus universelle du droit. Hugo Grotius est souvent considéré comme l'un des pères fondateurs du droit international moderne²³². Sa théorie exposée dans *le De Jure Belli ac Pacis* ou le Droit de la guerre et de la paix, aurait puisé son inspiration dans le *Jus Gentium*, influençant par la suite d'autres juristes de son époque²³³. Les éléments du droit romain ont été reprises et développées par les juristes afin d'établir un « droit commun à tous les hommes » fondé sur le droit naturel. Selon Monsieur le Professeur Kolb, « [l]e droit international public est dès lors typiquement le produit de dissolutions d'empires ou d'États fédéraux ou unitaires »²³⁴, et il émerge comme une nécessité résultant des échanges et

quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus. »

²²⁸ Maine, H.S., *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, *op.cit.*, p.51

²²⁹ *Id.*, p.52

Texte original : « The *Jus Gentium* was merely a system forced to his attention by a political necessity. He loved it as little as he loved the foreigners from whose institutions it was derived and for whose benefit it was intended. »

²³⁰ *Id.*, p.48

²³¹ *Id.*, p.53

²³² Schwarzenberger G., *The Frontiers of International Law*, London, Stevens & Sons Limited, 1962, p.52

²³³ Grotius, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome 1, traduit par Jean Barbeyra, 1724, « Source gallica.bnf.fr/bibliothèque nationale de France », p.55

²³⁴ Kolb R., *Théorie du droit international*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2013, p.13

des nouvelles relations politiques après la dissolution de ces empires. Ainsi, le droit international n'est pas une invention ex nihilo, mais né d'un besoin d'échanges et d'une nouvelle relation politique après la dissolution d'empire.

87. Les périodes changent, mais la distinction entre « nous » et « étranger » persiste. Celle-ci a même été renforcée par la concurrence entre les États. Tant le droit interne, que le droit international ont cherché à réglementer les relations entre les peuples et les populations venant de l'extérieur. Les États s'efforcent de trouver un équilibre entre le maintien de relations de collaboration, de développement économique et de paix, tout en veillant à ce que la souveraineté soit exercée dans l'intérêt premier de leurs nationaux. Il nous semble raisonnable de conclure tant qu'un ordre international basé sur les États existera, un tel conflit entre les étrangers et le peuple national persiste et persistera dans le futur.

II. Une question récurrente de définir qui est « étranger »

88. En ce qui concerne les échanges internationaux, on distingue généralement deux formes : les échanges de marchandises et de services, qui impliquent une forme plus légère de coopération, et les investissements directs, qui représentent une installation plus profonde et plus lourde, impliquant une activité directe dans le pays d'accueil. Cependant, les investissements directs étrangers peuvent engendrer des conflits avec les intérêts locaux, contrairement au commerce international qui reste davantage axé sur l'échange de biens et de services. Par conséquent, la possibilité d'un conflit est plus élevée dans le cas des investissements directs étrangers que dans celui du commerce international pur.

89. Historiquement, le droit d'investissement par un étranger a été mis en avant par les pays exportateurs de commerce et d'investissement. Par exemple, Francisco de Victoria a tenté de soutenir l'idée que le commerce était une expression du sentiment de communauté inhérent à l'homme. Ainsi, selon lui, le commerçant étranger est l'égal du national, justifiant dès lors que les Espagnols ont un droit de *Jus Gentium* leur permettant de voyager et séjourner au pays des Indiens, à condition que les Espagnols ne nuisent pas aux Indiens²³⁵. Cette argumentation visait à inclure le droit de commerce et d'investissement parmi les droits naturels²³⁶. Cependant, étant donné le contexte dans lequel cette explication a été présentée, il est difficile d'exclure qu'une telle théorie n'avait pas été orchestrée pour justifier la légitimité du colonialisme espagnol sur

²³⁵ Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of international law*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 20-21

²³⁶ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, op.cit., p. 24

le continent américain. Au XIXe siècle, l'Angleterre a transformé la théorie du libéralisme marginale en une « orthodoxie idéologique »²³⁷. De nos jours, le néolibéralisme est promu et défendu par les États-Unis.

90. En effet, le droit international de l'investissement présente deux aspects contradictoires. D'une part, les pays puissants promeuvent l'idée de la libre circulation des biens et la liberté d'investissement afin d'amplifier leur influence internationale par le biais de leur puissance économique. D'autre part, les pays souverains qui reçoivent ces investissements cherchent à maintenir un certain contrôle sur les investissements étrangers pour mieux protéger leur économie. Le conflit entre le protectionnisme et libéralisme demeure, reflétant fidèlement les intérêts divergents des différents peuples.

91. Au cœur du conflit entre le nationalisme et le libéralisme se trouve la question de déterminer qui est étranger et qui est « nous ». Cette question constitue à la fois le fondement et la continuité du conflit. Comme l'a souligné le Professeur Sarooshi, « [l]'histoire regorge de décisions qui confèrent une identité pour le Nous en opposition à l'Autre, en se concentrant sur les différences géographiques ou autres perçues entre les parties de l'humanité, basées sur des facteurs tels que l'ethnicité, la langue, la tribu et même, il faut le dire avec un degré de circularité ironique, de nationalité »²³⁸.

92. À l'origine, le droit international de l'investissement était principalement axé sur la protection du « droit de la condition des étrangers »²³⁹, se fondant sur « l'humanisme chrétien » dans l'histoire²⁴⁰. La détermination qu'une personne physique soit étrangère ou appartient à ce « nous » est relativement simple. De nos jours, le principe est généralement basé sur la nationalité. La protection du droit de la condition des étrangers englobe des aspects tels que le droit d'admission, de séjour, le droit d'exercer l'activité commerciale, la protection des biens étrangers, etc.

93. À notre époque, la situation des étrangers, qu'ils soient des personnes physiques ou morales, dans un pays souverain peut revêtir de multiples formes et complexités.

²³⁷ v. Polanyi K., *The Great Transformation: Origins of our Time*, Boston, Beacon Press, 1957

²³⁸ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p. 11

Texte originale : « History is replete with decisions that give identity to the We as opposed to the Other by focusing on geographical or other perceived differences between parts of humanity based on such factors as ethnicity, language, tribe, and even, it must be said with a degree of ironic circularity, nationality. »

²³⁹ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 539

²⁴⁰ *Ibid.*

94. L'organisation sous forme d'entreprise a permis à une entité unique de rivaliser avec la puissance des États souverains. Selon le philosophe anglais Russell, le concept du « citoyen unique et séparé n'a plus le même pouvoir et l'indépendance »²⁴¹ qu'il avait été soutenu à l'époque de Locke et Rousseau. Au contraire, notre époque est caractérisée par l'importance de l'organisation, et les conflits se déroulent entre organisations plutôt qu'entre individus isolés²⁴². Ce phénomène n'est pas récent. Des exemples notables de cette évolution incluent la Compagnie britannique des Indes orientales au XVIIe siècle, les méga-groupes financiers et industriels américains dans les années 1920 et les géants technologiques contemporains tels que les GAFAM. En deuxième lieu, il est important de reconnaître qu'aujourd'hui, « les investisseurs ne sont pas liés à une communauté juridique de la même manière que les citoyens »²⁴³. Leurs décisions d'investissement sont principalement basées sur des considérations commerciales sophistiquées²⁴⁴.

95. De nos jours, le droit international de l'investissement se concentre principalement sur la régulation des relations entre les entreprises et les États destinataires des capitaux. Les entreprises internationales « constituent la plus grande part de la cohorte des investisseurs étrangers »²⁴⁵, ce qui fait de la question des contrôles exercés par les États sur ces corporations internationales le sujet principal de cette thèse.

96. En ce qui concerne les personnes morales, la détermination de qui est considéré comme « nous » ou « étranger » est beaucoup plus complexe que pour les personnes physiques. Les critères utilisés, pour déterminer la qualité d'étranger ou non d'une personne, varient selon le sujet et le domaine du droit concerné, « ce qu'on a pris coutume d'appeler la « nationalité » s'apparente davantage à une simple technique juridique permettant de répartir les compétences personnelles des États »²⁴⁶. Cependant, il existe de nombreux autres critères utilisés dans cette détermination de « nous » ou « étranger » pour les personnes morales.

²⁴¹ Russell B., *A History of Western Philosophy*, New York, Simon and Schuster, 1945, p.640

Texte original : « The single separate citizen has no longer the power and independence. »

²⁴² *Ibid.*

Texte original : « Our age is one of organization, and its conflicts are between organizations, not between separate individuals. »

²⁴³ Kethireddy S., « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.316

Texte original: « investors are not tied to a legal community in the same way that citizens are. »

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Forteau M. « Nationalité des investissements personnes physiques et nationalité des investissements personne morales, actionnaires (minoritaires) », *op.cit.*, p.162

²⁴⁶ *Ibid.*

97. Au-delà d'une dichotomie rigide, la qualification d'étranger peut être neutralisée par d'autres critères ou qualifications, sans pour autant retenir une qualification *stricto sensu* de « nous » pour une personne. Par exemple, la notion de résident est créée en droit fiscal français afin de permettre à l'administration d'imposer les activités des entreprises multinationales sur son territoire. En droit fiscal international, l'établissement stable est une autre notion utilisée pour imposer des personnes, en principe étrangères. Pour les projets temporaires de chantiers de construction ou d'assemblage d'une durée supérieure à 12 mois, ils seront qualifiés d'établissement stable en application de la convention bilatérale en matière fiscale entre la France et la Chine. Certaines conventions de ce type prévoient même une durée plus courte de 6 mois. Ces définitions permettent aux pays d'imposer les bénéfices réalisés sur son territoire malgré le caractère étranger du redevable. Dans cette perspective, la nationalité de la société est neutralisée par l'utilisation d'autres notions juridiques. Cette imposition sur la structure étrangère est justifiée car elle est dans l'intérêt du peuple local. Les étrangers sont ainsi admis et intégrés au « nous » par cette typologie technique.

98. En règle générale, la nationalité dépend de multiples facteurs : « chaque fois que l'attribution d'un droit ou d'une prérogative à une société dépendrait de sa nationalité, il conviendrait de déterminer cette nationalité en considération des dispositions législatives particulières en cause »²⁴⁷. Ainsi, une même société aura différentes nationalités « selon la nature de l'enjeu »²⁴⁸.

99. En droit des sociétés, il a longtemps été admis qu'une personne morale avait une nationalité unique, tout comme une personne physique. Cependant, ce courant doctrinal a été vivement critiqué pendant une période prolongée²⁴⁹. De manière générale, une filiale constituée sur le territoire français selon le droit des sociétés national est considérée comme une société française. Ce régime était appliqué de manière indifférenciée aux investisseurs étrangers et nationaux, dont les filiales étaient de facto françaises. Cependant, ce régime a connu une évolution dans le temps. Avant 2004, la loi française interdisait la nomination d'un représentant légal de nationalité étrangère non-résident en France²⁵⁰. Mais depuis, cette règle a été

²⁴⁷ Clavel S., *Droit international privé*, 6ème édition, Paris, Dalloz, 2021, p. 552

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Niboyet J.-P., « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *RGDIP*, 1927, p. 402

²⁵⁰ Selon l'Article L122-1 du Code du Commerce, avant sa modification, il était nécessaire que les représentants légaux de nationalité étrangère résident en France et possèdent un titre de séjour mentionnant « commerçant » délivré par le préfet du département français, afin de pouvoir être nommés. Cela servait à justifier l'autorisation d'exercer leur activité.

Cet article a été modifié par l'Ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004 portant sur la simplification et l'adaptation des conditions d'exercice de certaines activités professionnelles. Depuis lors, la loi française n'interdit plus à une

neutralisée, et la qualification de résident est désormais prise en compte plutôt que la nationalité. Un régime plus souple a été instauré : il permet à un étranger d'être nommé représentant légal s'il est admis régulièrement en France dans le cadre du droit des étrangers. Enfin, ce n'est qu'en 2014 qu'un représentant légal étranger peut être nommé en France sans aucune autorisation préalable.

100. Depuis la politique d'ouverture de la Chine en 1979, deux régimes juridiques distincts ont longtemps prévalu pour les entreprises nationales et les entreprises étrangères, que ce soit en droit des sociétés ou en droit fiscal. Cette distinction des traitements a été favorable aux investisseurs étrangers, offrant un accès à un marché considérable ainsi qu'une réduction d'impôt en échange de leurs investissements et de leur savoir-faire. Cependant, la réforme fiscale en 1994 a déjà aboli le traitement différentiel en matière fiscale. La distinction totale entre les entreprises étrangères et nationales a été supprimée avec l'adoption de la loi sur les investissements étrangers de la République Populaire de Chine en mars 2019, entrée en vigueur en janvier 2020²⁵¹. Depuis lors, les investisseurs étrangers et nationaux sont soumis à un régime commun.

101. En ce qui concerne le droit relatif aux investissements étrangers, qui implique directement la relation entre investisseurs nationaux et étrangers, le critère de nationalité a été renforcé plutôt que neutralisé par d'autres techniques. Dans la partie du Code monétaire et financier (ci-après CMF) qui traite du contrôle des investissements étrangers, le terme « étranger » est employé. L'article R151-1 du Code susmentionné établit une règle mixte pour définir les investisseurs étrangers, qui inclut les personnes de nationalités étrangères, les personnes de nationalité française non-résidentes au sens du droit fiscal français, les entités de droit étranger, ainsi que les entités de droit français contrôlées par une ou plusieurs personnes de nationalités étrangères. Ainsi, la technique de chaîne de contrôle a été utilisée pour identifier clairement les investisseurs qui se cachent derrière une société holding.

société de nommer un représentant légal de nationalité étrangère qui ne réside pas en France. Cependant, une déclaration préalable au préfet du département dans lequel il prévoit d'exercer pour la première fois son activité reste nécessaire selon ce même article.

Dans le but d'attirer les investissements étrangers, l'article 21 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises a supprimé la procédure de déclaration préalable au préfet du département dans lequel il envisage d'exercer son activité (dans le cadre de création d'une société commerciale, il s'agit du département du siège social).

²⁵¹ 李居镁(Li J.), « 《外商投资法》与相关法律的衔接问题研究 », *Grandway Law*, 2020 年 4 月 14 日(« Recherche sur la cohésion entre « la loi sur les investissements étrangers » et les lois connexes », *Grandway Law*, le 14 avril 2020) [en ligne : <https://www.grandwaylaw.com/zhuanwenzhang/1637.html>][consulté le 26 novembre 2022]

102. En effet, une définition différente est utilisée dans le contexte des investissements pour déterminer qui est considéré comme étranger. La définition de l'étranger n'est plus restrictive, mais elle est élargie. Les personnes de nationalité française sont traitées comme étrangères si elles ne sont pas résidentes en France. Cette interprétation a également été adoptée par les « Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France » publiées par la direction générale du Trésor en septembre 2022 (ci-après Lignes directrices)²⁵². En ce qui concerne les personnes morales, les filiales françaises créées par des groupes internationaux sont également considérées comme étrangères.

103. En conséquence, la détermination de la nationalité d'une entité peut varier en fonction du domaine du droit. Une filiale peut être considérée comme une société française en vertu du droit des sociétés de manière générale, mais en vertu du CMF, dans l'objectif de filtrage des investissements étrangers, elle peut devenir une société étrangère. Les Lignes directrices susmentionnées affirment que « tout membre de la chaîne de contrôle est considéré comme un investisseur »²⁵³ et « il suffit qu'un seul membre de cette chaîne soit un investisseur étranger au sens de la réglementation IEF [investissements étrangers en France], pour que le critère de l'investisseurs étranger soit rempli »²⁵⁴.

104. Le droit européen, qui souhaite favoriser l'investissement intra-européen, présente une interprétation différente de celle du droit français. Selon l'article 2 du Règlement (UE) 2019/452, un investisseur étranger est défini comme « une personne physique d'un pays tiers ou une entreprise d'un pays tiers qui a l'intention de réaliser ou a réalisé un investissement direct étranger ». Par conséquent, seuls les investisseurs provenant de pays tiers en dehors de l'Union européenne sont considérés comme étranger. Les investissements intra-européens sont exclus de cette qualification.

105. Du côté des pays anglo-saxons, les étrangers sont parfois traités comme des ennemis, plus encore dans le domaine des investissements en période de guerre. Pendant les guerres mondiales, le Congrès américain a adopté la loi *Trading with the Enemy Act*, qui accordait au président des États-Unis le pouvoir de nationaliser et d'exproprier les actifs détenus par des sociétés appartenant à des ressortissants d'États ennemis²⁵⁵. Cette loi avait permis aux États-Unis de nationaliser les biens des entreprises allemandes, y compris leurs filiales américaines,

²⁵² Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France, 1.1.1.

²⁵³ Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France, 1.1.3.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Trading with the Enemy Act*, 50 U.S.C. §1.

ainsi que les actions détenues par les Allemands dans des secteurs jugés sensibles à l'époque, notamment l'industrie chimique, ou encore les stations radios afin d'éviter que les positions des navires américains²⁵⁶ puissent être découvertes.

106. En effet, un exemple plus récent de confiscation ou de gel des propriétés d'oligarques russes dans les pays occidentaux est survenu dans le contexte de la guerre entre l'Ukraine et la Russie²⁵⁷. En mars 2022, le gouvernement britannique a gelé tous les avoirs de Roman Abramovitch²⁵⁸ et a ensuite permis le rachat du club de football de Chelsea par un consortium américain en mai 2022²⁵⁹. En mars 2022, l'Italie a saisi un yacht d'une valeur de 65 millions d'euros appartenant à Alexei Mordachov, proche de Vladimir Poutine²⁶⁰. En avril 2022, l'Espagne a emboîté le pas et saisit le yacht d'une valeur de plus de 90 millions d'euros du multimillionnaire russe Viktor Vekselberg, à la suite d'une demande des États-Unis²⁶¹. Les États-Unis ont lancé le programme KleptoCapture avec un groupe de travail chargé de retracer le non-respect des sanctions et de saisir les avoirs²⁶². L'Union européenne a également adopté le Règlement UE n° 692/2014²⁶³ en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol en 2014 ainsi que le Règlement (UE) n° 833/2014²⁶⁴ relatif aux restrictions des échanges commerciaux avec la Russie et le Règlement (UE) n° 269/2014²⁶⁵ qui a mis en place des mesures de « gel des fonds » et « gel des ressources économiques ». Le 23 février 2022, ces mesures ont été renforcées par un paquet de sanctions²⁶⁶, dont le Règlement (UE) n° 833/2014

²⁵⁶ Graham E. M., Marchick D.M., *US National Security and Foreign Direct Investment*, Washington DC, Institute for International Economics, 2006, p.10

²⁵⁷ Yellin T., « From yachts to lavish estates, tracking Russian assets seized so far », *CNN*, le 13 avril 2022, mis à jour le 27 avril 2022 [en ligne: <https://edition.cnn.com/interactive/business/russian-oligarchs-yachts-real-estate-seizures/index.html>] [consulté le 22 août 2022]

²⁵⁸ LeParisien, « Guerre en Ukraine : le président de Chelsea, Roman Abramovitch, accusé de corruption par la BBC », *Le Parisien*, le 15 mars 2022

²⁵⁹ AFP, « Le gouvernement britannique autorise Roman Abramovitch à vendre le club de Chelsea », *AFP*, le 27 mai 2022 [en ligne: <https://fr.timesofisrael.com/le-gouvernement-britannique-autorise-roman-abramovitch-a-vendre-le-club-de-chelsea/>] [consulté le 22 août 2022]

²⁶⁰ J. Br avec AFP, « La police italienne a saisi le "Lady M", un yacht d'une valeur de 65 millions d'euros appartenant à l'oligarque russe Alexei Mordachov, proche de Vladimir Poutine. », *BFMTV*, le 5 mars 2022 [en ligne: https://www.bfmtv.com/economie/international/l-italie-saisit-le-yacht-d-un-oligarque-russe_AD-202203050164.html] [consulté le 22 août 2021]

²⁶¹ Le Figaro avec AFP, « Espagne : saisie du yacht d'un oligarque russe à la demande des États-Unis », *Le Figaro*, le 4 avril 2022

²⁶² Yellin T., « From yachts to lavish estates, tracking Russian assets seized so far », *op.cit.*

²⁶³ Règlement (UE) n° 692/2014 du Conseil du 23 juin 2014 concernant des restrictions sur l'importation, dans l'Union, de marchandises originaires de Crimée ou de Sébastopol, en réponse à l'annexion illégale de la Crimée et de Sébastopol

²⁶⁴ Règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine

²⁶⁵ Règlement (UE) n° 269/2014 du Conseil du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant ou menaçant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine

²⁶⁶ Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse, « L'UE adopte un paquet de sanctions en réponse à la reconnaissance des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement

qui a été modifié une dizaine de fois depuis son adoption. Toutefois, ces sanctions mises en place depuis 2014 et considérées comme peu efficaces car elles « n’ont pas du tout atteint leur but et semblent n’être qu’un caillou dans la chaussure de M. Poutine »²⁶⁷.

107. À part le contexte de la guerre, les États Unis ont donné leur définition d’« entité étrangère » de manière générale par le biais de la loi *Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons* de 2007 qui consiste en un amendement sur la base de la *Defense Production Act* of 1950, le fondement même du contrôle des investissements étrangers aux États Unis. L’article § 800.212 de cette loi désigne une entité étrangère comme toute forme de corporation ou d’organisation de droit étranger, ou bien qui a son lieu de commerce principal situé à l’extérieur des États-Unis, ou dont les titres de participation sont négociés principalement sur une ou plusieurs bourses étrangères. Cependant, si la majorité de la participation dans cette entité est détenue en dernier ressort par des ressortissants américains, alors l’entité n’est pas considérée comme étrangère²⁶⁸. Cette définition semble réunir tous les éléments au centre des intérêts américains : le maintien du système de règlement en dollars américains et la protection ultime des intérêts des actionnaires américains même si l’entité pourrait être opérée par des dirigeants étrangers. Cela peut être observé dans l’intervention récente de l’agence gouvernementale CFIUS et du président Trump sur l’entreprise TikTok. Si elle est vendue aux Américains, le risque de sécurité nationale disparaît. Cette logique semble suivre à la lettre la théorie lockéenne dont l’intérêt ultime est la protection des propriétés.

108. Les différents critères retenus pour définir « étranger » et leurs traitements afférents font que les investisseurs chinois se trouvent face à un système extrêmement complexe. Cette complexité découle du dilemme des pays occidentaux qui cherchent à promouvoir les intérêts de leurs propres entreprises à l’étranger tout en contrôlant les investissements étrangers entrant sur leur propre territoire. Des outils juridiques en grand nombre sont ainsi créés pour résoudre

et à l’envoi de troupes dans la région », le 23 février 2022[en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/02/23/russian-recognition-of-the-non-government-controlled-areas-of-the-donetsk-and-luhansk-oblasts-of-ukraine-as-independent-entities-eu-adopts-package-of-sanctions/>][consulté le 29 septembre 2022]

²⁶⁷ Kleiner C., « L’application des « sanctions économiques » adoptées par l’Union Européenne contre la Russie à la suite de l’invasion de l’Ukraine : éléments de droit international privé », *JDI*, n°3, Juillet-Août-Septembre 2022, p.768

²⁶⁸ Defense Production Act of 1950, § 800.212

Foreign entity. (a) The term foreign entity means any branch, partnership, group or sub-group, association, estate, trust, corporation or division of a corporation, or organization organized under the laws of a foreign state if either its principal place of business is outside the United States or its equity securities are primarily traded on one or more foreign exchanges. (b) Notwithstanding paragraph (a) of this section, any branch, partnership, group or sub-group, association, estate, trust, corporation or division of a corporation, or organization that demonstrates that a majority of the equity interest in such entity is ultimately owned by U.S. nationals is not a foreign entity.

la difficile équation entre la promotion de la politique du libéralisme sur la scène internationale et la protection de la souveraineté à l'intérieur du pays.

Section 2. Contrôle des investissements étrangers : un conflit de valeurs

109. Nous devons admettre que le droit n'est qu'une expression des volontés politiques, le choix d'une théorie parmi d'autres. Cependant, il reflète également les valeurs à défendre (§1). En matière d'investissement étranger, nous rencontrons ce conflit de valeurs entre le droit international de l'investissement et le droit interne, qui poursuivent des objectifs différents et divergents (§2).

§ 1. Théorie de la pondération de différentes valeurs en philosophie du droit

110. L'ordre, pour le Professeur Bodenheimer, est l'un des deux concepts de base du droit²⁶⁹. Les règles et les normes ont été conçues pour fournir « un modèle et une structure à la masse amorphe des activités humaines et éviter ainsi un chaos non réglementé »²⁷⁰. L'histoire a clairement montré que les êtres humains cherchent à éviter le désordre et à établir une forme d'ordre viable, indépendamment du régime politique ou social dans lequel ils vivent²⁷¹. L'ordre fait référence aux règles d'organisation et aux normes de conduite adoptées par un groupe ou une société politique²⁷². La plupart du temps, ces règles et normes se manifestent sous forme de « droit ».

111. La notion de justice joue un rôle essentiel dans l'évaluation de la rationalité des règles et normes. Elle constitue le deuxième concept fondamental du droit²⁷³. Selon les philosophes, différentes valeurs doivent être défendues et différentes politiques doivent être mises en œuvre pour établir une société juste (I). Chacune de leur approche laissera une influence sur la valeur prioritaire choisie par le peuple et les dirigeants du pays (II).

I. Le choix d'une valeur prioritaire

112. La justice, vaste sujet de réflexion et d'interprétation philosophiques, peut revêtir différents sens au fil du temps et en fonction des différentes approches des écoles

²⁶⁹ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, London, Harvard University Press, Revised version, 1974, p. 172

Texte original: « These rules and standards are designed to give pattern and structure to the amorphous mass of human activities and thus to avoid unregulated chaos. »

²⁷⁰ *Id.*, p. 195

²⁷¹ *Id.*, p. 193

²⁷² *Id.*, p. 172

²⁷³ *Ibid.*

philosophiques, politiques et juridiques. Trois valeurs représentatives de la justice, ont été mises à l'honneur par le Professeur Bodenheimer, à savoir l'égalité, la liberté, et la sécurité.

113. Dans « La République » de Platon, le concept de justice implique que chaque citoyen doit remplir son devoir dans son domaine et agir conformément à sa nature la mieux adaptée²⁷⁴. Le philosophe Herbert Spencer ajoute que la théorie de Platon certes favorise la sécurité et la doctrine de la raison d'État, et que cette théorie exige « la prédominance établie d'une classe gouvernante et la sujétion du reste »²⁷⁵. Le Professeur Bodenheimer tire d'Aristote²⁷⁶ la primauté de la valeur de l'égalité, ce dernier considérant que « la justice est une sorte d'égalité »²⁷⁷ et « l'égalité doit régner nécessairement entre égaux ; reste à fixer à quoi s'applique l'égalité et à quoi s'applique l'inégalité »²⁷⁸.

114. Pour les philosophes modernes, les débats persistent quant aux valeurs prioritaires de la justice. Herbert Spencer lui-même priorise la liberté devant l'égalité²⁷⁹. Il soutient que « [t]out homme est libre d'agir à son gré, pourvu qu'il n'enfreigne pas la liberté égale de n'importe quel autre homme »²⁸⁰. La faveur donnée aux libertés se trouve également dans les œuvres de John Stuart Mill²⁸¹ et John Locke²⁸², tous deux philosophes anglais.

115. Si Rousseau, philosophe français, semble accorder une importance à la fois à la liberté et à l'égalité dans son œuvre « Du contrat social », transparait l'idée ultime que « la liberté est le but nominal de la pensée de Rousseau, mais en fait c'est l'égalité qu'il valorise et qu'il cherche à assurer même au détriment de la liberté »²⁸³.

116. La sécurité est une valeur défendue par de nombreux philosophes, tels que Hobbes qui considère que l'objet fondamental de la constitution d'un État souverain par contrat social est de mettre fin aux conflits et d'assurer la paix²⁸⁴. Sa théorie favorise la sécurité en tant que valeur

²⁷⁴ Platon, *La République*, traduit par Georges Leroux, Paris, Flammarion, 2002, Livre II, Réfutation de Socrate : la justice au sein de la Cité et les Gardiens

²⁷⁵ Spencer H., *Justice*, traduit par Castelot M.E., Librairie Guillaumin Et Cie., Paris, 1893, p.43

²⁷⁶ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p. 197

²⁷⁷ Aristote, *Politique*, Livre III, Chapitre VII

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Id.*, p. 199

²⁸⁰ Spencer H., *Justice, op.cit.*, p.52

²⁸¹ v. Mill, J S., *On Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989

²⁸² Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil*, traduit par Gilson B., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1967, p. 76

²⁸³ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.695

Texte original: « Liberty is the nominal goal of Rousseau's thought, but in fact it is equality that he values, and that he seeks to secure even at the expense of liberty. »

²⁸⁴ Hobbes T., *De Cive ou les fondements de la politique*, traduit par Sorbière S., Paris, Sirey, 1981, I La Liberté, Chapitre I

prédominante de la justice. De même, Jeremy Bentham prône la sécurité et le plaisir qui est le bonheur des individus qui composent une communauté²⁸⁵ et estime que l'objectif d'un gouvernement est de promouvoir un tel bonheur²⁸⁶. D'après le Professeur Bodenheimer, Bentham, dans son schéma de pensée, a mis la sécurité comme l'objet principal et primordial du contrôle social par la loi, tandis que la liberté et l'égalité se sont vu attribuer une place secondaire²⁸⁷.

117. Dans une organisation sociale, les valeurs sont concurrentes et inconciliables les unes avec les autres, ainsi les philosophes sont toujours amenés à préférer une valeur précise au détriment d'autres. La conciliation difficile vient de la liberté et de l'égalité. Tocqueville a longuement évoqué la relation entre les deux dans de longs chapitres où il précise que « le goût que les hommes ont pour la liberté et celui qu'ils ressentent pour l'égalité sont, en effet, deux choses distinctes, et je ne crains pas d'ajouter que, chez les peuples démocratiques, ce sont deux choses inégales »²⁸⁸. En effet, un système social qui traite la liberté en tant que valeur prioritaire dans le cadre de la politique gouvernementale peut produire une forme de société hautement inégalitaire²⁸⁹. Au contraire, si l'accent est mis sur l'égalité, il peut être conduit à supprimer le stimulant de l'excellence qui guide le progrès dans une civilisation²⁹⁰.

118. Si les ressources disponibles dans une société étant limitées, il faudra trancher l'affectation de ces ressources limitées, dès lors une valeur prioritaire se distinguera. Tocqueville a donc conclu que : « dans chaque société, on finit par découvrir une principale action qui domine toutes les autres »²⁹¹. Montesquieu ajoute que « [q]uoique tous les États aient en général un même objet, qui est de se maintenir, chaque État en a pourtant un qui lui est particulier ».

119. En Chine, c'est « la tranquillité publique »²⁹² ou la sécurité qui a été l'objet de la loi à cette époque.

120. De nos jours, la théorie de justice selon John Rawls, exposée dans son ouvrage *Justice et démocratie*, mérite un détour, notamment dans sa tentative de répondre à question de la

²⁸⁵ Bentham J., *An Introduction of the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996, I, Chapter III, p. 34

²⁸⁶ *Id.*, p. 74

²⁸⁷ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, *op.cit.*, p. 201

²⁸⁸ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1990, p.94

²⁸⁹ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, *op.cit.*, p. 199

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I*, *op.cit.*, p.197

²⁹² Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Editions Garnier, Paris, 1994, p.168

pondération des principes de justice concurrents²⁹³. Dans le paragraphe intitulé le « problème de priorité », sa question essentielle est que « parmi une famille irréductible de principes premiers »²⁹⁴, comment peut-on trouver, par un jugement mûrement réfléchi, l'équilibre le plus juste²⁹⁵ entre les uns et les autres. Par voie de conclusion, il dégage la liberté comme principe premier où « chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui, compatible avec le même système pour tous »²⁹⁶. Il ajoute également un deuxième principe subsidiaire, défini par deux conditions. La première condition, souvent dénommée le « principe de juste égalité des chances », stipule que « les inégalités économiques et sociales doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous »²⁹⁷. La deuxième condition, également connue sous le nom de « principe de différence », exige une amélioration de la situation des plus défavorisés dans le but d'« effectuer un choix entre des exigences contradictoires »²⁹⁸. Pour Rawls, la liberté est la valeur prioritaire, malgré la difficulté de concilier la liberté et l'égalité, une question à laquelle de nombreux philosophes se sont penchés.

II. Différent État, différent choix de valeur

121. Un point important a été soulevé par le Professeur Bodenheimer qui estime qu'« il ne faut pas ignorer le fait que des systèmes sociaux et économiques différents ont été vigoureusement défendus par d'éminents porte-parole et ont été acceptés par un grand nombre de personnes »²⁹⁹. L'ordre des valeurs est un fil conducteur interne inhérent à chaque pays pour déterminer ses politique et droit interne. Dans la construction d'une société considérée comme « juste », l'ordre de priorité des valeurs se reflète dans la législation, ce qui a une influence directe sur la stratégie de contrôle des investissements en droit interne et sur la position adoptée par l'État sur la scène internationale.

122. Il est intéressant de noter les préférences variables en matière de valeurs prioritaires dans différents pays et à différentes époques. Comme cité par le Professeur Bodenheimer,

²⁹³ Rawl J., *Justice et démocratie*, traduit par Audard C., Editions du Seuil, Paris, 1987, p. 67

²⁹⁴ *Id.*, p.59

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Id.*, p. 91

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Maréchal J-P., « L'éthique économique de John Rawls », *L'économie politique*, vol 17, n°1, 2003, p. 99

²⁹⁹ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p. 201

Texte original: « The fact should not be ignored that dissimilar social and economic systems have been vigorously defended by distinguished spokesmen and have found acceptance with large numbers of people. »

l'Angleterre et les États-Unis(A) ont privilégié la liberté au détriment de l'égalité³⁰⁰, tandis que l'Allemagne, au cours des derniers siècles, a maintenu un équilibre plus étroit entre la liberté et la sécurité, notamment la sécurité de l'État³⁰¹. Le cas du Royaume-Uni a fait l'objet d'une recherche plus poussée, avec le Professeur Bodenheimer concluant que durant l'époque féodale, la liberté et l'égalité étaient des valeurs secondaires, voire restreintes, tandis que la priorité était accordée à la sécurité³⁰². Le royaume était alors pris en étau entre des turbulences internes et des pressions externes. Le système politique était dès lors seigneurial, basé sur une organisation militaire plutôt qu'un gouvernement³⁰³. À l'ère du capitalisme qui a suivi, la valeur prioritaire étendard était devenu la liberté économique et le droit politique y afférent³⁰⁴. Cependant, l'essor de la pauvreté et les mouvements politiques et sociaux ultérieurs ont mis en avant l'égalité économique³⁰⁵. Ces fluctuations dans les priorités reflètent les changements sociaux, économiques et politiques qui ont façonné les valeurs dominantes à différentes périodes.

123. La France, sous l'influence rousseauiste, favorise l'égalité déguisée sous la théorie du libéralisme (B). Alors que la Chine, selon Montesquieu, la sécurité a été la valeur prioritaire de la justice (C)³⁰⁶.

124. Déterminer la priorité des valeurs appliquée dans chaque pays est un exercice complexe, nécessitant une compréhension approfondie de leur histoire, de leur politique, des philosophies dominantes à différentes périodes, des cultures, des peuples, des coutumes et des législations. En conséquence, l'analyse s'appuiera essentiellement sur les opinions des philosophes connus afin de démontrer comment chaque État a choisi d'adhérer aux règles de jeu du droit international et en même temps réguler les investissements étrangers en droit interne.

A. Les États-Unis

125. La liberté en tant que valeur est une notion changeante dans l'histoire. La liberté de nos jours se compose de plusieurs niveaux : la liberté politique, économique et sociale³⁰⁷. Mais en matière du droit des investissements internationaux, la liberté s'entend plutôt au sens selon John Locke, qui met l'accent sur la protection de la propriété³⁰⁸. Selon Locke, les individus sont

³⁰⁰ *Id.*, p.241

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² *Id.*, p242

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois I, op.cit.*, p.168

³⁰⁷ v. Hatem M'RAD, *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique*, Editions du Cygne, Paris, 2016

³⁰⁸ Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil, op.cit.*, p. 76

libres « [d]’ordonner leurs actions, de disposer de leurs biens et de leurs personnes comme ils l’entendent, dans les limites du droit naturel, sans demander l’autorisation d’aucun autre homme ni dépendre de sa volonté »³⁰⁹. L’Angleterre ainsi que les États-Unis, fortement influencées par cette conception philosophique de la liberté, ont eu un développement politique et social, des institutions politiques et juridiques formés sur la protection de la liberté, notamment la protection de la propriété et sa disposition³¹⁰. Le régime juridique mis en place a pour but de garantir « la main invisible du marché », qui guide les opérations et limite les interventions de l’État. La liberté devient ainsi une valeur fondamentale à protéger pour atteindre la justice au sein de la société, mais aussi une valeur bénéfique au développement économique.

126. L’empreinte de John Locke sur le droit américain transparaît à travers les Pères fondateurs des États-Unis (« *Founding Fathers of the United States* »), selon le philosophe anglais Russell. Il conclut que « ses doctrines politiques, combinées aux développements apportés par Montesquieu, sont ancrées dans la Constitution américaine »³¹¹. Bodenheimer complète : « la théorie lockéenne des droits naturels, en revanche, ainsi que la doctrine de Locke de la résistance justifiée contre l’oppression gouvernementale, ont formé le fond philosophique de la Déclaration d’indépendance »³¹², ajoutant qu’« on peut affirmer avec certitude qu’il n’y a pas de pays au monde où l’idée d’une loi de la nature, comprise comme une sauvegarde de la liberté et de la propriété contre l’empiètement gouvernemental, a acquis une signification plus élevée pour le développement politique et social et la formation de toutes les politiques et les institutions juridiques qu’aux États-Unis d’Amérique »³¹³.

127. La « liberté », selon la théorie de Locke, constitue la priorité pour établir une société de justice. Pour Russell, L’influence de Locke a été si significative et durable que ce dernier devrait être considéré comme le fondateur du libéralisme philosophique³¹⁴.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p.52

³¹¹ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.605

Texte original: « His political doctrines, with the developments due to Montesquieu, are embedded in the American Constitution »

³¹² Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p.50

Texte originale : « The Lockian theory of natural rights, on the other hand, together with Locke’s doctrine of justified resistance against governmental oppression, formed the philosophical background of the Declaration of Independence. »

³¹³ *Id.*, p.52

Texte original: « It can safely be stated that there is no country in the world where the idea of a law of nature, understood as a safeguard of liberty and property against governmental encroachment, gained a higher significance for the political and social development and the molding of all political and legal institutions than in the United States of America. »

³¹⁴ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.605

B. La France

128. La France, avec une histoire bien plus longue que celle des États-Unis, a connu de nombreuses écoles de pensée et courants philosophiques. Cependant, les analyses concernant la valeur prioritaire pour les Français sont moins courantes, ce qui rend difficile l'affirmation d'une valeur spécifique qui prédomine dans la société.

129. La promotion de l'égalité comme valeur en France n'a jamais atteint l'engouement de l'outre-Atlantique pour la liberté. Mais la valeur de l'égalité est prégnante et reste celle qui a été préférée à la liberté, ainsi que d'autres valeurs telles que la sécurité, observent les philosophes.

130. La religion pourrait expliquer la préférence accordée à l'égalité plutôt qu'à la liberté. Selon Montesquieu, les peuples du nord, majoritairement protestants, sont plus enclins à avoir un esprit d'indépendance et de liberté que les peuples du sud, et une religion sans chef visible convient mieux à l'indépendance climatique³¹⁵. Tocqueville y adhère : « Le Christianisme, quel qu'interprétation qu'on lui donne, est aussi de toutes les doctrines religieuses, la plus favorable à l'égalité. Il n'y a que la religion de J[ésus(Ed.)]. C[hrist(Ed.)] qui ait placé la seule grandeur de l'homme dans l'accomplissement des devoirs, où chacun peut l'y attendre ; et qui se soit plu à consacrer comme une chose presque divine, la pauvreté et le malheur »³¹⁶, en écrivant que « [p]armi les différentes doctrines chrétiennes, le catholicisme me paraît au contraire l'une des plus favorables à l'égalité des conditions. Chez les catholiques, la société religieuse ne se compose que de deux éléments : le prêtre et le peuple. Le prêtre s'élève seul au-dessus des fidèles : tout est égal au-dessous de lui. »³¹⁷. Pour lui, l'égalité est un élément important du catholicisme, « [e]n matière de dogmes, le catholicisme place le même niveau sur toutes les intelligences ; il astreint aux détails des mêmes croyances le savant ainsi que l'ignorant, l'homme de génie aussi bien que le vulgaire ; il impose les mêmes pratiques au riche comme au pauvre, inflige les mêmes austérités aux puissants comme au faible ; il ne compose avec aucun mortel, et appliquant à chacun des humains la même mesure, il aime à confondre toutes les classes de la société au pied du même autel, comme elles sont confondues aux yeux de

³¹⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois* II, Editions Garnier, Paris, 1994, p.135

Texte original : « C'est que les peuples du nord ont et auront toujours un esprit d'indépendance et de liberté que n'ont pas les peuples du midi, et qu'une religion qui n'a point de chef visible, convient mieux à l'indépendance du climat que celle qui en a un. »

³¹⁶ Tocqueville, A. D., *De la démocratie en Amérique Tome II, op.cit.*, p.224

³¹⁷ *Ibid.*

Dieu »³¹⁸. Enfin, Tocqueville comme Montesquieu déduit que « si le catholicisme dispose les fidèles à l'obéissance, il ne les prépare donc pas à l'égalité. Je dirai le contraire du protestantisme qui, en général, porte les hommes bien moins vers l'égalité que vers l'indépendance »³¹⁹.

131. Depuis Thomas d'Aquin, la loi naturelle a été étroitement liée à la loi divine. Ce n'est qu'à partir de Hobbes et les philosophes qui ont suivi, tels que Locke, Montesquieu, Rousseau, Hume et Rawls, que le terme d'« état de nature » est apparu pour expliquer comment les individus consentent à abandonner une partie de leur liberté pour entrer dans une société politique. La religion servira utilement de fil conducteur dans la recherche de classement de valeur.

132. Tocqueville, en soulignant les différences entre la France et les États-Unis, a fait remarquer que « [c]hez les Américains, c'est donc la liberté qui est ancienne ; l'égalité est comparativement nouvelle. Le contraire arrive en Europe où l'égalité, introduite par le pouvoir absolu et sous l'œil des rois, avait déjà pénétré dans les habitudes des peuples longtemps avant que la liberté fût entrée dans leurs idées »³²⁰. Pour les Français, Tocqueville a conclu que l'amour de l'égalité est la passion première et la plus intense engendrée par l'égalité des conditions. Il a observé que cette passion pour l'égalité prend chaque jour une place plus importante dans le cœur des individus en France, et que nos contemporains nourrissent un amour bien plus ardent et durable pour l'égalité que pour la liberté³²¹.

133. La préférence des Français pour l'« égalité » ou le principe selon lequel « tous les hommes naissent égaux » trouve son origine, selon le Professeur Maine, dans un héritage médiéval influencé par le droit romain³²² et le droit naturel d'inspiration stoïcienne³²³. Entrée

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*, p.246

³²¹ *Ibid.*, p.93

Texte original: « La première et la plus vive des passions que l'égalité des conditions fait naître, je n'ai pas besoin de le dire, c'est l'amour de cette même égalité. On ne s'étonnera donc pas que j'en parle avant toutes les autres. Chacun a remarqué que, de notre temps, et spécialement en France, cette passion de l'égalité prenait chaque jour une place plus grande dans le cœur humain. On a dit cent fois que nos contemporains avaient un amour bien plus ardent et bien plus tenace pour l'égalité que pour la liberté. »

³²² Maine, H S., *Ancient law : its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, *op.cit.*, p.93-94

³²³ *Id.*, p. 56-57. v. également: « When the kings of France had brought their long struggle for supremacy to a successful close, and epoch which may be placed roughly at the accession of the branch of the French jurists was peculiar, and continued to be so down to the outbreak of the Revolution. On the one hand, they formed the best instructed and nearly the most powerful class in the nation. They have made good their footing as a privileged order by the side of the feudal aristocracy, and they had assured their influence by an organization which distributed their profession over France in great characted corporations possessing large defined powers and still

dans l'Histoire par la Révolution française, l'égalité est une idée récurrente que les juristes « ont fait leur place en tant qu'ordre privilégié aux côtés de l'aristocratie féodale »³²⁴. Au X^{IV}e siècle, l'« égalité » était associée à l'abolition de l'esclavage, rappelant les principes du droit romain. L'édit du 3 juillet 1315 du roi de France Louis le Hutin a affirmé que « selon le droit de nature, chacun doit naître franc, et comme la servitude moult nous déplaît »³²⁵. Depuis lors, l'égalité entre êtres humains est devenue une « vérité politique »³²⁶ qui a été transmise de génération en génération de juristes, atteignant son faîte en 1789 pour devenir une pensée dominante en France³²⁷.

134. L'égalité a certainement eu un impact sur Thomas Jefferson, l'un des pères fondateurs des États-Unis³²⁸. Par l'entremise des œuvres de Jefferson, l'influence des idées populaires françaises se reflète dans la déclaration d'indépendance des États-Unis, où l'on trouve l'expression « tous les hommes naissent libres », correspondant à la formulation française « tous les hommes naissent égaux ».

135. Montesquieu, Tocqueville, et d'autres penseurs modernes tels que le Professeur Bodenheimer ont contextualisé ces choix. La Révolution française s'est déroulée dans le but de lutter contre la discrimination de la classe féodale envers la classe moyenne, tandis que la révolution américaine s'est dirigée contre les traitements injustes infligés aux colonies³²⁹. La première cherchait l'égalité, tandis que la seconde se battait pour la liberté³³⁰.

larger indefinite claims. In all the qualities of the advocate the judge, and the legislator, they far excelled their compeers throughout Europe. »

³²⁴ *Id.*, p.93-94

³²⁵ Edit du 3 juillet 1315

³²⁶ Maine, H S., *Ancient law : its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas, op.cit.*, p.93-94

³²⁷ *Id.*, p.94-95

³²⁸ Texte original : « A very few glances at the writings of Jefferson will show how strongly his mind was affected by the semi-juridical, semi-popular opinions which were fashionable in France, and we cannot doubt that it was sympathy with the peculiar ideas of the French jurists which led him and the other colonial lawyers who guided the course of events in America to join the specially French assumption that “ all men are born equal”, with the assumption more familiar to Englishmen, that all men are born free, in the very first lines of their Declaration of Independence. »

³²⁹ v. également : « Chez la plupart des nations modernes, et en particulier chez tous les peuples du continent de l'Europe, le goût et l'idée de la liberté n'ont commencé à naître et à se développer qu'au moment où les conditions commençaient à s'égaliser, et comme conséquence de cette égalité même. Ce sont les rois absolus qui ont le plus travaillé à niveler les rangs parmi leurs sujets. Chez ces peuples, l'égalité a précédé la liberté ; l'égalité était donc un fait ancien, lorsque la liberté était encore une chose nouvelle ; l'une avait déjà créé des opinions, des usages, des lois qui lui étaient propres, lorsque l'autre se produisait seule, et pour la première fois, au grand jour. Ainsi, la seconde n'était encore que dans les idées et dans les goûts, tandis que la première avait déjà pénétré dans les habitudes, s'était emparée des mœurs, et avait donné un tour particulier aux moindres actions de la vie. Comment s'étonner si les hommes de nos jours préfèrent l'une à l'autre ? »

Dans Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome II, op.cit.*, p.96

³³⁰ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p.235

C. La Chine

136. Les valeurs modèlent une société, tant son comportement interne que son comportement à l'égard de l'extérieur. Dès lors, avant d'aborder l'impact des valeurs chinoises sur son droit international, nous nous posons la question : quelles sont les valeurs flambeaux qui y ont été développées en interne, dans ce pays lointain et éloigné des pensées occidentales ? L'exercice de recherche d'une valeur prioritaire est encore plus ardu pour ce pays du Milieu, dont l'histoire diffère considérablement de celle de l'Europe ou des États-Unis.

137. Le vieux continent, tout comme les États-Unis, marchent sur les pas de la société romaine dont les rapports entre les êtres humains sont régis par la loi, alors que la Chine a suivi une édification bien différente.

138. Dans son ouvrage « De l'Esprit des lois », Montesquieu a traité l'influence du climat, de la religion, des maximes du gouvernement, des exemples du passé, des mœurs et des manières sur la loi d'un pays. Il y cite la Chine qui a fait un même code pour les lois, les mœurs et les manières :

« Les législateurs de la Chine firent plus : ils confondirent la religion, les lois, les mœurs et les manières ; tous cela fut la morale, tout cela fut la vertu. Les préceptes qui regardaient ces quatre points furent ce que l'on appela les rites. Ce fut dans l'observation exacte de ces rites que le gouvernement chinois triompha. On passe toute sa jeunesse à les apprendre, toute sa vie à les pratiquer. Les lettrés les enseignèrent, les magistrats les prêchèrent. Et, comme ils, enveloppaient toutes les petites actions de la vie, lorsqu'on trouva le moyen de les faire observer exactement, la Chine fut bien gouvernée. ³³¹ »

« Il résulte de là que la Chine ne perd point ses lois par la conquête. Les manières, les mœurs, les lois, la religion y étant la même chose, on ne peut changer tout cela à la fois. Et comme il faut que le vainqueur ou le vaincu changent, il y a toujours fallu à la Chine que ce fût le vainqueur : car ses mœurs n'étant point ses manières, ses lois sa religion, il a été plus aisé qu'il se pliât peu à peu au peuple vaincu, que le peuple vaincu à lui »³³².

³³¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois I, op.cit.*, Livre XIX, Chapitre XVII, p.338-339

³³² *Id.*, p.339

139. En effet depuis Confucius (551 à 479 av. J.-C), l'harmonie des relations humaines est considérée comme l'objectif ultime d'une société³³³. La politesse et la responsabilité de chacun dans son rôle familial et social peuvent contribuer à la construction d'une société stable³³⁴. Confucius encourageait les individus à compromettre leur propre position basée sur leurs droits au profit du bien-être de la société, ce qui était considéré comme le comportement attendu des « personnes respectables »³³⁵, dogme assez éloigné de « l'égoïsme est altruiste »³³⁶ d'Adam Smith.

140. Le sage LAO Tseu (VIème à Vème siècle av. J.-C.), précédant Confucius, a développé un autre courant philosophique qui préconise le concept de « non-agir ». Ce concept peut être compris de la manière suivante : « plus le flot des règlements et des lois monte, plus il y a de malfaiteurs et de bandits »³³⁷. Le « non-agir » est un mode idéal de gouvernement qu'il explique par ces mots : « [j]e pratique le Non-agir et le peuple se transforme de lui-même, j'observe le calme pur et le peuple se rectifie de lui-même, je n'agis pas pour le lucre et le peuple s'enrichit de lui-même, je suis sans désirs et le peuple revient à la simplicité primitive »³³⁸.

141. Pendant la période des Printemps et Automnes et celle des Royaumes Combattants (771-256 av. J.-C), dix grandes écoles de pensées concurrentes coexistaient avec celles de Confucius et de LAO Tseu. Chaque école avait l'espoir que les rois pourraient gouverner le royaume en suivant les préceptes qu'elle défendait.

142. Le Royaume Qin a adopté la théorie de Han Feizi de l'école des Légistes et a permis la conquête et l'unification de six principaux royaumes puissants voisins pour devenir le premier empire³³⁹. Toutefois, la chute de la dynastie Qin (221 à 206 av. J.-C) a été rapide³⁴⁰, les lois appliquées sous l'école des Légistes ont été jugées trop sévères, le peuple ne pouvant

³³³ 李祥俊(Li X.), « 儒家核心价值观的思想内涵、系统结构及其现代意义 », 衡水学院学报, vol 3, 2009, p.55-56 (« La connotation idéologique, la structure du système et la signification moderne des valeurs fondamentales confucéennes », *Journal de l'Ecole de Hengshui*, vol 3, 2009, p.55-56)

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°3, septembre 2021, p. 618

Texte original : « compromising one's rights-based position for the greater societal good was the expected mode of behavior for « respectable people » ».

³³⁶ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p. 365

³³⁷ LAO Tseu, *Tao Te King*, op.cit. , chapitre 57, p.81

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ 屈永华(Qu Y.), « 法家治国方略与秦朝速亡关系的再考察 », 法学研究, vol 5, 2007, p.140 (« La relation entre le plan général du pays dirigeant de l'école légiste et l'extinction rapide de la dynastie Qin : une nouvelle observation », *Chinese Journal of Law*, vol 5, 2007 p. 140)

³⁴⁰ *Ibid.*

difficilement et longuement supporter les châtements brutaux³⁴¹. La pensée de Confucius et celle de LAO Tseu ont pu dès lors prospérer au cours de la dynastie Han (206 av. J.-C.-200 apr. J.-C)³⁴².

143. Ces deux pensées philosophiques, profondément enracinées dans la société chinoise, n'octroient pas de rôle positif quant à l'emploi de la loi pour gouverner le pays. L'idée d'un « État de droit » n'a pas été développée par les empereurs chinois et n'est entrée que tardivement lors de la guerre de l'opium entre la Chine et le Royaume-Uni (1839-1842). Tout le contraire des Romains, les règles et les lois constituent un simple outil, en l'absence d'une valeur dominante. L'harmonie de la société selon la philosophie confucéenne ou le concept de « non-agir » de Lao Tseu seraient des leviers supérieurs pour gouverner un empire aussi vaste que la Chine.

144. La politesse est au cœur de la théorie développée par Confucius, elle a bien été appréhendée par Montesquieu qui en donne une illustration explicite :

« Chez les peuples chinois, on vit les gens de village observer entre eux des cérémonies comme les gens d'une condition relevée : moyen très propre à inspirer la douceur, à maintenir parmi le peuple la paix et le bon ordre, et à ôter tous les vices qui viennent d'un esprit dur. En effet, s'affranchir des règles de la civilité, n'est-ce pas chercher le moyen de mettre ses défauts plus à l'aise ? »³⁴³

Montesquieu définit la « politesse » de Confucius comme une civilité, « [l]a civilité vaut mieux, à cet égard, que la politesse. La politesse flatte les vices des autres, et la civilité nous empêche de mettre les nôtres au jour : c'est une barrière que les hommes mettent entre eux pour s'empêcher de se corrompre. »³⁴⁴

145. Si l'on devait attribuer une valeur prioritaire, Montesquieu a concédé que la sécurité serait la valeur prioritaire en Chine :

« Les législateurs de la Chine avaient pour principal objet de faire vivre leur peuple tranquille. Ils voulurent que les hommes se respectassent beaucoup ; que chacun sentît à tous les instants qu'il devait beaucoup aux autres ; qu'il n'y avait point de citoyen qui

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Id.*, p.148

³⁴³ Montesquieu, *De l'esprit des lois I, op.cit.*, Livre XIX, Chapitre XVI, p.338

³⁴⁴ *Ibid.*

ne dépendît, à quelque égard, d'un autre citoyen. Ils donnèrent donc aux règles de la civilité la plus grande étendue. »³⁴⁵

146. L'accent mis sur la sécurité ne se fait pas nécessairement aux dépens de la liberté, surtout du commerce. Si Confucius a propagé les principales pensées philosophiques chinoises, les routes de la soie témoignent de cette liberté commerciale à travers les âges. Marco Polo peut être considéré comme le premier à avoir introduit l'économie chinoise, y compris la monnaie papier, dans le monde occidental³⁴⁶. La monnaie papier a été inventée sous dynastie Song (960-1279), réputée pour sa prospérité économique. Le gouvernement Song est le premier au monde à avoir émis des billets de banque sous forme de papier³⁴⁷. Bien que le terme « libéralisme » n'existait pas dans l'histoire chinoise, les faits historiques démontrent que cette liberté commerciale a été relativement épargnée par les interventions de l'Empire.

§2. Conflit de valeurs en matière du droit international d'investissement

147. Les théories de Locke et de Rousseau, bien qu'elles puissent sembler inadaptées à notre époque, où l'environnement économique et les questions liées aux investissements étrangers ont évolué, continuent néanmoins à exercer une influence profonde et pertinente. Dans les pays tels que la France ou les États-Unis, leurs économistes et juristes continuent à développer les théories et les pensées connexes de Locke et de Rousseau, reflétant ainsi la valeur prioritaire défendue par chacun de ces deux philosophes. Ces théories et idées sont aussi retranscrites dans les domaines politique et juridique.

148. Locke et Rousseau ont adopté chacun une valeur différente, la liberté et l'égalité respectivement. Lorsque les théories de Locke et de Rousseau se rencontrent, des divergences et des tensions surgissent inévitablement dans le débat, mais qu'en est-il sur le plan juridique ? Cette confrontation et ce chevauchement transparaissent en matière de droit international de l'investissement, où différentes sources de droit sont présentes, mettant en évidence un conflit de valeurs entre le droit international de l'investissement élaboré sous l'impulsion des États-Unis (I) et le droit interne de chaque État (II).

149. Ces deux sources de droit ont des objectifs et des valeurs à protéger très divergentes, « peu de domaines du droit international suscitent autant de controverses que le droit relatif à

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ Harford T., *L'économie mondiale en 50 inventions*, Presses Universitaires de France, Paris, 2018, p.321

³⁴⁷ [s.n.], « Premiers billets ou « papier monnaie », en Chine », *CITECO*, [s.d.],[en ligne : <https://www.citeco.fr/premiers-billets-ou-papiers-monnaie-en-chine>] [consulté le 26 août 2022]

l'investissement étranger »³⁴⁸. L'explication la plus probable réside dans les attitudes philosophiques, économiques et politiques sous-jacentes qui alimentent ce conflit et qui reflètent les causes profondes des controverses persistantes en matière de droit international de l'investissement, comme le souligne le Professeur Sornarajah³⁴⁹.

I. Droit international

150. Le régime juridique des échanges économiques internationaux oscille « entre le libéralisme et l'interventionnisme (voir protectionnisme) en fonction des doctrines dominantes et la conception que les Etats eurent de leur rôle en la matière »³⁵⁰. Les « règles du jeu » à l'échelle internationale se sont développées suivant la théorie néolibérale qui cherche à encadrer la souveraineté de l'État afin de protéger les investisseurs étrangers³⁵¹, notamment à limiter les interventions étatiques sur le marché. Le néolibéralisme considère depuis longtemps que « l'État n'est pas la solution mais le problème »³⁵² et que la souveraineté est une menace pour les droits de l'homme de leurs citoyens³⁵³. Le Professeur ZHU en a ainsi conclu que l'intégration du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ou *Investor-State Dispute Settlement* en anglais, ci-après RDIE) dans presque tous les TBI, reflète le « retrait de l'État »³⁵⁴. La raison d'être du droit des investissements internationaux est de garantir la liberté d'investissement et de protéger les biens des investisseurs étrangers³⁵⁵. Dans cette perspective, le droit souverain de règlementer les investissements étrangers est limité. Les traités d'investissements sont donc considérés comme des « menottes »³⁵⁶ pour la souveraineté de l'État.

³⁴⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.1

Texte original: « Few areas of international law excite as much controversy as the law relating to foreign investment. »

³⁴⁹ *Id.*, p.1

Texte original: « The more probable explanation is that there are philosophical, economic and political attitudes that underlie the conflict which in turn reflect the underlying causes for the controversies that have existed in the area for a long time. »

³⁵⁰ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p.2

³⁵¹ Shao X., « Environmental and Humain Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°1, mars 2021, p.178

³⁵² Bottini F., « Le néolibéralisme et l'« utilisation » du droit public », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p.30

³⁵³ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.225

³⁵⁴ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.17 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *op.cit.*, p. 17)

³⁵⁵ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p.573 - 574

³⁵⁶ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.139

151. Dans le large panorama du droit international économique, Wälde émet le critique que le droit, « en particulier du fait des traités multilatéraux, [est] le résultat de toute une histoire faite de domination, d'influences diverses fondées sur une philosophie économique et politique et également sur des valeurs morales »³⁵⁷. L'ensemble du système créé sous l'idéologie néolibérale est connu sous le nom de « consensus de Washington »³⁵⁸. Les États-Unis y sont considérés comme l'« initiateur »³⁵⁹ et le « chef de file »³⁶⁰ d'un tel système appelé « multilatéralisme »³⁶¹. Le pays a fourni une version complète du traité de GATT, comprenant 26 articles dont 23 ont été intégralement incorporés et 3 articles légèrement modifiés³⁶². Les principes du néolibéralisme sont également défendus par des organisations internationales financières, telles que le FMI, la Banque Mondiale et l'OMC (anciennement le GATT depuis 1995)³⁶³. Le constat est que « *le multilatéralisme* »³⁶⁴ a été créé dans l'intérêt des États-Unis, en accord avec leurs valeurs dominantes.

152. Au début des années 1990, à l'apogée du néolibéralisme, la théorie néolibérale a été remise en question dans le pays qui l'a initiée. Le débat sur l'ALENA aux États-Unis cristallise le conflit entre les partisans du libre-échange³⁶⁵ et les autres groupes soutenant la protection de l'environnement, la défense de leurs propres intérêts (agriculture, travail, lutte contre l'exploitation des enfants, risques de perte d'emplois liés à la délocalisation des usines³⁶⁶) et d'autres préoccupations. Dans le cas de l'ALENA, le parti néolibéral a prévalu et l'accord a été signé. En revanche, l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) de 1995 a été le théâtre

³⁵⁷ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p.10

³⁵⁸ Amiel F., Guislain M-L., *Le néolibéralisme va-t-il mourir ?*, Ivry-sur-Seine, Les Editions ouvrières, 2020, p.12

³⁵⁹ Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », *op.cit.*, p.x

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² Beane D., *The United States and GATT: A Relational Study*, Emerald Group Publishing Limited, 2000, p. 192

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Le camp favorable au néolibéralisme comprend notamment l'administration Bush, soutenue par les chefs d'entreprise américains, ainsi que la majorité des Républicains, la chambre de commerce et les agriculteurs de graines et de maïs qui réalisent d'importantes exportations vers le Mexique. Ces groupes sont traditionnellement favorables au libéralisme économique.

v. Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *Political Science Quarterly*, vol 113, n°2, 1998, p. 281-305

³⁶⁶ La coalition des oppositions englobait les domaines de l'emploi, de l'environnement et de l'agriculture. Les syndicats américains craignaient une délocalisation des emplois vers le Mexique, où les salaires sont nettement inférieurs. Les groupes environnementaux exprimaient des préoccupations quant à la pollution causée par le développement industriel non planifié le long des frontières des deux pays. Dans le secteur agricole, l'industrie sucrière américaine bénéficiait depuis longtemps d'une protection pour éviter la concurrence dans le cadre de l'accord du GATT, avec un quota d'importation très restreint. Ils ont négocié une période de transition de quinze ans. De plus, les producteurs américains de fruits et légumes frais ont demandé le maintien des tarifs douaniers pour les produits en provenance du Mexique.

v. Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *op.cit.*, p. 281-305

d'une intensification des divergences, les écologistes et les militants des droits de l'homme accusant l'AMI de favoriser la protection des investissements au détriment de la préservation de l'environnement et du respect des droits de l'homme³⁶⁷. L'AMI n'a pas abouti et son échec est en partie attribué aux objections de ces ONG. Lors de la conférence ministérielle de l'OMC à Seattle en 1999, les mêmes contestations ont resurgi à l'extérieur de la conférence, des milliers de manifestants exprimant leur opposition³⁶⁸. À l'intérieur de la conférence, les États membres étaient en désaccord sur les modalités des négociations³⁶⁹, ce qui a finalement conduit à la fin abrupte du sommet. Ce dernier a été annulé par le pays hôte, les États-Unis, sous la pression combinée de ces désaccords³⁷⁰.

153. Il est essentiel d'entendre et d'analyser ces oppositions. En effet, comment le bénéfice d'un consommateur lambda, dans le mécanisme du libre-échange et du jeu du marché, pourrait-il primer sur les autres valeurs chères à une société d'êtres humains ? Comment évaluer ce qui est plus important entre le libre-échange de biens et de capitaux d'un côté, et la protection de l'environnement, les droits de l'homme, le respect des cultures, la solidarité et la fraternité de l'autre ? Comment peut-on justifier que la liberté individuelle prévale sur le bien-être de la collectivité humaine, voire de l'ensemble des êtres de la planète ?

154. Outre ces questions, c'est le mécanisme d'arbitrage qui soulève de vives contestations. À la fin des années 1990, des investisseurs étrangers ont initié des procédures d'arbitrage contre leurs pays d'accueil, dans le cadre de l'ALENA, notamment les affaires suivantes : *Metalclad c. Mexique*³⁷¹, *Methanex c. États-Unis*³⁷², *Ethyl c. Canada*³⁷³ et *S.D. Myers c. Canada*³⁷⁴. C'est sur l'arène du droit international que les investisseurs cherchent à contester les décisions administratives ou lois nationales relatives à l'environnement et à la santé publique. Ceci se fait dans le cadre du droit international de l'investissement, qui élargit les droits de protection des investisseurs étrangers et limite le pouvoir des États souverains. Ces arbitrages jettent une lumière crue sur le conflit entre l'intérêt individuel protégé par le néolibéralisme et les prérogatives d'un État souverain visant à protéger d'autant les autres valeurs sociétales. Elizabeth Warren, leader anti-FTA (« *Free trade agreement* » ou « traité de libre-échange » en

³⁶⁷ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.4

³⁶⁸ Amiel F., Guislain M-L., *Le néolibéralisme va-t-il mourir ?*, *op.cit.*, p.20

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Id.*, p.21

³⁷¹ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

³⁷² *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL

³⁷³ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL

³⁷⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL

français) et anti-TPP (« *Trans-Pacific Partnership* » ou « Accord de partenariat transpacifique » en français), en sa double qualité de professeur en droit de l'Université Harvard et Sénatrice de l'État de Massachusetts, a critiqué le mécanisme d'arbitrage en déclarant : « accorder à des sociétés étrangères des droits spéciaux pour contester nos lois en dehors de notre système juridique serait une mauvaise affaire »³⁷⁵. Pour d'autres, le mécanisme de RDIE introduit par les traités économiques internationaux met en péril les réglementations environnementales et les autres lois de protection du public³⁷⁶. Il affaiblit l'ordre juridique national³⁷⁷ et manque de légitimité démocratique, car il permet à des acteurs privés de décider des questions d'intérêt public au lieu de juges dont le mandat est inscrit dans des actes publics³⁷⁸.

155. Le mécanisme de RDIE, initialement créé pour remédier aux traitements abusifs réservés par les pays d'accueil, tels que l'expropriation des biens des investissements étrangers sans compensation adéquate, était apprécié comme « l'un des développements les plus progressistes du droit et des relations internationales dans l'histoire du droit international »³⁷⁹. Actuellement, le mécanisme est détourné de ses fonctions premières par les grandes corporations multinationales, et on constate une augmentation opportuniste des demandes d'arbitrage³⁸⁰.

156. L'intérêt privé protégé par le régime juridique international peut-il continuer à réclamer sa supériorité à l'intérêt public d'un État souverain ? Ce conflit de valeurs soulève la nécessité de réfléchir à la prédominance de la liberté par rapport à toute autre valeur, ainsi qu'à la manière d'équilibrer la mondialisation et la souveraineté de l'État.

³⁷⁵ Warren E., « The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose », *The Washington Post*, le 25 février 2015

Texte original: « Giving foreign corporations special rights to challenge our laws outside of our legal system would be a bad deal. »

³⁷⁶ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *Int. Lawyer*, vol 50, n°2, 2017, p. 239

³⁷⁷ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *Columbia Center on Sustainable Investment Policy Paper*, mai 2015, p.3

³⁷⁸ Warwas B., « Do the Provisions of CETA on the Status of Arbitrators Increase the Legitimacy of the ICS? », *RBDI*, vol XLX, n°2, 2017, p.548

Texte original: « arbitration and ISDS are lacking democratic legitimacy because they sanction that private actors decide on matters of public interest in place of judges whose mandate is embedded in public (legitimate) acts »

³⁷⁹ Schwebel S.M., « The outlook of the continued vitality, or lack thereof, of investor-State arbitration », *Arbitr.*, vol 32, n°1, 2016, p. 1

Texte original: « one of the most progressive developments in international law and relations in the history of international law »

³⁸⁰ Alschner W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *Yale J. Int. Law.*, vol 42, n°1, hivers 2017, p.4

157. Le retour de la souveraineté est visible sous différente forme. Les États souverains abandonnent peu à peu les institutions internationales créées pour défendre et promouvoir le néolibéralisme, comme l'OMC. En effet, l'OMC est appelée à être réformée à la fois par le président Trump et le Président Macron³⁸¹. Sur son fonctionnement, les États-Unis s'opposent à chaque nomination ou renouvellement de juges pour l'Organe de règlement des différends de l'OMC, ce depuis 2016³⁸² jusqu'à ce jour. Depuis le 30 juin 2017, l'Organe d'appel de l'OMC ne peut plus prendre de nouvelles affaires. Le 10 décembre 2019, deux juges ont vu leur mandat terminé en l'absence de remplaçant ou de renouvellement, et le dernier juge a également achevé son mandat en novembre 2020³⁸³. Bien que l'administration Biden semble être favorable au multilatéralisme, la représentante au Commerce, Katherine Tai, n'a pas proposé de solutions concrètes pour lever le blocage des États-Unis concernant la réforme de l'Organe d'appel en mars 2020³⁸⁴. Les décisions de l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ci-après ORD) ont été aussi remises en cause par certains États souverains. L'ORD, étiqueté comme le « joyau de la couronne » de l'OMC³⁸⁵, a longtemps été considéré comme l'exemple à suivre dans le domaine de l'investissement international. Toutefois, les États-Unis ont tourné le dos à une décision prise par l'ORD de l'OMC en maintenant des droits de douane élevés sur les produits en provenance de Chine, ce qui est considéré comme incompatible avec l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994³⁸⁶. Enfin, l'OMC, une organisation internationale ne répondant plus aux besoins et aux attentes des États souverains, est mise de côté par certains pays. De nouveaux traités régionaux sont alors négociés pour la remplacer, à l'instar de l'Accord de partenariat transpacifique.

158. Un régime juridique international conçu pour servir la mondialisation et la liberté à tout prix, connaît désormais un temps d'arrêt et semble difficile à poursuivre. Mais, avec le retour de la souveraineté, qui entre en conflit direct avec les principes du néolibéralisme promu par ce régime juridique international, quel ordre de priorité des valeurs sera utilisé pour trancher les différends ?

³⁸¹ AGEFI, « Donald Trump menace de quitter l'Organisation mondiale du Commerce « s'il le faut » », *AGEFI*, le 14 août 2019

³⁸² Paul L., Jeudy B-P., « Le blocage de l'OMC, un révélateur de la crise du multilatéralisme ? », *Bulletin de la Banque de France*, 234/5, mars-avril 2021, p.2

³⁸³ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p. 424

³⁸⁴ Lester S., « La crise du règlement des différends de l'OMC se termine : quelle direction prendre maintenant ? », *IISD*, le 2 mars 2022 [en ligne : <https://www.iisd.org/fr/node/16289>] [consulté le 7 juin 2022]

³⁸⁵ Cox K.I., « Vetoing WTO Appellate Body Judges' Reappointments: Analyzing the United States' Actions through Neo-Realist Lenses », *Houst. J. Int. Law*, vol 42, n°1, automne 2019, p.2

³⁸⁶ *WT/DS543 États Unis - Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine*

159. Est-ce que l'individualisme, qui est devenu aujourd'hui *self-evident* dans le monde anglo-saxon, peut encore être considéré comme supérieur au collectiviste et à l'intérêt général ? De même, peut-on affirmer que les philosophies pro-libérales de John Locke sont supérieures au libéralisme de Rousseau, voire aux philosophies de Confucius ? Un régime du droit international conçu sous le néolibéralisme et défini par le monde anglo-saxon peut-il toujours justifier sa supériorité par rapport au droit national, qui défend des intérêts et des valeurs différents ?

160. La transition « du multilatéralisme »³⁸⁷ vers « des multilatéralisme »³⁸⁸ évoquée par les intellectuels français, esquisse une réponse à la question précédente. L'Union européenne, le Canada, la Chine et les pays asiatiques, ainsi que le Brésil et l'Inde proposent chacun leur propre version de convention internationale, voir une nouvelle méthode de règlement des différends en matière d'investissement international. Cela entraînera non pas un régime juridique plus harmonisé, mais une fragmentation du droit international, créant ainsi un monde encore plus divisé.

II. Droit national

161. De nos jours, nous observons l'émergence d'un système hybride qui combine le néolibéralisme et le protectionnisme, marqué par le retour de la souveraineté et le recul du néolibéralisme. D'un côté, le régime aura pour objectif de créer un marché mondial accessible aux investissements de leurs propres citoyens, de l'autre côté, de plus en plus de réserves en droit national apparaissent chez les pays occidentaux afin de préserver la souveraineté pour réglementer les investissements étrangers sur leur marché national. Madame la Professeure Robert-Cuendet décrit cette transaction comme étant un exemple de « libéralisme maîtrisé »³⁸⁹.

162. Le combat entre la mondialisation promue par le néolibéralisme et la souveraineté en droit interne continue et revêt d'autres formes³⁹⁰. Le droit national se développe pour se défendre contre les effets négatifs apportés par le néolibéralisme sur les prérogatives de la souveraineté. La crise sanitaire et énergétique ont certainement renforcé cette tendance, jamais la souveraineté et l'indépendance économique n'ont été autant réclamées.

³⁸⁷ Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », *op.cit.*, p. x

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des États : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *JDI*, n°2, 2021, p.511

³⁹⁰ v. List F., *Système national d'économie politique*, *op.cit.*, chapitre 4, chapitre 7 et chapitre 11

163. En matière de souveraineté technologique, une citation de Louis Pasteur, largement diffusée par les partisans du néolibéralisme dans les pays développés, affirme que « la science n'a pas de patrie, parce que le savoir est le patrimoine de l'humanité, le flambeau qui éclaire le monde ». Cependant, une autre formulation prévalente dans les réseaux sociaux chinois est la célèbre phrase: « la science n'a pas de frontières, mais les scientifiques ont leur patrie », en réaction au mouvement de « déshuawéisation » initié par les pays occidentaux³⁹¹.

164. Même les pays d'apparence plus libérale tentent de préserver, voire d'élargir, leurs pouvoirs de réglementer les investissements étrangers. Les États-Unis ne font pas exception à cette tendance, malgré leurs ambitions et efforts pour imposer leur idéologie néolibérale et créer un marché mondial. En ce qui concerne les investissements étrangers en provenance des pays BRICS, y compris la Chine, les États-Unis ont invoqué la raison de la « sécurité nationale » pour filtrer ces investissements. Cela s'est manifesté dans des cas tels que l'acquisition de CATIC-MAMCO en 1989, celle de COONC-Chevron en 2005, et plus récemment avec le décret concernant TikTok en 2020. Le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni, ainsi que l'Union européenne et ses États membres, ont également suivi cette tendance. De nouveaux termes tels que « sécurité nationale », « sécurité économique », « sécurité de la santé », « sécurité alimentaire », voire « souveraineté numérique » et « souveraineté technologique », sont désormais en concurrence avec l'idée de « mondialisation » et de « néolibéralisme ».

165. On observe l'émergence de nouveaux choix politiques qui entrent en contradiction directe avec les politiques précédentes en raison de la montée de nouvelles valeurs et de la confirmation de la souveraineté étatique sur les investissements étrangers. Cette souveraineté, soutenue par les besoins de la protection des autres valeurs, ébranle la position du libéralisme en tant que valeur dominante et prioritaire.

166. La situation des investissements étrangers doit être analysée à la fois à travers le prisme du droit interne et du droit international, car les questions liées aux investissements internationaux « ne peuvent aujourd'hui être appréhendées qu'à travers une étude coordonnée du droit interne et du droit international, avec peut-être quelques éléments de droit

³⁹¹ Courtecuisse M., « La guerre des techs, au-delà du cas Huawei », *Les Echos*, le 6 août 2019
v. Rauline N., « Comment Washington fait pression sur ses alliés », *Les Echos*, le 29 janvier 2020 ; Counis A., « Défiant Trump, le Royaume-Uni ouvre son réseau 5G à Huawei », *Les Echos*, le 29 janvier 2020 ; Schmitt Fabienne, « Le double jeu de l'Etat français », *Les Echos*, le 29 janvier 2020 ; Manière P., « 5G : les opérateurs ont reçu des autorisations d'équipements, y compris pour Huawei », *Les Echos*, le 20 juillet 2020 ; Godement F., « Pourquoi tant de flou, en Europe, autour du cas Huawei », *Les Echos*, le 26 juillet 2019 ; Balenieri R., Schmitt F., « Exclure Huawei de la 5G nuirait aux intérêts de toute l'industrie française », *Les Echos*, le 12 février 2020

transnational »³⁹². Toutefois, les deux régimes en matière d'investissement international peuvent être contradictoires. Le droit international en matière économique³⁹³ a pour objectif la promotion de la valeur de la liberté d'économie³⁹⁴, tandis que le droit interne actuel vise à renforcer le filtrage et la limitation des investissements étrangers, au titre de la « souveraineté » et de la « sécurité nationale ».

167. Le rôle de la souveraineté est double. D'une part, elle cherche à réformer le droit international, permettant d'émettre plus de réserves au libéralisme, et d'autre part, elle vise à légitimer le contrôle des investissements étrangers. Cela implique également un renforcement du pouvoir de l'État pour autoriser, restreindre ou imposer des conditions aux investissements étrangers sur son territoire³⁹⁵.

168. La structure économique, sociale et juridique, ainsi que les préoccupations de la communauté humaine, peuvent évoluer avec le temps. Cependant, le conflit entre la souveraineté et le libéralisme est un élément constant dans l'histoire humaine. La position sur les investissements internationaux reflète véritablement ce conflit perpétuel.

169. Dans un tel contexte, nous tenterons d'analyser le conflit de valeurs entre le libéralisme, qui cherche à encadrer la souveraineté de l'État, et les autres valeurs promues par un État pour en justifier ses réserves quant à la suprématie du libéralisme (première partie). Nous examinerons également les mesures prises par les États souverains pour résoudre un tel conflit (deuxième partie).

PREMIERE PARTIE : L'EXPOSE DU CONFLIT DES VALEURS

DEUXIME PARTIE : LA RESOLUTION DU CONFLIT DES VALEURS

³⁹² Kolb R., *Théorie du droit international, op.cit.*, p.62

³⁹³ Depuis le premier traité bilatéral d'investissement signé entre l'Allemagne et le Pakistan dans les années 1950, presque toutes les TBI ont inclus des clauses de non-discrimination, de la nation la plus favorisée et d'expropriation. Ces domaines de protection traditionnels se sont développés progressivement dans le droit international de l'investissement, visant spécifiquement la protection et la libéralisation des investissements étrangers. Ces mesures sont précisées dans les conventions bilatérales d'investissement. Par exemple, dans le préambule de l'accord sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements entre la France et la Chine, signé à Pékin le 26 novembre 2007, l'objectif de l'accord est « de renforcer la coopération économique entre les deux États et de créer des conditions favorables aux investissements français en Chine et aux investissements chinois en France. Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologie entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique ».

³⁹⁴ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers, op.cit.*, 2005, p.78

³⁹⁵ Bonnitche J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *J. Int. Econ. Law*, vol 22, n°4, décembre 2019, p.630

PARTIE I. L'EXPOSE DU CONFLIT DES VALEURS

170. La concurrence, concept essentiel du néolibéralisme, n'est qu'« un moyen de faciliter le progrès économique, l'accès aux biens de consommation »³⁹⁶. Au lieu de le voir comme une valeur, il est davantage perçu comme un outil. Les économistes reconnaissent même qu'« une concurrence pure et parfaite n'existe pas »³⁹⁷. En tant que théorie économique pure, le néolibéralisme définit clairement ses objectifs. Toutefois, en tant que choix politique, il émerge comme le successeur de la théorie politique libérale. Les économistes cherchent à résoudre les lacunes de la théorie libérale, tandis que les politiciens adoptent les mesures proposées par différentes écoles néolibérales pour mobiliser le soutien social en faveur de la nouvelle législation :

« il emprunte à l'ordo-libéralisme allemand l'idée d'une Constitution économique qui protège les libertés nécessaires à la prospérité des opérateurs du marché sans toujours mettre en place les mécanismes nécessaires à la prévention des concentrations d'entreprises, notamment de médias ; à l'école de Chicago, l'idée d'une règle d'or qui oblige l'État à voter son budget en équilibre sans tenir compte de la condamnation de l'indépendance des banques centrales formulée par son fondateur, Milton Friedman ; à la nouvelle école classique, l'idée d'une telle indépendance sans aller au bout de ses préconisations en matière de transparence ; à l'école du *public choice*, l'idée que les services publics peuvent être confiés à des opérateurs privés sans lutter efficacement contre les conflits d'intérêt »³⁹⁸.

171. Le résultat est que « [l]a liberté d'entreprise, le droit de propriété, la liberté contractuelle...sont autant de droits économiques fondamentaux désormais protégés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes »³⁹⁹. La concurrence, qui n'est généralement pas perçue comme une valeur⁴⁰⁰, occupe une place centrale dans le droit de la concurrence pour que la vie économique obéisse aux principes du libéralisme et à la « primauté des mécanismes du marché sur l'interventionnisme étatique »⁴⁰¹. Même l'État lui-même est « assimilé à une entreprise comme un autre, il lui faut s'en remettre aux bienfaits de la concurrence pour être efficace et

³⁹⁶ Albertini P., « L'intérêt général à l'épreuve du libéralisme économique », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 81

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Bottini F., « Le néolibéralisme et l'« utilisation » du droit public », *op.cit.*, p.34

³⁹⁹ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », dans *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2019, p.29

⁴⁰⁰ Albertini P., « L'intérêt général à l'épreuve du libéralisme économique », *op.cit.*, p. 81

⁴⁰¹ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », *op.cit.*, p.28

efficent »⁴⁰². L'ancien Professeur de l'école de commerce de l'Université d'Harvard, David C. Korten, a indiqué dans son livre « Quand les multinationales gouvernent le monde » que :

« Les politiciens, dépendants des contributions versées par les grandes entreprises à leurs campagnes électorales, et les médias, propriétés des grands intérêts économiques, n'avaient que des éloges à faire sur le libre-échange et les efforts que déployaient les multinationales étasuniennes pour être plus compétitives sur le marché planétaire par le biais de fusions, de diminution de leurs personnels et de leurs activités directes, et de transfert de postes de travail à l'étranger »⁴⁰³.

172. Effectivement, le droit international de l'investissement a constamment été façonné par le libéralisme depuis le XVIIIe siècle, en particulier celui découlant de la théorie politique de John Locke, dont la valeur fondamentale réside dans la protection de la propriété. L'investissement international, lié à la libre circulation des capitaux, ainsi que le commerce international en relations avec la libre circulation des biens, occupent une place centrale dans les théories de John Locke et d'Adam Smith. Compte tenu de l'influence profonde de John Locke sur les Américains, l'idée néolibérale résulte d'une combinaison du libéralisme avec le « concept d'américanisation »⁴⁰⁴.

173. Il est généralement admis que « le virage idéologique néolibéral et la promotion d'une mondialisation sans entraves par les États-Unis propulseront l'émergence d'une gouvernance globale fortement orientée vers le retrait des États et l'implication des grandes entreprises mondialisées dans la définition des règles, des normes et des standards »⁴⁰⁵. En effet, selon le Professeur Sarooshi, dans le processus de déploiement de la puissance de la souveraineté à l'échelle internationale, « il est probable que les États plus puissants seront en mesure de projeter leur approche sur des valeurs spécifiques dans une bien plus grande mesure que les États moins puissants »⁴⁰⁶. Il s'agit ainsi d'une américanisation des normes internationales, tant en matière de commerce que d'investissement international, d'abord par le biais de l'OMC,

⁴⁰² *Id.*, p.30

⁴⁰³ Korten D.C., *Quand les multinationales gouvernent le monde*, traduit par Renaud N., Gap, Editions Yves Michel, 2006, p. 14

⁴⁰⁴ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », *op.cit.*, p.28

⁴⁰⁵ Rioux M., « Multilatéralisme, interdépendance, mondialisation : convergences et divergences », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier (dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p. 39-40

⁴⁰⁶ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p.8

Texte original: « it is likely that more powerful States will be able to project their approach to specific values to a much greater degree than will less powerful States »

puis à travers le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. Monsieur le Professeur Bottini a souligné que « [l]e droit américain a progressivement servi de vecteur à la diffusion d'une conception ultra-libérale des rapports économiques des États, au sens que Friedrich Hayek donnait à cette expression de relations dictées par l'ordre spontané du marché, de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à l'élection de Donald Trump aux États-Unis au moins »⁴⁰⁷(TITRE I).

174. En effet, le droit international public relève de la « capacité de transformer les prétentions subjectives de leurs [États] sujets internes en droit objectif »⁴⁰⁸. De nos jours, l'ordre juridique économique international semble être composé de trois couches, soit « la domination américaine, l'internationalisme libéral, la souveraineté et la primauté de l'État »⁴⁰⁹. Dans le domaine du droit international de l'investissement, le néolibéralisme trouve appui dans un réseau de sources de droit international constitué d'environ trois mille TBI, ainsi que dans plusieurs traités mégarégionaux, chacun comportant un chapitre dédié à l'investissement. Selon Monsieur le Professeur Sornarajah, cette compilation fragmentaire sert principalement les intérêts néolibéraux en veillant à ce que les alternatives aux solutions basées sur le marché soient exclues des considérations politiques lors de la prise de décisions⁴¹⁰, afin d'éloigner le sujet de son ancrage dans les principes du droit international⁴¹¹. Avec la montée du libéralisme, on observe un « recul du discours souverainiste, un recul du discours nationaliste »⁴¹². Par conséquent, il est envisageable qu'« un État souverain, une commune légitime sur le plan démocratique pourrait se voir assigner en justice par une multinationale, au prétexte que le pouvoir public viendrait contrarier la liberté de s'enrichir d'une entité privée »⁴¹³. Les traités internationaux imposent des limites à la marge de manœuvre réglementaire des États souverains⁴¹⁴. Cependant, la question se pose de savoir si ces restrictions imposées sont allées trop loin⁴¹⁵ ?

⁴⁰⁷ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des États-Unis », *op.cit.*, p.36

⁴⁰⁸ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.28

⁴⁰⁹ Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *J. Int. Econ. Law*, vol 23, n°3, septembre 2022, p. 583

⁴¹⁰ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.10

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Manciaux S., Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du CIRDI, 727 P., Thèse Dijon, 1998, p.184

⁴¹³ Lecoq J-P., « Les projets de traités libéraux de commerce et de services impulsés par les États-Unis », dans *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2019, p.44

⁴¹⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, p. 125

⁴¹⁵ *Ibid.*

175. Le triomphe du libéralisme après la guerre froide a été suivi de l'émergence d'un mouvement antilibéral, particulièrement lors des négociations de l'ALENA, en reconnaissance d'autres valeurs. L'évolution de l'opinion publique a contribué graduellement au regain de la souveraineté (TITRE II). Un État souverain est l'acteur principal capable d'équilibrer les différentes valeurs. La fin des années 1990 et le début des années 2000 ont été marqués par la saisine des investisseurs étrangers contre les législations nationales visant à renforcer le droit de l'environnement et la santé publique. Ces arbitrages d'investissement contre l'État d'accueil, en particulier les abus du mécanisme de RDIE, ont suscité des préoccupations. Certaines juristes américaines critiquent le mécanisme de RDIE car il permet aux investisseurs étrangers de contourner l'ordre juridique national et de saper le droit national⁴¹⁶. La question fondamentale se pose alors : comment justifier que le droit créé et protégé par ces TBI et accords de libre-échange soit supérieur au droit relatif à l'environnement, à la santé publique, aux droits humains et à la culture locale ? Ne s'agit-il pas d'un déséquilibre entre les différents objectifs sociaux ? Comment un pays souverain pourrait-il accorder un droit aux investisseurs étrangers supérieur à toutes ses valeurs, simplement parce que d'autres valeurs n'ont pas été également énoncées et protégées par des mesures concrètes dans les traités internationaux ? Ainsi, le libre échange deviendrait-il le champion exclusif, reléguant toutes les autres valeurs à l'écart de facto ?

176. Monsieur le Professeur Sornarajah a écrit, « [l]orsque les règles existantes soutenues par le groupe établi de nations sont sujettes à des attaques par des membres relativement nouveaux de la communauté internationale, elles s'affaiblissent et, jusqu'à ce qu'elles soient remplacées, une situation de chaos ou d'absence de normes existera »⁴¹⁷. Le régime international relatif aux investissements étrangers est déjà sous le feu des critiques. La crise financière de 2008 a porté un coup de massue à la théorie néolibérale. La main invisible ne peut plus être la réponse ultime à tous les problèmes. En matière de droit des investissements internationaux, le régime juridique reflétant la théorie néolibérale est également remis en question par les pays souverains, y compris les États-Unis eux-mêmes. Le retour de la souveraineté est inévitable lorsque la réalisation d'une concurrence libre et non faussée revient à nier la qualité même d'un État souverain⁴¹⁸. Dans les pays occidentaux, la crise sanitaire de 2020 et la crise énergétique en

⁴¹⁶ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p.7

⁴¹⁷ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, P.10

Texte original: « Where existing rules supported by the established group of nations are subject to attack by relatively new members of the international community, they become feeble and, until they are replaced, a situation of chaos or normlessness will exist. »

⁴¹⁸ Lagrange P., « Le néolibéralisme : un danger pour la souveraineté des Etats », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 161

2023 ont contribué à ébranler profondément le libéralisme, qui tend à basculer vers le nationalisme.

TITRE I. LE TRIOMPHE DU LIBERALISME

TITRE II. LE RETOUR DE LA SOUVERAINETE

TITRE I. LE TRIOMPHE DU LIBERALISME

177. Le libéralisme est défini comme « le champion du libre échange contre le protectionnisme étatique »⁴¹⁹, et « les critiques adressées à la mondialisation sont de même nature que celles qui jadis s’opposaient au libre échangisme, voir même à la construction européenne »⁴²⁰. En effet, tout au long de l’histoire, « le libéralisme n’a jamais cessé d’exister et, s’il n’est pas « néo », il a constamment évolué face aux conservatismes, et face aux dictatures ou aux autoritarismes »⁴²¹.

178. En même temps, il faut également admettre que le droit à la libre circulation des biens et des capitaux a été défendu par différentes superpuissances. L’Espagne l’a invoqué pour justifier sa colonisation de l’Amérique latine⁴²², tandis que l’Angleterre cherchait à établir un ordre international favorable au libéralisme pendant la seconde moitié du XIXe siècle⁴²³. De même, depuis la Charte de l’Atlantique de 1941, les États-Unis ont activement promu ce droit pour servir leurs intérêts⁴²⁴. Ainsi, le droit international est souvent considéré comme la projection à l’échelle mondiale du droit objectif interne d’un État⁴²⁵.

179. La primauté de la valeur du libéralisme au détriment de toutes les autres valeurs rend les idéologies de la mondialisation et de l’autodétermination des États en contradiction les unes avec les autres⁴²⁶. La dominance du libéralisme s’est accompagnée de la « déconstruction de l’État et dépassant les dynamiques actuelles dictées par les structures étatiques »⁴²⁷.

180. Malgré le triomphe du libéralisme à la fois sur le plan politique et juridique, les États souverains ont émis des réserves quant à cette théorie, notamment en refusant d’accepter inconditionnellement les investisseurs étrangers. Ces limitations sont justifiées par la nécessité de prendre en compte d’autres valeurs, telles que la sécurité nationale. En effet, « tout en acceptant de bénéficier des avantages d’une économie mondialisée, ils veillent à ce que

⁴¹⁹ Gélard P., « Le néolibéralisme existe-t-il », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 42

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of international law*, *op.cit.*, p. 20-21

⁴²³ Mayall J., *Nationalism and International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p.92

⁴²⁴ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d’économicisation du droit parti des Etats-Unis », *op.cit.*, p. 25

⁴²⁵ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p. 28

⁴²⁶ Varin S., Chancerel J-L., *Variation critiques à propos du néolibéralisme*, Louvain-la-Neuve, Academia-L’Harmattan, 2021, p.176

⁴²⁷ *Ibid.*

politiquement leur liberté d'État souverain reste entière »⁴²⁸. Ainsi, alors que le libéralisme vise à protéger la liberté individuelle, la doctrine de la raison d'État cherche à garantir la maximisation de la liberté collective sous forme d'État.

CHAPITRE I. LA PUISSANCE DU LIBERALISME

CHAPITRE II. LES LIMITES DU LIBERALISME

⁴²⁸ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p. 121

CHAPITRE I. LA PUISSANCE DU LIBERALISME

181. La prédominance de la théorie du néolibéralisme s'est établie à travers la « mise en œuvre d'une utopie, celle du marché parfait, et celle de l'écrasement de toute initiative qui gripperait cette machinerie supposée idéale »⁴²⁹ (Section 1). En effet, comme le décrivent certains économistes, « [u]ne idéologie aussi puissante que le néolibéralisme, qui mélange la légitimité scientifique (la vérité), la légitimité institutionnelle (le pouvoir politique) et la légitimité de la position dominante (le pouvoir économique) est presque impossible à combattre »⁴³⁰.

182. Le néolibéralisme, successeur du libéralisme, n'est initialement qu'une théorie économique. Toutefois, il a trouvé sa puissance pour devenir un choix politique au service des intérêts américains⁴³¹. Sous l'influence de cette nouvelle puissance, « les différents gouvernements inspirés par cette doctrine, travaillant à imposer à l'Europe, à la France, ses logiques, et sa culture juridique issue des recherches outre-Atlantique, jusqu'à leur donner force de loi et donc priorité sur les législations et les cultures nationales »⁴³². Le néolibéralisme, dont l'objectif est de promouvoir le libre échange des biens et des capitaux transfrontières, a contribué à l'acceptation des normes internationales et à la constitution de l'ordre juridique liés à la mondialisation. Ces normes juridiques cherchent à « envahir »⁴³³ les compétences souveraines par le biais du principe de primauté internationale. Le développement du droit international en matière d'investissement, y compris le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, est décrit par le Professeur chinois en droit, Monsieur ZHU, comme un processus témoignant du « départ forcé de l'État »⁴³⁴. La position dominante du libéralisme est encore renforcée par les positions néolibérales des arbitres dans les sentences arbitrales tranchant les conflits entre le libéralisme et la protection de l'environnement (Section 2).

⁴²⁹ Lecoq J-P., « Les projets de traités libéraux de commerce et de services impulsés par les Etats-Unis », *op.cit.*, p. 43

⁴³⁰ Teppaz M., *Le néolibéralisme est un totalitarisme*, Paris, l'Harmattan, 2021, p.10

⁴³¹ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », *op.cit.*, p. 25

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.223

⁴³⁴ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.19 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *op.cit.*, p.19)

Section 1. La prépondérance de la théorie du libéralisme

183. Selon Monsieur le Professeur Sornarajah, « [l]es conflits théoriques ont eu un impact sur la formation des attitudes juridiques à l'égard de l'investissement étranger »⁴³⁵. En effet, la politique d'un État concernant l'investissement étranger ne constitue qu'une partie de sa politique générale. La présente réflexion débutera par l'examen des théories qui influencent les décisions politiques. Pour être mises en œuvre, ces théories sont transposées à la fois dans le droit interne et le droit international (§1). Cependant, c'est la prédominance de la doctrine du néolibéralisme qui transparaît dans l'américanisation de la définition de liberté dans les normes internationales, surtout à l'apogée du libéralisme (§2).

§1. Néolibéralisme en tant que choix politique

184. Le néolibéralisme est d'abord perçu comme une doctrine économique qui définit, d'un côté, le rôle du marché et, d'un autre côté, le rôle de l'État en tant que régulateur de ce marché⁴³⁶.

185. La théorie néolibérale soutient que « l'intrusion de l'État dans la vie économique des individus porterait en son sein un risque, celui de supprimer les libertés individuelles au profit d'un intérêt général déterminé par l'idéologie politique de l'État »⁴³⁷. En termes simples, le néolibéralisme vise à créer une société où les individus sont libres de négocier et de prendre des décisions en matière d'investissement⁴³⁸. En d'autres termes, la garantie de la « liberté individuelle maximisée »⁴³⁹ est la valeur la plus importante à réaliser et à protéger. Une telle théorie de la liberté « s'oppose à la régulation de l'État »⁴⁴⁰, car dans une situation où les individus sont libres de faire du commerce et des investissements dans le marché, la profusion de ces actes de commerce individuels génère « la complexité de l'information »⁴⁴¹ et rend la situation « ingérable pour une institution publique »⁴⁴². Cette théorie est considérée comme « une réponse à l'échec du keynésianisme »⁴⁴³.

⁴³⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, op.cit., p. 60

Texte original: « Theoretical conflicts have had an impact on shaping legal attitudes to foreign investment. »

⁴³⁶ Varin S., Chancerel J-L., *Variation critiques à propos du néolibéralisme*, op.cit., p.175

⁴³⁷ Teppaz M., *Le néolibéralisme est un totalitarisme*, op.cit., p.17

⁴³⁸ *Id.*, p.18

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ *Id.*, p.20

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ *Ibid.*

186. La théorie du néolibéralisme est au fonds en contradiction avec la souveraineté de l'État, ce qui explique pourquoi le néolibéralisme est considéré comme « une pensée accompagnant la déconstruction de l'État »⁴⁴⁴.

187. Il est important de noter qu'une telle opposition à l'intervention étatique existe depuis la théorie du libéralisme du XVIIIe siècle, à laquelle le néolibéralisme a succédé. La plus grande divergence entre le néolibéralisme et le libéralisme réside dans le fait que le premier met l'accent sur « l'intensification des échanges marchands »⁴⁴⁵, tandis que le deuxième se concentre sur « la production de richesse »⁴⁴⁶.

188. Dans l'histoire du développement du libéralisme, plusieurs théories concurrentes ont éclipsé cette ancienne théorie dans les années 1930⁴⁴⁷. Il s'agit du keynésianisme, du communisme, du national-socialisme et du fascisme⁴⁴⁸. Afin de revitaliser cette théorie, les économistes ont organisé un colloque en août 1938 à Paris pour « analyser les causes du déclin libéral et réfléchir aux conditions de la reconstruction du libéralisme »⁴⁴⁹. Depuis, la théorie a retrouvé sa reconnaissance par la publication de l'ouvrage « La Cité libre », où les différentes écoles sont développées⁴⁵⁰. Par la suite, dans son ouvrage intitulé « la Route de la servitude », Friedrich Hayek soutient que l'interventionnisme de l'État pourrait conduire au totalitarisme. Cette perspective découle de sa réflexion sur l'URSS et le marxisme⁴⁵¹. À l'initiative de Hayek, une conférence a été tenue en 1947 à la suite du succès de son livre, puis une association ainsi qu'un journal ont été ensuite créés, considérés comme « la maison mère des *think-tanks* néolibéraux »⁴⁵². Par la suite, les économistes néolibéraux ont gagné en notoriété et ont promu le retour au centre des choix politiques. Cela inclut la liberté de choix prônée par Milton Friedman de l'école de Chicago, l'invention du terme de Consensus de Washington par John

⁴⁴⁴ Varin S., Chanceler J-L., *Variation critiques à propos du néolibéralisme*, *op.cit.*, p.176

⁴⁴⁵ Teppaz M., *Le néolibéralisme est un totalitarisme*, *op.cit.*, p. 22

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 45-46

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Id.*, p.46

⁴⁵⁰ v. également « La ligne paléo-libérale (qui prêche la continuité avec le libéralisme laisser-fairiste manchestérien historique) et la ligne du libéralisme social (qui remet en cause l'idée d'un ordre naturel et prône le recours à un interventionnisme juridique pour protéger la liberté et garantir le progrès social) », dans Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », *op.cit.*, p. 46

⁴⁵¹ Dostaler G., *Le libéralisme de Hayek*, Paris, Collection Repères - Éditions La Découverte, 2001, p.3

⁴⁵² Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », *op.cit.*, p. 46

Williamson, et le développement de la théorie des choix publics par James M. Buchanan et Gordon Tullock⁴⁵³.

189. Aujourd'hui, le néolibéralisme a largement dépassé le domaine de l'économie. Non seulement la théorie est devenue dominante en économie, mais elle est également devenue un choix politique, décrite comme « une technique de gouvernement » par Michel Foucault⁴⁵⁴.

190. Cette victoire a eu lieu dans des conditions historiques spécifiques. Il est tout d'abord important de noter que différentes théories ont exercé une influence positive ou négative sur les investissements étrangers. Alors que la théorie néolibérale a favorisé les investissements étrangers, ses théories concurrentes ont eu des effets opposés dans l'histoire. Par exemple, la théorie de Johann Fichte s'est positionnée en opposition à l'ouverture des échanges de biens et de capitaux⁴⁵⁵. Fichte a avancé l'idée d'une société interne autosuffisante, avec des productions, distributions et échanges entièrement internes, réduisant progressivement la demande pour les affaires internationales jusqu'à son élimination⁴⁵⁶. L'ouvrage « Système national d'économie politique » de Friedrich List est également reconnu comme l'une des principales critiques d'Adam Smith⁴⁵⁷. De même, la théorie marxiste classique est aussi vue comme contre l'idée des investissements étrangers, car le concept de propriété privée est considéré comme essentiel pour les droits des investissements internationaux⁴⁵⁸, alors qu'il entre en conflit avec l'idée d'une société communiste et de la propriété collective⁴⁵⁹.

191. Le néolibéralisme a également nécessité du temps pour devenir un choix politique largement accepté, tant par les pays développés que par les pays du tiers monde.

192. Dans les pays développés, particulièrement aux États-Unis, le néolibéralisme semble avoir connu une période de stagnation jusqu'aux années 1970, durant lesquelles les idées du fordisme et du keynésianisme-beveridgien étaient prédominantes⁴⁶⁰. Cependant, avec l'incapacité du keynésianisme à résoudre la crise économique, le néolibéralisme est devenu

⁴⁵³ Bottini F., « Le néolibéralisme et l'« utilisation » du droit public », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 30

⁴⁵⁴ Hache E., « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raison politiques*, 2007/4, n°28, p.28

⁴⁵⁵ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p.80

⁴⁵⁶ Johann Gottlieb Fichte, *Der Geschlossene Handelsstaat*, Tubingen, 1800, reproduit par Gustav Fischer Verlag à Jena, 1920

⁴⁵⁷ Breslin S., « The 'China model' and the global crisis: from Friedrich List to a Chinese mode of governance? », *International Affairs*, vol 87, n°6, novembre 2011, p. 1324

⁴⁵⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.60-61

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », *op.cit.*, p.47

progressivement une option politique incontournable. Il est important de souligner que le néolibéralisme est considéré comme le « résultat des choix politiques des gouvernants des pays industrialisés qui ont délibérément décidé d'ouvrir leur marchés nationaux »⁴⁶¹ afin de favoriser la libre circulation des capitaux, des biens et des services⁴⁶². Les investissements internationaux et les échanges transfrontaliers sont au cœur de cette idéologie libérale. Les investissements internationaux ont abouti à des relations plus étroites entre les pays d'accueil et les investisseurs, se distinguant des transactions du commerce international. Ceci pourrait être la raison pour laquelle les initiatives entreprises par les États-Unis en vue de réduire les tarifs douaniers et de favoriser les échanges internationaux ont peut-être été plus aisément acceptées par les États souverains. En effet, le GATT de 1947, proposé intégralement par les États-Unis, a été conclu avec peu de modifications⁴⁶³. Cependant, les tentatives de négociation d'une convention internationale pour établir des règles générales sur les investissements internationaux ont rencontré des difficultés, en raison même des divergences entre les pays développés⁴⁶⁴.

193. Un tel choix politique était devenu évident et s'est manifesté à travers le mouvement initié par le Président américain Reagan et la Première Ministre Thatcher au Royaume-Uni dans les années 1980⁴⁶⁵, où la concurrence entre les gouvernements a été introduite pour attirer les investissements étrangers.

194. La mondialisation, qui semble avoir émergé par le biais du choix politique du libre-échange via les consensus de Washington, est une « extension de la logique de marché dans le monde »⁴⁶⁶, une manière de conduire l'État à se retirer de son rôle de régulateur du marché. Ainsi, la théorie a été rebaptisée au nom de la « mondialisation du capital »⁴⁶⁷, et le néolibéralisme vu comme « une variante des doctrines favorables au capital qui tendent à devenir dominantes dans les phases financières d'expansion du capitalisme »⁴⁶⁸. Cette expansion est assujettie à la demande, donc au démantèlement des frontières et des contrôles étatiques. La théorie « tend à l'établissement d'un environnement favorisant l'accumulation du capital »⁴⁶⁹ et la création d'un marché mondial est par nature l'un de ses objectifs ultimes. La

⁴⁶¹ *Id.*, p.48

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ Beane D., *The United States and GATT: A Relational Study*, *op.cit.*, p. 192

⁴⁶⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.3-4

⁴⁶⁵ *Id.*, p.2

⁴⁶⁶ Teppaz M., *Le néolibéralisme est un totalitarisme*, *op.cit.*, p.22

⁴⁶⁷ Amin S., Arrighi G., Chesnais F., *et al.*, « Qu'est-ce que le néolibéralisme ? », *Actuel Marx*, 2006/2, n°40, p. 14

⁴⁶⁸ *Id.*, p. 13

⁴⁶⁹ *Ibid.*

mondialisation a donc été définie comme « l'arène ou la scène sur laquelle se joue la réorganisation du champ socio-politico-économico-juridique contemporain où l'État perd sa prééminence et où le gouvernement se trouve concurrencé par une gouvernance »⁴⁷⁰.

195. L'importance croissante attribuée aux institutions financières internationales, telles que le FMI ou la Banque Mondiale, ainsi qu'à l'organisation internationale de l'OMC, jouit en fait du soutien des États-Unis. Le FMI est doté de trois missions essentielles, à savoir : favoriser l'expansion du commerce et de la croissance économique, et décourager les politiques économiques susceptibles de nuire à la prospérité⁴⁷¹. Tandis que l'OMC est une organisation « qui contribue principalement à lutter contre le protectionnisme au sein du commerce international »⁴⁷². Selon le professeur Wei, les accords de l'OMC ainsi que les conditions de prêts du FMI sont essentiellement « un discours de droit cherchant à légaliser le pillage »⁴⁷³. En ce qui concerne l'investissement international, les tentatives de créer une convention mondiale pour déterminer les principales règles sur la protection des investissements ont toutes échoué. Toutefois, l'arbitrage, comme mode de règlement des différends, a été accepté *de facto* de manière générale. Le CIRDI, créé par la Convention de Washington de 1965, à laquelle s'ajoute le mécanisme mis en place par la CNUDCI, a été promu pour la première fois par les États-Unis lors de la conclusion de l'ALENA dans les années 1990. Le traité d'ALENA a été conclu pour remplacer les modes traditionnels de règlement des différends par la diplomatie, par ces nouveaux modes d'arbitrage. Le régime de RDIE met en œuvre une nouvelle modalité de règlement des différends par tribunal privé, permettant aux investisseurs étrangers de contourner l'ordre juridique national, confortant tant le principe du libéralisme individuel que l'intérêt des entreprises multinationales. En effet, le droit international de l'investissement assoit sa prépondérance en utilisant la supériorité du droit international pour atténuer l'effet de la doctrine Calvo développée par les pays latino-américains⁴⁷⁴. Cette doctrine Calvo confirme la primauté de la souveraineté sur les investissements étrangers, ce qui va à l'encontre des

⁴⁷⁰ Eberhard C., *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, Paris, LGDJ, 2006, p.132

⁴⁷¹ FMI, « Qu'est-ce que le FMI ? » [en ligne : <https://www.imf.org/fr/About/Factsheets/IMF-at-a-Glance>] [consulté le 23 juin 2022]

⁴⁷² Fan J., *Les barrières environnementales au commerce international dans le cadre de l'OMC- Une étude comparative entre les États-Unis, l'Union Européenne et la Chine*, 443 P., Thèse en droit : Aix-Marseille Université, 2017, p.11

⁴⁷³ 魏磊杰(Wei L.), « 全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权 », *op.cit.*, p.86 (« L'impérialisme juridique à l'ère de la mondialisation et l'hégémonie discursive de l'État de droit », *op.cit.*, p.86)

⁴⁷⁴ Shea D.R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955, p.33

intérêts des États-Unis⁴⁷⁵. Depuis lors, les pays développés cherchent à conclure des TBI avec les pays en développement, en s'inspirant du modèle de TBI des pays occidentaux⁴⁷⁶, y compris la clause de règlement des différends par arbitrage. Le nombre de ces traités bilatéraux d'investissement a atteint trois mille au cours des cinquante dernières années⁴⁷⁷.

196. Du côté des pays en développement, les investissements étrangers ont souvent été confrontés à l'hostilité et à l'antagonisme dans les pays d'accueil devenus indépendants au cours de la période post-coloniale⁴⁷⁸. Ainsi, une part importante des biens étrangers a dû faire l'objet soit du contrôle national dans le processus d'investissement, soit d'une nationalisation directement par l'État d'accueil⁴⁷⁹. Pendant cette période, la souveraineté de l'État a été soumise à des choix politiques, et la libre circulation des capitaux a été réprimée par un climat patriotique prévalant dans les pays d'accueil.

197. Durant les années 1960, les pays du tiers-monde ont introduit la notion du nouvel ordre économique international (ci-après NOEI) dans le but de remettre radicalement en question les règles classiques du droit international⁴⁸⁰. Ce mouvement a été accompagné d'une tentative d'élaboration de normes internationales. Une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies a été adoptée le 1^{er} mai 1974, établissant la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international. Cette déclaration reflète que l'« amélioration de l'ordre international ne peut pas se réaliser à l'intérieur du système dominant »⁴⁸¹ ; au contraire, elle requiert « toute une série de réunions et de décisions qui vont préciser les revendications du Sud face au Nord »⁴⁸² qui se déploient « au sein du Système des Nations Unies »⁴⁸³. L'objectif est « d'asseoir les bases d'un nouvel ordre, plus équitable, oscillant entre la révision ou le bouleversement des sources, des institutions, des principes et de normes du droit international classique »⁴⁸⁴. Le paragraphe 4 de ladite Déclaration met en exergue la doctrine de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles⁴⁸⁵, instaurant le droit des pays souverains à mettre en œuvre des mesures telles que la nationalisation, le contrôle des investissements et

⁴⁷⁵ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.233

⁴⁷⁶ Jones C., Rao W., « (Un)stable BITs », *Yale J. Int. Law.*, vol 48, n°2, été 2022, p.249

⁴⁷⁷ *Id.*, p.251

⁴⁷⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.26

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international, paragr. 4

⁴⁸¹ *Id.*, paragr. 5

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.27

la surveillance des sociétés transnationales concernant l'exploitation des richesses et des ressources naturelles. L'objectif de ce mouvement est de fournir une base solide aux pays souverains pour la mise en œuvre de mesures de nationalisation des investissements étrangers en fonction de réformes ou de réorganisations économiques, sans que ces mesures ne soient considérées comme illégales en droit international⁴⁸⁶.

198. Cependant, l'impact de ce nouvel ordre économique international a diminué après la guerre froide⁴⁸⁷. Les exemples de développement rapide de pays comme Singapour, la Corée du Sud ou bien les régions de Taiwan et de Hong Kong, ont pu laisser croire que la théorie néolibérale pouvait réellement contribuer à la prospérité⁴⁸⁸. Parallèlement, en raison du tarissement des pétrodollars, les prêts privés des banques ont été limités⁴⁸⁹, ce qui a conduit à ce que les entreprises multilatérales soient désormais les seules à disposer de capitaux pour le développement. En même temps, les pays nouvellement créés après la dissolution de l'Union Soviétique se sont également tournés vers le marché libre⁴⁹⁰, entrant en compétition directe avec les pays du NOEI pour la source unique de capitaux⁴⁹¹. Pendant ce temps, des institutions internationales telles que le FMI et la Banque mondiale ont exercé des pressions sur les pays en développement pour qu'ils dérèglent les investissements étrangers. En effet, afin d'obtenir des aides financières de ces institutions internationales, les pays doivent accepter un « paquet néolibéral »⁴⁹², comprenant la libéralisation de l'entrée des investissements étrangers, le traitement national après l'entrée, la protection contre la violation de certaines normes de traitement garanties et les mécanismes de règlement des différends⁴⁹³. Dans une telle situation, la demande du NOEI a été mise en suspens de fait⁴⁹⁴. La promotion de la théorie néolibérale par ces institutions internationales a largement contribué à la prédominance des politiques néolibérales⁴⁹⁵.

199. Le néolibéralisme a ainsi été adopté par les pays développés et en développement en raison d'une combinaison de données économiques, politiques et sociales.

⁴⁸⁶ *Id.*, p.28

⁴⁸⁷ *Id.*, p.29

⁴⁸⁸ *Id.*, p.2

⁴⁸⁹ *Ibid*

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Id.*, p.30

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Ibid.*

200. La victoire du néolibéralisme en tant que choix politique, son acceptation à l'échelle mondiale ainsi que la mise en place de mécanisme de règlement des différends dans les TBI pour garantir sa stabilité juridique ont atteint leur apogée aux alentours de l'an 2000. En parallèle, d'autres valeurs concurrentes du néolibéralisme commencent également à se faire entendre, bien que le moment ne soit pas encore venu pour que ces valeurs puissent rivaliser pleinement avec la théorie libérale.

§2. La prédominance de la définition américaine de la liberté

201. Au cœur de la théorie du néolibéralisme réside la notion de liberté. Toutefois, cette notion de liberté possède-t-elle une définition constante ou une signification générale et universellement acceptée tout au long de l'histoire ? Si la réponse est négative, cela signifie que la conception de la liberté varie en fonction des époques et que chaque peuple de différents pays en a des interprétations divergentes. Dans ce cas, est-ce que le néolibéralisme en tant que choix politique initié par les États-Unis serait restreint à l'interprétation de cette notion par les Américains ? Une telle interprétation de la liberté par une seule nation ne risquerait-elle pas d'américaniser le reste de la planète au nom de la mondialisation ?

202. Pour répondre à ces questions, nous entreprendrons une analyse des diverses interprétations de la liberté proposées par les philosophes au fil de l'histoire (I). Par la suite, nous examinerons l'exemple des États-Unis et de la France afin de comprendre comment les penseurs ont contribué à façonner des interprétations distinctes de ce concept dans des contextes nationaux variés (II).

I. L'interprétation différente de la liberté par les philosophes

203. La liberté selon Montesquieu est un concept abstrait qui, loin d'être uniformément compris, est interprété de manière très diverse :

« Certain peuple a longtemps pris la liberté pour l'usage de porter une longue barbe. Ceux-ci ont attaché ce nom à une forme de gouvernement, et en ont exclu les autres. Ceux qui avaient goûté du gouvernement républicain l'ont mise dans ce gouvernement ; ceux qui avaient joui du gouvernement monarchique l'ont placée dans la monarchie. Enfin, chacun a appelé liberté le gouvernement qui était conforme à ses coutumes ou à ses inclinations ; et comme dans une république on n'a pas toujours devant les yeux, et d'une manière si présente, les instruments des maux dont on se plaint, et que même les lois paraissent y parler plus, et les exécuteurs de la loi y parler moins,

on la place ordinairement dans les républiques, et on l'a exclue de monarchies. Enfin, comme dans les démocraties le peuple paraît à peu près faire ce qu'il veut, on a mis la liberté dans ces sortes de gouvernements, et on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple. »⁴⁹⁶

204. En effet, la liberté est elle-même un « concept essentiellement contestable », impliquant que « les contestations sur les sens du concept vont au cœur du sujet et peuvent générer des paradigmes et des critères d'application rivaux »⁴⁹⁷. De plus, « il est de la nature même du concept d'être contesté et de s'interroger sur sa nature »⁴⁹⁸.

205. Le Professeur de droit et de politique M'Rad partage à son tour sa perception de la liberté :

« Les critiques et les interprétations dont le libéralisme a fait l'objet de la part de ses adversaires politiques depuis deux siècles environ sont indubitablement à l'origine de la dérive de ce concept et de sa déformation auprès de l'opinion commune. En général, l'évolution d'une notion dénature sa signification première. L'idée influe sur la réalité, et à son tour, par un mouvement de balancier, celle-ci influe sur l'idée. Ce sont moins les théories politiques que les conflits politiques, qui déterminent le sens réel des mots et la teneur matérielle du verbe. Il y a une interaction permanente entre la théorie et l'action politique. L'histoire des idées politiques est dans une certaine mesure l'histoire du combat entre les idées politiques »⁴⁹⁹.

206. Selon ce dernier, le sens de la liberté n'a cessé de muter, et ces changements peuvent être classés en trois époques : le libéralisme politique du XVIIIe siècle, le libéralisme économique à la fin du XIXe siècle et le libéralisme à vocation sociale après la Deuxième Guerre mondiale⁵⁰⁰. À peine évoquée, la signification de la liberté est déjà assaillie de nombreuses interprétations.

⁴⁹⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, Editions Garnier, Paris, 1994, livre XI, chapitre II, p.166

⁴⁹⁷ Besson S., « Sovereignty in Conflict », *EIOP*, vol.8 (2004) n°15, p.6

Texte original: « on the one hand, disputes about the meanings of the concept go to the heart of the matter and can generate rival paradigms and criteria of application and that, on the other, it is part of the very nature of the concept to be contested and to raise questions as to its nature »

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ M'Rad H., *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique*, Editions du Cygne, Paris, 2016, p. 7

⁵⁰⁰ *Id.*, p.74

207. Pour Montesquieu, contemporain de Locke, la liberté est plutôt définie par ses limites déterminées par rapport au droit⁵⁰¹. Elle ne constitue pas une notion ayant une valeur propre à protéger⁵⁰². En revanche, la conception lockéenne de la liberté repose sur la protection de la propriété⁵⁰³, plus précisément, un gouvernement doit considérer la sauvegarde de la liberté comme sa priorité, et cette liberté s'exprime par la protection de la propriété.

208. Deux siècles passent et John Stuart Mill, un utilitariste libéral du XIXe siècle⁵⁰⁴, a illustré sa théorie de la liberté dans son œuvre la plus connue « De la liberté ». Il a considéré que « la seule fin pour laquelle l'humanité est justifiée, individuellement ou collectivement, en interférant avec la liberté d'action de l'un quelconque d'entre eux, est l'autoprotection »⁵⁰⁵. À travers ses illustrations, Mill met en avant l'importance de la liberté de pensée et de discussion, insistant sur la nécessité d'éviter la « tyrannie de la majorité » au sein d'une société démocratique. Selon lui, le pouvoir de la société doit être limité afin de protéger les droits de l'individu.

209. Aujourd'hui, la liberté est intrinsèquement liée aux droits naturels des individus. Ces droits sont considérés comme étant ancrés dans la nature humaine plutôt que dans les choix politiques individuels⁵⁰⁶. En conséquence, de nos jours, la liberté englobe une variété de droits individuels, incluant la liberté d'expression, la liberté liée à la politique, la protection contre les violations par la majorité, ainsi que la liberté économique. Selon Monsieur le Professeur Serge-Christophe Kolm, le libéralisme économique trouve sa justification première dans la liberté⁵⁰⁷. Il repose sur la conviction que la liberté économique sans entraves favorise le bien-être et l'efficacité économique, ce qui à son tour conduit au bonheur. Au cœur du libéralisme

⁵⁰¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois I, op.cit.*, Livre XI, Chapitre 3, P.167

Texte original : « dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir. Il faut se mettre dans l'esprit ce que c'est que l'indépendance, et ce que c'est la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent. »

⁵⁰² Montesquieu, *De l'esprit des lois I, op.cit.*, Livre XII, Chapitre 2, p.202

Texte original : « la liberté philosophique consiste dans l'exercice de sa volonté, ou de moins (s'il faut parler dans tous les systèmes) dans l'opinion où l'on est que l'on exerce sa volonté. La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté ».

⁵⁰³ Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil, op.cit.*, p. 76

⁵⁰⁴ Wacks R., *Understanding jurisprudence – An introduction to legal theory*, Oxford University Press, New York, 3ème édition, 2012, p.35

⁵⁰⁵ Mill J.S., *On Liberty, op.cit.*, p. 13

Texte original: « the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection »

⁵⁰⁶ M'Rad H., *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique, op.cit.*, p.38

⁵⁰⁷ Kolm S.C., *Le libéralisme moderne*, Paris, PUF, 1984, p.12

économique se trouvent « l'individualisme et le respect du droit, en particulier de propriété individuelle »⁵⁰⁸.

210. Monsieur le Professeur Wacks évoque en dernier qu'il existe dans toutes les sociétés démocratiques des débats sur les droits et libertés à sauvegarder, soit leur nature, leur portée et leur modalité de protection⁵⁰⁹.

211. En revenant à l'impact du triomphe du néolibéralisme, sa conception de la liberté privilégie l'individualisme, notamment dans la sphère économique, favorisant la liberté de marchandage. Mais comment cette liberté spécifique est-elle garantie sur le plan juridique ? Étant donné que différentes cultures ont des interprétations variées de cette question, il devient difficile de déterminer si chaque pays souverain a intégralement accepté cette notion de liberté. Le mouvement du NOEI constitue un exemple éloquent illustrant le regain de la souveraineté face au libéralisme. Avec le NOEI mis en sourdine, le néolibéralisme est ainsi devenu un choix politique qui touche tous les pans de la vie sociale, mais va-t-il suffoquer toutes les autres valeurs et ainsi que les autres appréhensions possibles de la liberté ?

II. Différentes interprétations de la liberté selon les États

212. Les États-Unis (A) et la France (B) seront mis en comparaison sur leur appréhension de la liberté.

A. La liberté lockéenne aux États-Unis

213. La définition de la liberté lockéenne est en lien étroit avec la protection de la propriété (1). Cette théorie a un impact direct sur le régime juridique aux États-Unis (2).

1) La définition lockéenne de la liberté

214. Pour le philosophe anglais Bertrand Russell, la doctrine politique de Locke est profondément enracinée dans la Constitution américaine⁵¹⁰. Le libéralisme aux États-Unis demeure fidèle à la vision développée par John Locke⁵¹¹, particulièrement à travers son œuvre la plus célèbre, le « Deuxième traité du gouvernement civil », où la liberté sert de fondement philosophique au système gouvernemental américain⁵¹². La compréhension de la liberté

⁵⁰⁸ Kolm S.C., *Le libéralisme moderne*, Paris, PUF, 1984, p.12

⁵⁰⁹ Wacks R., *Understanding jurisprudence – An introduction to legal theory*, op.cit., p.254

⁵¹⁰ Russell B., *A History of Western Philosophy*, op.cit., p.605

⁵¹¹ *Id.*, p.643

⁵¹² Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, op.cit., p.49

lockéenne et de sa théorie du contrat social revêt une importance cruciale pour appréhender les objectifs visés par le droit national et international en matière d'investissement.

215. John Locke considérait le pouvoir politique comme « le droit de faire des lois, sous peine de mort, ou par voie de conséquence sous toute peine moins sévère, afin de réglementer et de préserver la propriété, ainsi que d'employer la force de la communauté pour l'exécution de telles lois et la défense de la république contre les déprédations de l'étranger, toute cela uniquement en vue du bien public »⁵¹³. Dans cette perspective, la préservation de la propriété devient l'essence et la raison d'être d'un pouvoir politique. Locke précise que « pour comprendre correctement le pouvoir politique et tracer le cheminement de sa première institution, il nous faut examiner la condition naturelle des hommes, c'est-à-dire un état où ils sont parfaitement libres d'ordonner leurs actions, de disposer de leurs biens et de leurs personnes comme ils l'entendent, dans les limites du droit naturel, sans demander l'autorisation d'aucun autre homme ni dépendre de sa volonté »⁵¹⁴. Ainsi, le contrat social lockéen trouve son essence dans « la fin capitale et principale, en vue de laquelle les hommes s'associent dans des républiques et se soumettent à des gouvernements, c'est la conservation de leur propriété »⁵¹⁵. Le gouvernement tire son autorité non seulement de l'application du droit interne pour la protection de la propriété, mais également de son rôle en tant que défenseur contre les « déprédations de l'étranger ». De là découle une distinction marquée entre « nous » et « étranger », qui est devenue prégnante dans la politique américaine en matière d'investissements étrangers.

216. En simplifiant la théorie de Locke, on peut la résumer de manière à établir une symétrie entre la liberté et la propriété : la liberté réside dans la possession des biens. La mission du pouvoir politique est de garantir cette liberté. Ainsi, le contrat social a été élaboré en grande partie pour préserver cette liberté, notamment en assurant la protection de la propriété privée.

217. Une fois établi le contrat social, le droit selon Locke, en tant que règle à suivre dans une communauté, « consiste moins à restreindre un agent libre et intelligent qu'à le guider au mieux de ses intérêts et il ne commande qu'en vue du bien commun de ceux qui lui sont soumis »⁵¹⁶, et « quoiqu'on s'y trompe souvent, le droit n'a pas pour fin d'abolir la liberté, ni de l'entraver,

⁵¹³ Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil, op.cit.*, p. 76

⁵¹⁴ *Id.*, p.76-77.

⁵¹⁵ *Id.*, p.146

⁵¹⁶ *Id.*, p.106

mais de la conserver et de l'accroître »⁵¹⁷. La liberté est octroyée spécifiquement à l'individu en société, une liberté toutefois restreinte par rapport à la liberté naturelle de l'homme. Cette forme de liberté signifie donc la capacité « pour chacun de régler et d'ordonner à son idée sa personne, ses actes, ses possessions et tout ce qui lui appartient, dans le cadre des lois auxquelles il est soumis, donc, de ne pas dépendre du vouloir arbitraire d'un autre, mais de suivre librement le sien propre »⁵¹⁸.

218. Une description préliminaire de l'œuvre de Locke met en avant ce que l'on pourrait appeler un « culte de la propriété »⁵¹⁹ du point de vue moderne⁵²⁰. Si certains réformateurs modérés ont adhéré à cette idée, les courants extrêmes ont quant à eux suivi une voie différente, celle tracée par Rousseau⁵²¹.

219. La théorie lockéenne a été considérée comme obsolète après la révolution industrielle. Cet outil d'explication n'est plus adapté dans un environnement où la puissance de la propriété est élargie par les grandes corporations qui ont atteint des tailles bien au-delà de ce qu'avait imaginé Locke⁵²², à l'instar du premier *trust* constitué par Rockefeller.

220. Cependant, l'inapplicabilité de la théorie ne signifie pas sa disparition, car cette croyance est solidement ancrée chez les Américains. C'est une idée internalisée qui se reflète dans tous les domaines, du régime politique au domaine juridique. Sa théorie est une philosophie fondamentale et inhérente à l'essence américaine.

2) La société américaine sous l'influence lockéenne

221. L'influence de Locke se manifeste dans tous les pans de la vie chez les Américains, touchant à la fois les individus et les entreprises (a). Ainsi, sa théorie a servi de fondement et de valeur dans le régime juridique américain (b).

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.646

⁵²⁰ v. également commentaire de Russell

« «Where there is no property, there is no injustice », is a proposition as certain as any demonstration in Euclid: for the idea of property being a right to anything, and the idea to which the name « injustice » is given being the invasion or violation of that right, it is evident that these ideas being thus established, and these names annexed to them, I can as certainly know this proposition to be true as that a triangle has three angles equal to two right ones. Again: « No government allows absolute liberty »: the idea of government being the establishment of society upon certain rules or laws, which require conformity to them; and the idea of absolute liberty being for anyone to do whatever he pleases: I am as capable of being certain of the truth of this proposition as of any in the mathematics. »

Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p. 615-616

⁵²¹ *Ibid.*, p.605

⁵²² *Id.*, p.640

a) L'influence lockéenne sur la valeur américaine

222. Le concept de « *Constitutional liberalism* » a émergé à travers la lentille du libéralisme classique et a été adopté par les pays anglophones, dont les États-Unis. Sur le plan individuel, il englobe la protection des droits fondamentaux contre toute forme de coercition, que ce soit de la part de l'État, de l'église ou de la société⁵²³. Pour définir le rôle du gouvernement, l'influence du libéralisme classique de l'école de Locke et d'Adam Smith a conduit à la priorité donnée à la protection et à la régulation d'un marché libre tout en maintenant la concurrence⁵²⁴. Ces idéologies ont des répercussions à la fois sur les individus et les entreprises.

223. En ce qui concerne les individus, Tocqueville décrit l'influence lockéenne de la manière suivante : « on retrouve donc d'ordinaire l'amour des richesses, comme principal ou accessoire, au fond des actions des Américains »⁵²⁵. Monsieur le Professeur M'Rad perçoit quant à lui l'influence du libéralisme sur les Américains à travers le rêve américain, symbole de l'égalité des chances, où chaque Américain peut profiter « de la liberté qui lui est accordée par les pères fondateurs, aboutit au déclassement des moins entreprenants et des plus faibles au profit de ceux qui ont une meilleure capacité d'adaptation »⁵²⁶. Le libéralisme chez les Américains se présente comme « une philosophie dite individualiste »⁵²⁷. Par la combinaison de ces deux éléments, la liberté et la protection de la propriété forment la valeur fondamentale de l'individu et de la société américaine.

224. Pour les entreprises, le libéralisme lockéen s'est modernisé avec le développement économique et a été revitalisé par le néolibéralisme. L'économiste Milton Friedman, lauréat du Prix Nobel d'économie en 1976, a jeté les bases de sa vision de la gestion d'entreprise, devenue dominante depuis la fin des années 1970. Ses ouvrages, notamment « La liberté du choix » et « Capitalisme et liberté », constituent une défense du libéralisme. Sa théorie économique, élaborée dans la « *Shareholder theory* » et publiée dans le *New York Times* le 13 septembre 1970, a également gagné en importance en tant que politique d'entreprise⁵²⁸. Dans cet article, il a affirmé que « la seule et unique responsabilité sociale de l'entreprise est d'utiliser ses

⁵²³ Zakaria F., « The rise of illiberal democracy », *Foreign Affairs*, vol 76, n°6, novembre/décembre 1997, p.26

⁵²⁴ Vanberg V.V., « Markets and Regulations: On the Contrast Between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism », *Constitutional Political Economy*, n°10, 1999, p.219

⁵²⁵ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I*, op.cit., P.191

⁵²⁶ Hatem M'Rad, *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique*, op.cit., p.59

⁵²⁷ *Id.*, p.21

⁵²⁸ Friedman M., « A Friedman doctrine-- The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *New Yorks Times*, 13 september 1970

ressources et de s'engager dans des activités visant à accroître ses profits »⁵²⁹. Sa conception diffère grandement de la théorie dominante de l'époque, laquelle soutenait que les entreprises devaient avoir une « conscience sociale » et « assumer sérieusement leurs responsabilités en matière de création d'emplois, d'élimination de la discrimination, de prévention de la pollution et d'autres responsabilités qui peuvent être les slogans des réformateurs contemporains »⁵³⁰.

225. La doctrine de Friedman a été largement relayée et diffusée, car elle servait les intérêts des actionnaires des grandes entreprises et qu'elle est apparue au moment opportun pour être entendue⁵³¹. Cependant, ce concept a été dénaturé, ne favorisant que les intérêts d'un petit groupe minoritaire.

226. La politique de la société Boeing, sous l'influence de la doctrine de Friedman, en est un exemple frappant. Dans l'ouvrage de John Newhouse intitulé « *Boeing versus Airbus : The Inside Story of the Greatest International Competition in Business* »⁵³², après la fusion entre Boeing et McDonnell, c'est ce dernier qui a apporté son idéologie de gestion d'entreprise, à savoir la « *Shareholder theory* » en contradiction avec la culture d'entreprise de Boeing à l'époque. Bien que Boeing ait toujours privilégié la recherche et le développement par les ingénieurs et les ouvriers américains, ses priorités ont basculé vers les intérêts des actionnaires sous l'influence de l'équipe McDonnell. Cette équipe a adopté la vision de la gestion d'entreprise de Milton Friedman, privilégiant la recherche de profits par le biais de la sous-traitance mondiale, au détriment de la recherche et du développement aux États-Unis. D'après Monsieur Newhouse, cette approche a marqué les difficultés futures de Boeing et a contribué à la montée en puissance d'Airbus. Entre 2013 et 2019, Boeing a dépensé plus de 43 milliards de dollars pour le rachat de ses propres actions, dont plus de 9 millions en 2017 et 2018⁵³³. Ce mécanisme vise à réduire le nombre d'actions en circulation sur le marché, ce qui entraîne mécaniquement une hausse du prix des actions en bourse. La performance de l'entreprise en

⁵²⁹ *Ibid.*

Texte original: « there is one and only one social responsibility of business—to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception fraud. »

⁵³⁰ *Ibid.*

Texte original: « that business has a « social conscience » and takes seriously its responsibilities for providing employment, eliminating discrimination, avoiding pollution and whatever else may be the catchwords of the contemporary crop of reformers. »

⁵³¹ Lorenzi J-H, « La fin du « consensus de Washington » », *Les Echos*, le 12 février 2020

⁵³² Newhouse J., *Boeing versus Airbus: The Inside Story of the Greatest International Competition in Business*, Random House USA Inc, 2008

⁵³³ Meunier F., « Boeing, trop de distribution, pas assez d'investissement ? », *DFCG*, le 19 août 2019 [en ligne : <https://www.finance-gestion.com/vox-fi/boeing-trop-de-distribution-pas-assez-dinvestissement/>] [consulté le 2 juillet 2020]

bourse est devenue une priorité tant pour les dirigeants que pour les actionnaires, étant donné que leurs revenus sont directement liés à la performance de l'entreprise, mesurée par le cours de l'action cotée en bourse.

227. En effet, depuis la fin des années 1970 et le début des années 1980, le mouvement de déréglementation s'est intensifié aux États-Unis, en particulier à Wall Street, par l'adoption de cinq lois majeures⁵³⁴ : la loi *Depository Institutions Deregulation and Monetary Act* en 1980, la loi *Garn-St-Germain Depository Institutions Act* en 1982, la loi *Competitive Equality Banking Act* en 1987, la loi *Financial Institutions Reform and Recovery Act* en 1989, et la loi *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act* en 1991. De plus, la loi *Glass-Steagall Act* a été abrogée en 1999. À la suite de ces mesures de déréglementation et grâce aux nouveaux instruments financiers développés par Wall Street, des mécanismes tels que les clauses de rémunération, les stock-options et autres méthodes de gestion de la rémunération ont permis que les « grands dirigeants intéressés deviennent des associés de fait »⁵³⁵.

228. Par suite du scandale lié aux crashes de Boeing 737 max, la note de crédit de Boeing a été abaissée de A- à BBB par l'agence de notation S&P⁵³⁶, déclenchant ainsi une profonde réflexion sur les problèmes structurels et fondamentaux au sein de l'entreprise. L'école lockéenne et la théorie de Friedman ont été ébranlées par l'affaire Boeing, qui n'est qu'un exemple parmi d'autres, car les problèmes de surfinancement sont fréquemment constatés au sein des entreprises américaines.

229. La théorie de Friedman est aujourd'hui la cible de nombreuses critiques et constitue un enjeu central au sein des entreprises. Selon Rodrik, professeur à la John F. Kennedy School of Government de l'Université d'Harvard, la « *Shareholder theory* » a « accordé une légitimité au capitalisme débridé »⁵³⁷, ce qui a engendré une insécurité économique, accentué les inégalités, amplifié les disparités régionales et exacerbé le réchauffement climatique. Le Pacte mondiale des Nations Unies, signé par plus de 11 000 entreprises, vise à instaurer le respect des droits de l'homme, des conditions de travail et de l'environnement, ainsi que la lutte contre la corruption.

⁵³⁴ Jeffers E, Pollin J-P., « Déréglementation bancaire des années 1980 et crise financière », *Revue d'Economie Financière*, 2012/1, n°105, p. 103

⁵³⁵ Couret A, Bruslerie H., « Analyse économique de l'appropriation de la richesse dans l'entreprises et évolutions récentes du droit français », *Revue internationale de droit économique*, vol 4, 2004, p. 575

⁵³⁶ Le Figaro avec AFP, « L'agence S&P rétrograde la note de Boeing à BBB », *Le Figaro*, le 17 mars 2020

⁵³⁷ Rodrik D., « Le « bien social » ou l'illusion d'un nouveau capitalisme », *Les Echos*, le 22 octobre 2020

Cependant, selon Rodrik, de telles initiatives et engagements « risquent de mal tourner »⁵³⁸ en « suscitant des espoirs illusoires quant aux effets positifs pour les actionnaires »⁵³⁹.

230. En effet, au sein d'un État, l'interventionnisme et le libéralisme semblent se livrer à une danse incessante, incarnant le dilemme perpétuel entre la souveraineté nationale et les principes libéraux dans le domaine du commerce et de l'investissement international. D'un côté, la première tend à adopter une approche interventionniste, tandis que le second, porté par les entreprises, plaide en faveur d'un cadre juridique propice au libéralisme économique. Dans le contexte de la convention multilatérale en matière d'investissement, la souveraineté d'un État se trouve morcelée et amoindrie par le biais de l'arbitrage dans le règlement des différends. Ce mécanisme instaure un tribunal privé pour des affaires qui ont des implications étatiques, contournant ainsi la juridiction nationales des pays accueillant des investissements étrangers.

b) Le régime juridique américain sous l'influence de Locke

231. La société américaine transpire le libéralisme lockéen. Ce principe a été tellement intégré au pays qu'il a servi de fondement aux régimes politiques et juridiques, tant en droit constitutionnel (i) qu'en matière de droit international élaboré sous l'impulsion des États-Unis (ii). Cependant, cette théorie est aujourd'hui en décalage avec l'économie actuelle.

232. L'historien Harari a dépeint le processus évolutif à travers lequel de simples théories économiques ont évolué pour devenir des valeurs à défendre :

« Le capitalisme fut d'abord une théorie du fonctionnement de l'économie. Cette théorie était à la fois descriptive et prescriptive : elle expliquait les mécanismes monétaires et encourageait l'idée que réinvestir les profits dans la production est la source d'une croissance rapide. Peu à peu, cependant le capitalisme devient bien plus qu'une simple doctrine économique : il comprend désormais une éthique, un ensemble de doctrines sur la façon dont les individus doivent se conduire, éduquer leurs enfants et même penser. Son principal dogme est que la croissance économique est le bien suprême, parce que tout le reste en dépend : la justice, la liberté et même le bonheur »⁵⁴⁰.

i) Droit constitutionnel américain

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité, op.cit.*, p.368

233. La Constitution de Pennsylvanie de 1776 est l'une des premières déclarations établies conformément aux esprits de libéralisme lockéen : « tout membre de la société a le droit d'être protégé dans la jouissance de la vie, de la liberté et de la propriété »⁵⁴¹. Cette déclaration a été reprise en écho dans les constitutions d'autres États tels que le Delaware, le Massachusetts et le New Hampshire. Ainsi, tant l'article VIII de la Constitution de Pennsylvanie⁵⁴² que la Déclaration de Virginie⁵⁴³ ont inclus la protection de la propriété comme un droit inhérent à l'humanité. L'influence de la philosophie de Locke y est évidente. La protection de la propriété est devenue ensuite un principe fondamental des pensées constitutionnelles américaines à l'époque de la révolution dans le pays⁵⁴⁴. Cette pensée héritée du constitutionnalisme anglais et cette vision lockéenne sont donc partagées tant par le juriste américain⁵⁴⁵ que par le philosophe anglais⁵⁴⁶.

234. Au niveau fédéral, James Madison a écrit que les diverses facultés des hommes sont à l'origine du droit de propriété. L'objectif premier du gouvernement est de protéger ces facultés, y compris le droit de propriété⁵⁴⁷. Les États jouent un rôle de gardien immédiat et visible de la protection de la vie et de la propriété⁵⁴⁸. En revanche, le gouvernement fédéral a la

⁵⁴¹ Art.VIII, Pennsylvania Constitution, Declaration of rights, re-imprimé dans *Sources and Documents of United States Constitutions*, édition de Swindler W.F., Oceana Publications, New York, 1973-1979, chapitre 8
Texte original: « every member of society, hath a right to be protected in the enjoyment of life, liberty and property. »

⁵⁴² Art.VIII §1, Pennsylvania Constitution

Texte original: « All men are born equally free and independent, and have certain inherent and indefeasible rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty, of acquiring, possessing and protecting property and reputation, and of pursuing their own happiness. »

⁵⁴³ Article 49, Virginia Declaration of Rights, re-imprimé dans *Sources and Documents of United States Constitutions*, édition de Swindler W.F., Oceana Publications, New York, 1973-1979, chapitre 10

Texte original: « That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their prosperity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. »

⁵⁴⁴ Heyman S.J., « The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment », *Duke Law Journal*, vol. 41, n° 3, 1991, pp. 511-512

⁵⁴⁵ *Id.*, p.512

⁵⁴⁶ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.605

⁵⁴⁷ Hamilton A., Madison J. et Jay J., *The Federalist*, n°10

Texte original : « The diversity in the faculties of men, from which the rights of property originate, is not less an insuperable obstacle to a uniformity of interests. The protection of these faculties is the first object of government. »

⁵⁴⁸ Hamilton A., Madison J. et Jay J., *The Federalist*, n°17

Texte original: «There is one transcendent advantage belonging to the province of the State governments, which alone suffices to place the matter in a clear and satisfactory light,--I mean the ordinary administration of criminal and civil justice. This, of all others, is the most powerful, most universal, and most attractive source of popular obedience and attachment. It is that which, being the immediate and visible guardian of life and property, having its benefits and its terrors in constant activity before the public eye, regulating all those personal interests and familiar concerns to which the sensibility of individuals is more immediately awake, contributes, more than any other circumstance, to impressing upon the minds of the people, affection, esteem, and reverence towards the government. »

responsabilité de les protéger contre l'invasion du pays en vertu de l'article IV, § 4 de la Constitution des États-Unis, ce qui équivaut à une protection étendue de la propriété contre les intrusions étrangères. Ainsi, les fonctions de protection immédiate de la propriété individuelle et de la protection plus générale de l'intégralité du pays contre l'invasion ont été séparées en deux niveaux, entre les États et le gouvernement fédéral⁵⁴⁹.

235. Au niveau judiciaire, cette théorie s'est traduite par une protection renforcée de la propriété privée en droit américain⁵⁵⁰, résultant des positions adoptées par la Cour Suprême des États-Unis au XIXe et au début du XXe siècle⁵⁵¹.

ii) Droit international

236. En matière d'investissements étrangers, la prédominance de la théorie lockéenne a conduit à préconiser l'autonomie économique, en évitant toute intervention gouvernementale dans l'économie. Aux États-Unis, cette position a prévalu sur le plan national, mais elle est également devenue l'étendard de l'ambition du pays, se transformant en norme à appliquer dans tous les autres États. La conclusion du GATT puis la négociation des conventions internationales ont permis de poser les premiers jalons de ce libéralisme.

237. La théorie lockéenne confère une ample protection à la propriété, englobant le droit à la libre circulation des biens et du capital, ainsi que l'autonomie économique. Cette dernière est une valeur centrale du libéralisme économique, profondément ancrée aux États-Unis⁵⁵². L'autonomie économique, loin d'être une idée nouvelle, trouve ses origines dans la théorie d'Adam Smith. Elle met en avant l'importance du marché libre pour favoriser la concurrence, maximiser la productivité et encourager le développement économique. Les États-Unis prônent la minimisation de l'intervention étatique, permettant ainsi à la « main invisible » de guider les décisions en matière de production, d'investissement, et de déterminer quoi, quand et où investir. Par conséquent, les subventions et aides accordées dans certaines industries par d'autres pays sont perçues comme particulièrement injustes envers les entreprises américaines qui ne bénéficient pas de tels avantages. Les États-Unis estiment que si les industries sont subventionnées, cela signifie que les autres pays n'ont pas réussi à garantir cette autonomie

⁵⁴⁹ Heyman S.J., « The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment », *op.cit.*, p.525

⁵⁵⁰ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, *op.cit.*, p.50

⁵⁵¹ v. Corwin E.S., *Liberty against Government*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1948, p.47; Haines C.G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley, University of California Press, 1932, p. 216-217; Hamilton W.H., « Property – According to Locke », *Yale Law Journal*, vol.41, n°6, 1932, p. 873 – 874

⁵⁵² Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p.80

économique dans leur économie intérieure⁵⁵³. Cependant, cette position de non-ingérence entre en totale contradiction avec la loi *Inflation Reduction Act* promulguée en 2022 par les États-Unis, mettant en évidence le « double langage »⁵⁵⁴ de leurs politiques. En vertu de cette loi, des subventions sont prévues, mais elles ne seront attribuées qu'aux produits fabriqués aux États-Unis⁵⁵⁵. Cette législation a suscité des inquiétudes quant à un retrait massif des investissements américains réalisés en Europe⁵⁵⁶.

238. La garantie de l'autonomie économique est considérée comme une priorité dans la politique étrangère des États-Unis à l'échelle internationale⁵⁵⁷. La transcription de l'autonomie économique en droit international s'est réalisée de manière explicite dans les rapports qui servent à déterminer l'orientation stratégique de l'État et sa traduction législative, notamment dans le document intitulé « *A National Security Strategy For A New Century* »⁵⁵⁸. Ce rapport, publié sous la présidence de Clinton en 1998, incarne les ambitions américaines exprimées par le président Clinton, qui énonce plusieurs objectifs à atteindre par les États. Il appelle à l'OMC à diminuer ou éliminer les barrières du commerce international, à promouvoir un système commercial mondial plus ouvert, à rendre publiques les audiences de règlement des différends, et à utiliser un processus de négociation commerciale accéléré pour développer un système de commerce ouvert⁵⁵⁹. Ces actions visent à renforcer la position des États-Unis en tant que leader au sein de l'OMC. Le rapport souligne que la prospérité nécessite également un leadership dans les institutions internationales de développement, financières et commerciales⁵⁶⁰. Les États-Unis sont appelés à adopter une posture centrale dans un ensemble de relations commerciales,

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, traduit par Jean-Luc Fidel et Geneviève Joubain, Patrice Jorland, Jean-Jacques Pédussaud, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p.267

⁵⁵⁵ Amsili S., « Qu'est-ce que l'« Inflation Reduction Act » qui inquiète tant les Européens ? », *Les Echos*, le 29 novembre 2022

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ Selon le site officiel des États-Unis, la stratégie de sécurité nationale (« NSS » en anglais) est un rapport obligatoire prévu par l'article 603 de la loi de 1986 sur la réorganisation du ministère de la Défense de Goldwater-Nichols. Le NSS est transmis par le Président au Congrès dans le but de communiquer la vision de la sécurité nationale du pouvoir exécutif au pouvoir législatif. Ce type de rapport comprend généralement des discussions sur les intérêts internationaux, les engagements, les objectifs et les politiques des États-Unis, ainsi que sur les capacités de défense nécessaires pour dissuader les menaces et mettre en œuvre les plans de sécurité américains. Le rapport de 1998, intitulé « *A National Security Strategy For A New Century* » et rédigé sous l'administration Clinton, est généralement considéré comme l'un des rapports stratégiques les mieux rédigés à une époque où la puissance des États-Unis était à son apogée.

⁵⁵⁹ *A National Security Strategy for A New Century*, p.30-31

⁵⁶⁰ Texte original: « Prosperity also demands our leadership in international development, financial and trade institutions. »

incluant l'OMC, l'APEC, le marché transatlantique et la Zone de libre-échange des Amériques (FTAA)⁵⁶¹.

239. Le GATT en est la parfaite illustration selon Monsieur le Professeur Sarooshi. Il conclut que les États-Unis s'efforcent en grande partie de maintenir ce type d'autonomie, afin de projeter à l'international la valeur de l'autonomie économique des entreprises⁵⁶², et que « les États-Unis ont cherché à utiliser d'abord le GATT et maintenant l'OMC pour exiger des autres États qu'ils modifient leurs accords commerciaux internationaux et plus particulièrement leurs régimes commerciaux nationaux »⁵⁶³. Les communications des États-Unis dans le cadre de groupes de négociation sur les règles⁵⁶⁴ illustrent également ce parti pris. Les décideurs

Les sept propositions du président Clinton mentionnées dans le rapport :

- First, that the WTO make further efforts to eliminate trade barriers and pursue a more open global trading system in order to spur economic growth, better jobs, higher incomes, and the free flow of ideas, information and people.
- Second, that the WTO provide a forum where business, labor, environmental and consumer groups can provide regular input to help guide further evolution of the WTO. The trading system we build for the 21st century must ensure that economic competition does not threaten the livelihood, health and safety of ordinary families by eroding environmental and consumer protection or labor standards.
- Third, that a high-level meeting of trade and environmental officials be convened to provide direction for WTO environmental efforts, and that the WTO and the International Labor Organization commit to work together to ensure that open trade raises the standard of living for workers and respects core labor standards.
- Fourth, that the WTO open its doors to the scrutiny and participation of the public by taking every feasible step to bring openness and accountability to its operations, such as by opening its dispute settlement hearings to the public and making the briefs for those hearings publicly available.
- Fifth, that the nations of the world join the United States in not imposing any tariffs on electronic commercial transmissions sent across national borders. The revolution in information technology represented by the Internet is the greatest force for prosperity in our lifetimes; we cannot allow discriminatory barriers to stunt the development of this promising new economic opportunity. An electronic commerce work program was agreed to at the May 1998 WTO Ministerial. It will be reviewed at the 1999 ministerial meeting.
- Sixth, that all WTO members make government purchases through open and fair bidding and adopt the OECD antibribery convention. Prosperity depends upon government practices that are based upon the rule of law rather than bureaucratic caprice, cronyism or corruption.
- Seventh, that the WTO explore a faster trade negotiating process and develop an open trading system that can change as fast as the global marketplace. Positive steps include annual tariff and subsidy reductions in agriculture, greater openness and competition in the services sector, further tariff reductions in the industrial sector, and stronger intellectual property protection.

⁵⁶¹ A National Security Strategy for A New Century, p.29

Texte original: «We will position ourselves at the center of a constellation of trade relationships – such as the World Trade Organisation, APEC, the Transatlantic Marketplace and the Free Trade Area of the Americas (FTAA).»

⁵⁶² Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, op.cit., p. 81

Texte original: « US strives to maintain to a considerable degree this type of autonomy is precisely to ensure that it can project internationally its value of corporate economic autonomy. »

⁵⁶³ *Ibid.*

Texte original: « US has sought to use first the GATT and now the WTO to require other States to change their international trade arrangements and more specifically their domestic trading regimes. »

⁵⁶⁴ WTO, Subsidies disciplines requiring clarification and improvement, Negotiating Group on Rules, Communication from the United States, TN/RL/W/78, p.3

« In our Basic Concepts and Principles paper, we discuss the importance of addressing those national government distortive subsidies « that are so entrenched or disguised within countries political and economic systems that it

politiques américains cherchent ainsi à établir des normes internationales pour déterminer si les gouvernements pourront investir ou non dans les entreprises du secteur privé, et dans l'affirmative, sous quelles conditions et dans quelles circonstances⁵⁶⁵. Ainsi si une entreprise n'est pas en mesure de générer un rendement sur les marchés boursiers, le gouvernement aurait trop accordé d'aides et perturbé la concurrence du marché⁵⁶⁶. En effet, le marché doit jouer le rôle de régulateur.

240. Les États-Unis cherchent à établir et à imposer le concept de l'autonomie économique à tous les pays, tout en réprimant toute forme d'actes de souveraineté ayant un impact négatif sur le libre marché. Dans le cadre du GATT, les États-Unis ont rédigé la version intégrale du traité, et les clauses ont été approuvées par les parties contractantes avec peu de modifications⁵⁶⁷. Cependant, depuis le « *Dillon Round* » où la CEE a été impliquée en tant qu'entité unique pour représenter ses États membres, la situation a évolué. De même, avec la décolonisation, de plus en plus de pays indépendants ont participé aux nouveaux cycles de négociation de l'OMC. Ces nouveaux États s'opposent désormais au monopole des États-Unis dans la création des normes du droit international, privilégiant plutôt des traités commerciaux bilatéraux selon leur propre modèle⁵⁶⁸.

241. À l'échelle internationale, les États-Unis ont défendu et inscrit la notion d'autonomie économique dans les normes internationales, tandis qu'à l'échelle nationale, cette notion bénéficie également d'une protection contraignante, forçant ainsi d'autres pays à la respecter⁵⁶⁹. L'article 262 de la loi *Trade Expansion Act* de 1962 accorde au président des États-Unis le pouvoir de prendre des mesures de représailles à l'encontre de gouvernements étrangers qui

will take some time to identify and implement the appropriate multilateral disciplines necessary to root all of them out ». Many of these distortive practices take the form of indirect subsidies to specific companies or industries in which governments act through government-owned, government-controlled or government-directed private entities to provide financial support to companies, which would either not be available from the private sector or would not be available on the same terms. »

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p.4

« Under the existing terms of the Subsidies Agreement, the government provision of equity capital to a specific company or industry does not confer a benefit unless the investment decision can be regarded as inconsistent with the usual investment practice of private investors. While this standard needs clarification, the more fundamental issue is: should governments be investing in private sector companies and if so, under what circumstances? »

⁵⁶⁶ *Ibid.*

Texte original: « If the equity markets determine that a company will not generate a market return, the actions of any government which determines otherwise should be subject to strengthened disciplines. »

⁵⁶⁷ Beane D., *The United States and GATT: A Relational Study*, *op.cit.*, p. 192

⁵⁶⁸ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p. 92

⁵⁶⁹ 张军旗(Zhang J.), « 301 条款、301 调查及关税措施在 WTO 下的合法性问题探析 », 国际法研究, n°4, 2021, p.45 (« Analyse de la légalité des enquêtes sur l'article 301 et des mesures douanières en vertu du droit de l'OMC : du point de vue de « l'affaire des mesures tarifaires des États-Unis » dans la guerre commerciale sino-américaine », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2021, p. 45)

nouriraient aux entreprises américaines⁵⁷⁰. Ensuite, l'article 301 de la loi *Trade Act* de 1974 établit une procédure d'assistance directe aux entreprises américaines victimes de pratiques jugées « non-raisonnables » et « injustifiables » par des gouvernements étrangers⁵⁷¹. Actuellement, l'article 301 (« *section 301* » en anglais) demeure en vigueur, autorisant notamment l'imposition de tarifs douaniers additionnels sur les produits chinois⁵⁷². L'enquête menée conformément à l'article 301 est diligentée par le représentant commercial et sa procédure est moins contraignante qu'une procédure judiciaire⁵⁷³, n'exigeant pas que chaque élément de preuve présenté fasse l'objet d'une contre-expertise⁵⁷⁴. L'initiative pour lancer l'enquête, tout comme la procédure elle-même et le pouvoir discrétionnaire, relèvent exclusivement du représentant commercial⁵⁷⁵. En pratique, l'enquête menée en vertu de l'article 301 a un effet dissuasif⁵⁷⁶, les juristes chinois considèrent ce mécanisme comme un outil offensif de la politique commerciale unilatéraliste⁵⁷⁷.

242. Malgré la prépondérance des États-Unis dans l'établissement des règles du commerce international, leur politique et leur soutien envers l'OMC demeurent volatils. Promue sous les présidences Reagan et Clinton, l'OMC revêt une importance cruciale dans la réalisation de la mondialisation conformément au modèle néolibéral. Cependant, les oppositions à l'OMC subsistent, émanant notamment du Congrès lors de tentatives de retrait, chaque fois qu'une décision de l'ORD contrevient aux intérêts américains. En 2000, l'exonération fiscale accordée par les États-Unis aux « sociétés de vente à l'étranger » (« *Foreign Sales Corporation* », ou

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ *Ibid.*

Cela a conduit à la demande d'examen par la CE de la comptabilité des dispositions de la section 301 à la section 310 de la loi *Trade Act* susmentionnée en 1998.

v. *WT/DS152 : États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*

Cependant, le rapport émis par le groupe spécial en décembre 1999, ultérieurement adopté par l'ORD en janvier 2000, a conclu que « les dispositions de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis n'étaient pas incompatibles avec les dispositions du Mémorandum d'accord, ni avec aucune des dispositions du GATT de 1994 citées ». En effet, la décision du groupe spécial a été prise en considération de l'engagement des États-Unis, selon lequel toute détermination au titre de l'article 301, indiquant une violation ou un déni des droits des États-Unis, serait fondée uniquement sur une décision d'un groupe spécial ou d'un organe d'appel adoptée par l'ORD.

v. *WT/DS152 : États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, paragr. 7.9

⁵⁷² Maberry J. S., Mays L.C., Wang J., « China Tariffs: USTR Requests Comments for Review of Section 301 Tariffs », *Lexology*, le 17 octobre 2022 [en ligne: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7ce5aeaf-19b7-483f-b61d-4eaebfd6f75f>] [consulté le 11 décembre 2022]

⁵⁷³ 张军旗(Zhang J.), « 301 条款、301 调查及关税措施在 WTO 下的合法性问题探析 », *op.cit.*, p.46 (« Analyse de la légalité des enquêtes sur l'article 301 et des mesures douanières en vertu du droit de l'OMC : du point de vue de « l'affaire des mesures tarifaires des États-Unis » dans la guerre commerciale sino-américaine », *op.cit.*, p. 46)

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ *Ibid.*

FSC) pour la vente de produits américains à l'exportation par des sociétés non-américaines violait l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires ainsi que l'accord sur l'agriculture dans le cadre du GATT de 1994⁵⁷⁸. Cette mesure a suscité de vives protestations du syndicat du travail et des organisations environnementales aux États-Unis⁵⁷⁹. Ensuite, le Congrès a mandaté le *General Accounting Office* (ci-après GAO) pour examiner l'impact du mécanisme de règlement des différends de l'OMC sur les États-Unis, afin d'évaluer si la participation et le soutien des États-Unis au GATT sont en accord avec les intérêts nationaux américains. Le rapport du 14 juin 2000 du GAO a constaté que les États-Unis, en tant que demandeur, avaient perdu deux cas sur vingt-cinq⁵⁸⁰. En tant que défendeur, ils avaient perdu un cas sans décision favorable pour dix cas⁵⁸¹. Le GAO a ainsi conclu que les États-Unis ont remporté plus de cas qu'ils n'en ont perdus dans le système de règlement des différends de l'OMC. Il souligne que les affaires traitées par l'OMC ont entraîné d'importants changements dans les pratiques commerciales à l'étranger⁵⁸², tandis que leur impact sur les lois et réglementations américaines a été minime⁵⁸³. Plus spécifiquement, « dans environ trois quarts des vingt-cinq affaires déposées par les États-Unis, d'autres membres de l'OMC ont accepté de modifier leurs pratiques⁵⁸⁴, offrant dans certains cas des avantages commerciaux aux États-Unis »⁵⁸⁵. En se basant sur ces conclusions, la Chambre des représentants a rejeté une résolution visant le retrait des États-Unis de l'OMC par un vote de 363 voix contre 56⁵⁸⁶.

243. En résumé, tant au niveau législatif qu'au niveau exécutif, la protection et la promotion de l'autonomie économique restent la valeur essentielle et prioritaire pour les États-Unis. La

⁵⁷⁸ Murphy S., « Contemporary practice of the United States relating to international law », *AJIL*, vol 3, 2000, p. 531

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 697

⁵⁸⁰ Report of the US General Accounting Office, *World Trade Organizations: U.S. Experience to Date in Dispute Settlement System*, 14 juin 2000, cité dans Murphy S., « Contemporary practice of the United States relating to international law », *op.cit.*, p. 698

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² *Ibid.*

Par exemple, le Japon a accéléré l'élimination des tarifs douaniers en réponse à la décision de l'OMC de 1998 concernant la taxe sur l'alcool. En conséquence, les exportations de whisky vers le Japon ont augmenté de 18 %, atteignant 10 millions de dollars l'année suivante.

⁵⁸³ *Ibid.*

Texte original: « WTO cases have resulted in a substantial number of changes in foreign trade practices, while their effect on U.S. laws and regulations has been minimal. »

⁵⁸⁴ *Ibid.*

Les États-Unis ont réussi à prendre des mesures pour se conformer aux règles de l'OMC tout en maintenant des tarifs douaniers sur les importations de semi-conducteurs en provenance de Corée.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

Texte original: « in about three-quarters of the 25 cases filed by the United States, other WTO members agreed to change their practices, in some instances offering commercial benefits to the United States. »

⁵⁸⁶ *Ibid.*

théorie lockéenne est a priori dépassée d'un point de vue économique. Toutefois, ses variants ainsi que le néolibéralisme, son successeur, continuent de servir de base et d'enjeu pour la société américaine et sont également traduits en droit international.

B. La liberté selon Rousseau en France

244. Depuis le XVIIIe siècle, la France et les États-Unis ont suivi des interprétations divergentes du libéralisme⁵⁸⁷. Alors que les États-Unis luttent contre le communisme pendant la période du Maccarthysme, la France demeure ouverte aux idées socialistes⁵⁸⁸. Ces phénomènes mettent en lumière des conceptions très différentes de la liberté entre les deux pays.

245. Bodenheimer, professeur en philosophie du droit, est d'avis que l'influence de Rousseau a pesé sur la doctrine politique de la Révolution française. De la même manière, l'ancien Secrétaire d'État des États-Unis, Henry Kissinger, a qualifié Rousseau de « parrain intellectuel de la Révolution »⁵⁸⁹. Le concept de Rousseau de la « volonté générale » a significativement marqué la structure constitutionnelle de la République française au cours du XIXe siècle et de la première moitié du XXe siècle⁵⁹⁰. Tout comme John Locke chez les Anglais et les Américains, Rousseau a laissé une empreinte pérenne chez les Français. L'interprétation française de la liberté diffère donc de la doctrine américaine (1), entraînant ainsi une tentative de dé-américanisation par le biais de la souveraineté de l'État (2).

1) L'égalité en guise de liberté

246. Dans son ouvrage « Du contrat social », Rousseau évoque fréquemment la liberté, mais en réalité, ses objectifs visent à établir l'égalité. D'après le philosophe anglais Russell, « [l]a liberté est le but nominal de la pensée de Rousseau, mais en réalité c'est l'égalité qu'il valorise et cherche à garantir, même au détriment de la liberté »⁵⁹¹.

247. Une brève anecdote peut bien illustrer le contexte de ce commentaire. En effet, lorsqu'en son temps Rousseau présenta son discours sur l'inégalité devant les autorités de la ville de Genève, celles-ci n'avaient nullement l'intention d'être assimilées à un statut équivalent à celui

⁵⁸⁷ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », *op.cit.*, p. 75

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ Kissinger H., *L'ordre du monde*, traduit en français par Odile Demange, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 2014, p.47

⁵⁹⁰ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, *op.cit.*, p.56

⁵⁹¹ Russell B., *A History of Western Philosophy*, *op.cit.*, p.695

Texte original: « Liberty is the nominal goal of Rousseau's thought, but in fact it is equality that he values, and that he seeks to secure even at the expense of liberty. »

des citoyens ordinaires⁵⁹². Selon le Professeur Maine, « dans toutes les spéculations de Rousseau, la figure centrale, qu'elle revête une robe à l'anglaise en tant que signataire d'un pacte social, ou qu'elle soit simplement dénudée de toutes qualités historiques, est uniformément l'homme, dans un état supposé de nature »⁵⁹³. Plus précisément, il s'agit de l'égalité absolue de chaque être humain dans un état de nature. Le régime politique ne devrait pas sous le contrôle de la classe aristocratique au nom du peuple, et leur voix ne devrait pas avoir plus de poids qu'une voix de citoyen ordinaire. Les notions de liberté et d'indépendance évoquées par Rousseau visent à concrétiser l'égalité et la volonté générale⁵⁹⁴.

248. La théorie de Rousseau semble pencher davantage vers le collectivisme, tandis que celle de Locke adopte une approche plus individualiste. Cela ne signifie pas que l'individualisme soit absent en France, mais il semble jouer un rôle plus secondaire en comparaison de l'importance accordée à l'égalité. Ainsi, Vedel commente : « [l']individualiste est l'une des marques grâce auxquelles la Révolution française a érigé les principes de la démocratie occidentale. L'individualisme signifiait que la nation est composée d'individus égaux. Les individus ont des droits qui existaient avant l'existence même de l'État »⁵⁹⁵, et il ajoute que « [l']a protection des droits individuels est le but de l'établissement de l'État »⁵⁹⁶.

⁵⁹² Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.689

v. également commentaire de Tocqueville, Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I, op.cit.*, p.96 « Chez la plupart des nations modernes, et en particulier chez tous les peuples du continent de l'Europe, le goût et l'idée de la liberté n'ont commencé à naître et à se développer qu'au moment où les conditions commençaient à s'égaliser, et comme conséquence de cette égalité même. Ce sont les rois absolus qui ont le plus travaillé à niveler les rangs parmi leurs sujets. Chez ces peuples, l'égalité a précédé la liberté ; l'égalité était donc un fait ancien, lorsque la liberté était encore une chose nouvelle ; l'une avait déjà créé des opinions, des usages, des lois qui lui étaient propres, lorsque l'autre se produisait seule, et pour la première fois, au grand jour. Ainsi, la seconde n'était encore que dans les idées et dans les goûts, tandis que la première avait déjà pénétré dans les habitudes, s'était emparée des mœurs, et avait donné un tour particulier aux moindres actions de la vie. Comment s'étonner si les hommes de nos jours préfèrent l'une à l'autre ? »

⁵⁹³ Maine, H S., *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas, op.cit.*, p. 88

Texte original: « in all the speculations of Rousseau, the central figure, whether arrayed in an English dress as the signatory of a social compact, or simply stripped naked of all historical qualities, is uniformly Man, in a supposed state of nature. »

⁵⁹⁴ Rousseau J-J., *Du contrat social-Principes du droit politique*, Bordas, Paris, 1985, commentaire J.Marie Fataud et M.-C. Bartholy, p.79

« Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre ; car telle est la condition qui donnant chaque citoyen à la Patrie le garantit de toute dépendance personnelle, condition qui fait l'artifice et le jeu de la machine politique, et qui seule rend légitimes les engagements civils, lesquels, sans cela, seraient absurdes, tyranniques, et sujets aux plus énormes abus. »

⁵⁹⁵ Vedel G., *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p.177

⁵⁹⁶ M'Rad H., *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique, op.cit.*, p.21

249. Dans sa théorie de la liberté, Locke considérait que les intérêts privés et publics convergent à long terme, même si cet objectif n'est pas toujours atteint à court terme⁵⁹⁷. Le bien commun est réalisé par les actions individuelles menées librement et séparément, et il tend vers le bien-être de tous à long terme⁵⁹⁸. Aux États-Unis, le gouvernement est perçu comme un remède aux inconvénients survenant dans l'état de nature, et l'intervention gouvernementale devrait être limitée. Un gouvernement de petite taille est préféré. En revanche, Rousseau, dans sa théorie de la volonté générale⁵⁹⁹, affirme que « chacun se donnant à tous ne se donne à personne »⁶⁰⁰, et que « [c]hacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale »⁶⁰¹. Dans ce contexte, « on n'acquiert le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a »⁶⁰².

250. Russell a relevé que la théorie de Rousseau peut sembler similaire à celle de Locke à première vue. Cependant, en réalité, elle se rapproche davantage de celle de Hobbes⁶⁰³. Selon cette théorie de la volonté générale, les individus ne peuvent plus maintenir leur indépendance primitive, comme dans un état de nature⁶⁰⁴. Ainsi, la préservation de l'individu ne peut être réalisée qu'à travers la société. Kissinger a également souligné que les revendications des révolutionnaires français ont renforcé le caractère collectiviste de la théorie de Rousseau en « investissant l'autorité dans une abstraction »⁶⁰⁵, plus précisément, non pas dans des individus,

⁵⁹⁷ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.615

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Rousseau J.-J., *Du contrat social-Principes du droit politique, op.cit.* p.96

« Si l'État ou la Cité n'est qu'une personne morale dont la vie consiste dans l'union de ses membres, et si le plus important de ses soins est celui de sa propre conservation, il lui faut une force universelle et compulsive pour mouvoir et disposer chaque partie de la manière la plus convenable au tout. Comme la nature donne à chaque homme un pouvoir absolu sur tous ses membres, le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens, et c'est ce même pouvoir qui, dirigé par la volonté générale, porte, comme j'ai dit, le nom de souveraineté »

v. également, p.97

« Ce qui prouve que l'égalité de droit et la notion de justice qu'elle produit dérivent de la préférence que chacun se donne et par conséquent de la nature de l'homme, que la volonté générale pour être vraiment telle doit l'être dans son objet ainsi que dans son essence, qu'elle doit partir de tous pour s'appliquer à tous, et qu'elle perd sa rectitude naturelle lorsqu'elle tend à quelque objet individuel et déterminé ; parce qu'alors jugeant de ce qui nous est étranger nous n'avons aucun vrai principe d'équité qui nous guide. »

⁶⁰⁰ *Id.*, p.76

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Russell B., *A History of Western Philosophy, op.cit.*, p.695

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Kissinger H., *L'ordre du monde, op.cit.*, p.47

mais dans des peuples entiers, des « entités indivisibles exigeant une uniformité de pensée et d'action »⁶⁰⁶.

251. Tocqueville, dans son œuvre « De la démocratie en Amérique », a relevé que le collectivisme et la notion de volonté générale en France se manifestent principalement sous forme de centralisation, tandis que la liberté lockéenne aux États-Unis implique la participation des citoyens à l'autogouvernance, notamment au niveau du comté. Les comparaisons entre les systèmes américain et français se concentrent sur les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, qui sont centralisés en France et décentralisés aux États-Unis. Les Américains sont bien informés de leurs droits, que ce soit au niveau des comtés ou au niveau fédéral. En France, au contraire, l'administration centralisée prévaut⁶⁰⁷. Dans ce contexte, l'individualiste français diffère légèrement de l'individualiste américain. L'individualiste français met l'accent sur l'égalité et considère que chacun a le même poids, qu'il soit un citoyen ordinaire ou une personne d'importance. En revanche, l'individualiste américain met l'accent sur la liberté et l'indépendance.

252. De cette approche différente, naît aussi la différence relative au pouvoir des parlements chez les Anglais et les Français. Tocqueville montre qu'en France, « la constitution est une œuvre immuable ou censée telle »⁶⁰⁸ et qu'« aucun pouvoir ne saurait y rien changer : telle est la théorie reçue »⁶⁰⁹. Cependant, il a observé qu'en Angleterre, « on reconnaît au parlement le droit de modifier la constitution »⁶¹⁰, « la constitution peut donc changer sans cesse »⁶¹¹, voire n'existe pas en tant que document figé. Le parlement, en plus de son rôle législatif, joue un rôle constituant. De Lolme, dans son ouvrage « Constitution de l'Angleterre », souligne que chez les avocats anglais, il est un principe fondamental : « le parlement peut tout faire, sauf faire d'une femme un homme ou d'un homme une femme »⁶¹². Blackstone, un jurisconsulte britannique, abonde que « la puissance et la juridiction du parlement sont si étendues et si

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I, op.cit.*, p.79

« Dans la révolution française, deux mouvements en sens contraire qu'il ne faut pas confondre : l'un favorable à la liberté, l'autre favorable au despotisme. Lorsque vous les voyez défendre la centralisation administrative, vous croyez qu'ils travaillent en faveur du despotisme ? Nullement, ils défendent une des grandes conquêtes de la Révolution »

⁶⁰⁸ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome II, op.cit.*, p.82

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² De Lolme, *The Constitution of England*, Amsterdam, 1771, Livre I, chapitre X, cité dans Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome II, op.cit.*, p.326

Texte original: « It is a fundamental principle with the English lawyers, that parliament can do everything, except making a women a man or a man a woman. »

absolues, ..., qu'aucunes limites ne peuvent lui être assignées »⁶¹³. Cette conception du pouvoir parlementaire reste prédominante en Angleterre à ce jour : « il confie l'application des droits naturels de l'homme à la sagesse d'une majorité parlementaire, dans l'espoir que les commandements de la raison et de la justice agissent comme des restrictions morales à la toute-puissance du pouvoir législatif »⁶¹⁴. Locke avait proclamé que « [l]a liberté de l'homme en société consiste à ne relever d'aucun autre pouvoir législatif, que celui qui a été établi dans la République d'un commun accord et à ne subir l'empire d'aucune volonté, ni la contrainte d'aucune loi, hormis celles qu'institue le législatif, conformément à la mission dont il est chargé »⁶¹⁵. Il a également souligné que « la liberté des hommes soumis à un gouvernement consiste à posséder une règle permanente à laquelle se conformer, une règle commune à tous les membres de la société et instituée par le pouvoir législatif qui s'y trouve établi »⁶¹⁶.

253. Ainsi, de nombreux pays occidentaux oscillent entre l'égalité de voix de chaque citoyen et la volonté générale en tant que base du contrat social chez les Français, d'une part, et la liberté et l'indépendance chez les Anglais et les Américains, d'autre part.

2) Une approche de dé-américanisation par le biais de la souveraineté de l'État

254. Les analyses de la stratégie de politique étrangère de la France par rapport à celle des États-Unis sont peu nombreuses. Afin de mieux comprendre la politique française en matière d'investissements étrangers, nous exposerons une analyse succincte sur le choix stratégique de la France en matière économique. Nous examinerons comment la dé-américanisation en France

⁶¹³ Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England, op.cit.*, Livre I, Chapitre II, section 222

Texte original: « The power and jurisdiction of parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. »

v. également une analyse de Blackstone : « And of this high court he adds, it may be truly said « si antiquitatem spectes, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima. » It hath sovereign and uncontrolable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. All mischiefs and grievances, operations and remedies, that transcend the ordinary course of the laws, are within the reach of this extraordinary tribunal. It can regulate or new model the succession to the crown; as was done in the reign of Henry VIII and William III. It can alter the established religion of the land; as was done in a variety of instances, in the reigns of king Henry VIII and his three children. It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. »

⁶¹⁴ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p.57

Texte original: « it entrusts the enforcement of man's natural rights to the wisdom of a parliamentary majority, in the expectation that the commands of reason and justice will act as moral restraints on the omnipotence of the legislature »

⁶¹⁵ Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil, op.cit.*, p.87

⁶¹⁶ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome II, op.cit.*, P.87-88

se manifeste par une présence accrue de la souveraineté de l'État a). En outre, la constitution de la Communauté européenne, dans laquelle la France défend ses propres valeurs, illustre également cette tendance à la dé-américanisation b).

a) L'étatisme

255. La France, sous l'influence de la théorie de la volonté générale, a vu la présence de la souveraineté de l'État dans sa vie publique accroître, phénomène souvent désigné sous le terme d'« étatisme »⁶¹⁷. Il existe beaucoup de critiques concernant cette tendance à l'étatisme français, décrit par l'économiste Cécile Philippe comme « une croissance ininterrompue de la sphère publique »⁶¹⁸. De nombreux domaines, tels que la santé, le chômage, la culture, voire même l'industrie et la technologie, connaissent une intervention importante de l'État, avec une présence limitée de la concurrence. Ainsi, la France résiste à sa manière au libéralisme américain.

256. La comparaison historique détaillée de Tocqueville énonce déjà la centralisation de la France et l'autogouvernance aux États-Unis. La politique de centralisation appliquée en France trouve son origine dans l'influence de la doctrine de la raison d'État⁶¹⁹. Tocqueville observe qu'« [i]l n'est pas juste de dire que la centralisation soit née de la révolution française ; la révolution française l'a perfectionnée, mais ne l'a point créée »⁶²⁰. Ainsi, « le goût de la centralisation et la manie réglementaire remontent, en France, à l'époque où les légistes sont entrés dans le gouvernement ; ce qui nous reporte au temps de Philippe le Bel »⁶²¹.

⁶¹⁷ Phillippe C., « La France, ultralibérale ou ultraétatiste », *Le Firago*, le 4 novembre 2014 ; v. également Kissinger H., *Diplomatie*, traduit en français par Marie-France de Paloméra, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 1996, p.47-66

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p.34-35

⁶²⁰ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I, op.cit.*, p. 324

⁶²¹ *Ibid.*

v. également le paragraphe suivant « Depuis lors, ces deux choses n'ont jamais cessé de croître. Voici ce que M. de Malesherbes, parlant au nom de la cour des aides, disait au roi Louis XVI en 1775 : « ... Il restait à chaque corps, à chaque communauté de citoyens le droit d'administrer ses propres affaires ; droit que nous ne disons pas qui fasse partie de la constitution primitive du royaume, car le droit de la raison. Cependant il a été enlevé à vos sujets, sire, et nous ne craignons pas de dire que l'administration est tombée à cet égard dans des excès qu'on peut nommer puérils. Depuis que des ministres puissants se sont fait un principe politique de ne point laisser convoquer d'assemblée nationale, on en est venu de conséquences en conséquences jusqu'à déclarer nulles les délibérations des habitants d'un village quand elles ne sont pas autorisées par un intendant ; en sorte que, si cette communauté a une dépense à faire, il faut prendre l'attache du subdélégué de l'intendant, par conséquent suivre le plan qu'il a adopté, employer des ouvriers qu'il favorise, les payer suivant son arbitraire ; et si la communauté a un procès à soutenir, il faut aussi qu'elle se fasse autoriser par l'intendant. Il faut que la cause soit plaidée à ce premier tribunal avant d'être portée devant la justice. Et si l'avis de l'intendant est contraire aux habitants, ou si leur adversaire a du crédit à l'intendance, la communauté est déchu de la faculté de défendre ses droits. Voilà, sire, par quels moyens on a travaillé à étouffer en France tous esprit municipal, à éteindre, si on le pouvait, jusqu'aux sentiments de citoyens ; on a pour ainsi dire interdit la nation entière, et on lui a donné des tueurs. »

257. Comme l'annonce Montesquieu, le régime juridique est né selon l'histoire, la culture, le moral et les mœurs spécifiques. Le quasi-« état totalitaire »⁶²² trouve ses origines dans la politique diplomatique du cardinal de Richelieu, qui a exercé la fonction de Premier Ministre au XVIIe siècle et a vulgarisé « la notion de raison d'Etat »⁶²³ et l'a appliquée « avec persévérance au profit de son pays »⁶²⁴, la substituant ainsi « à la vieille notion médiévale de « valeurs morales universelles » »⁶²⁵. Ensuite, le renforcement d'une telle tendance trouve sa justification dans la théorie de Rousseau.

258. D'une manière ou d'une autre, la doctrine de la volonté générale, la fraternité⁶²⁶ et l'intérêt général⁶²⁷ sont toutes liées à l'idée de collectivisme, de souveraineté de l'État, de la raison d'État et d'une intervention administrative du gouvernement. Tandis que les États-Unis s'appuient davantage sur l'autogouvernance et le système judiciaire.

b) Régionalisation pour défendre sa valeur propre

259. Si les États-Unis promeuvent leur vision de la démocratie, basée sur un individualisme extrême et un libéralisme lockéen, en établissant un système multilatéral, la France ne fait pas exception et tente aussi de promouvoir ses valeurs et sa compréhension de la liberté à travers un système juridique équivalent. La France est ainsi à l'origine de la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, où elle assure la défense de ses intérêts. En même temps, après la Deuxième Guerre mondiale, l'Allemagne a eu besoin de réintégrer la communauté de l'Europe⁶²⁸. Une telle union maintient, d'une part, la productivité allemande pour fournir le charbon dont la France a besoin, et, d'autre part, permet de contrôler la puissance de ce pays⁶²⁹. Historiquement, le recours au multilatéralisme intra-européen a été un plan B lorsque des conventions n'ont pas pu aboutir pour inclure le Royaume-Uni⁶³⁰. Cette inclusion de l'Allemagne dans une communauté dirigée par la France permet aux dirigeants français d'obtenir ce qu'ils veulent tout en évitant d'être accusés de tirer profit de manière égoïste⁶³¹.

⁶²² Russell B., *A History of Western Philosophy*, *op.cit.*, p. 695

⁶²³ Kissinger H., *Diplomatie*, *op.cit.*, p.49

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », *op.cit.*, p.32

⁶²⁷ Albertini P., « L'intérêt général à l'épreuve du libéralisme économique », *op.cit.*, p. 75

⁶²⁸ v. Judt T., *A Grand Illusion : an Essay on Europe*, London, Penguin Books, 1996, Chapitre 1

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ *Ibid.*

260. Plus collectiviste que les États-Unis, la création de la Communauté européenne en 1950 va au-delà d'une simple union économique (contrairement à l'ALENA) ; elle inclut également l'idéologie paneuropéenne⁶³². La réunion de l'Europe et l'outil multilatéraliste utilisé ne sont pas motivés simplement par le libéralisme ou le capitalisme.

261. La France, souvent qualifiée de « puissance moyenne »⁶³³, émet des messages limités « dans un monde dominé par une « hyperpuissance » »⁶³⁴. Cependant, la France recourt également au multilatéralisme. Son objectif déclaré est de « défendre une certaine vision de la société mondiale »⁶³⁵ à travers « les institutions internationales, la communauté internationale, le droit international »⁶³⁶, car elle reconnaît que « les problèmes globaux ne trouvent plus de solutions exclusivement nationales »⁶³⁷. Cette approche s'accordait avec les intérêts français et européens pendant l'administration Trump, lorsque la stabilité et la sécurité du droit international étaient à risque. L'anarchie dans le monde fragilise l'économie internationale, ce qui va à l'encontre du développement et du soutien à un régime multilatéral. L'administration Biden semble favoriser davantage le multilatéralisme en réintégrant les accords de Paris et en renouant avec l'Organisation mondiale de la Santé. Cependant, la réalité est moins évidente. Par exemple, les taxes douanières punitives contre les produits chinois n'ont pas encore été levées, malgré la décision de l'OMC attribuant les torts aux États-Unis.

262. Pour conclure, le libéralisme américain suit les préceptes du philosophe politique anglais John Locke. Selon ce dernier, la liberté réside dans la disposition des biens, et l'objectif essentiel du gouvernement est de protéger la propriété, c'est-à-dire de défendre l'intérêt privé. Cette théorie politique de John Locke exerce une influence prépondérante sur les pays anglo-saxons, notamment aux États-Unis. La notion de liberté, centrée sur la protection de la propriété, est devenue une valeur américaine intrinsèque, et le libéralisme lockéen a servi de base aux régimes juridiques américains, le droit constitutionnel inclus. Cette interprétation du droit constitutionnel américain, axée sur la protection de la propriété, s'est ensuite reflétée dans les normes internationales promues par les États-Unis. En revanche, en France, c'est la théorie de Rousseau qui exerce une influence profonde. Au lieu de privilégier la liberté, Rousseau accorde plus d'importance à l'égalité. Par ailleurs, tandis que Locke considère que la protection de

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ Charillon F., « La Politique étrangère de la France, D'une puissance de blocage à une puissance de proposition », *Etudes*, vol 4, 2005, tome 402, pp. 449- 459, paragr. 6

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ *Id.*, paragr. 8

⁶³⁶ *Id.*, paragr. 7

⁶³⁷ *Ibid.*

l'intérêt privé est l'objectif premier d'une société, Rousseau estime au contraire que la volonté générale, soit l'intérêt public, constitue un fondement essentiel. Toutefois, c'est la conception américaine de la liberté qui prédomine en droit international économique, donnant naissance à un multilatéralisme à l'américaine.

Section 2. Américanisation des normes juridiques

263. La position du Professeur Sornarajah est que : « la loi, en particulier la loi internationale sur les investissements étrangers, était un instrument de mise en œuvre de la politique néolibérale »⁶³⁸. Cette transcription des principes du libéralisme et du néolibéralisme en normes internationales est donc une composante intégrante du triomphe du néolibéralisme, concrétisée par le droit international de l'investissement en tant qu'outil pour appliquer la politique néolibérale à l'américaine (§1). Par la suite, l'arbitrage, en tant que mécanisme de règlement des différends, est devenu lui aussi un vecteur du libéralisme, comme en témoignent les sentences rendues par les tribunaux arbitraux (§2).

§1. La réussite dans l'exportation d'une valeur américaine

264. Si Monsieur le Professeur Mayall a considéré que « le libéralisme économique n'était guère plus qu'une forme du nationalisme expansionniste »⁶³⁹ (I), le professeur Wälde ajoute que « le contenu du droit international des investissements était le produit des forces opposées du nationalisme et de l'étatisme d'une part, brandissant le drapeau de la souveraineté, et des forces des États commerciaux dominants brandissant la bannière du libéralisme, d'autre part »⁶⁴⁰. Les États-Unis ont donc déployé divers outils juridiques afin d'établir un multilatéralisme basé sur le modèle du libéralisme américain (II).

I. Le libéralisme comme valeur nationale américaine

265. En effet, il est un fait historique que, « à chaque époque, une puissance hégémonique cherche à extérioriser les concepts clés de sa propre loi afin de lui permettre de maintenir son pouvoir »⁶⁴¹. Cette stratégie a également été adoptée par les États-Unis (A). Ainsi, les normes

⁶³⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.3

Texte original: « The law, particularly, the international law on foreign investment, was an instrument of effecting neo-liberal policy. »

⁶³⁹ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p.79

Texte original: « economic liberalism was little more than a form of expansionist nationalism. »

⁶⁴⁰ Wälde T., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p.19

⁶⁴¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 47

du droit international de l'investissement, conçues par les États-Unis, ont un objectif simple et clair : favoriser le libéralisme économique, en particulier les intérêts des grandes corporations internationales (B).

A. Création des normes internationales : un héritage anglais

266. Pendant la seconde moitié du XIXe siècle, l'Angleterre, alors la puissance mondiale dominante, avait un intérêt considérable à éliminer les barrières commerciales internationales mises en place par les États souverains pour leur protection. Dans le but de réaliser cet objectif, l'Angleterre a utilisé un outil particulier : l'établissement d'un ordre international visant à influencer les États qui adhéraient au nationalisme économique⁶⁴². La théorie du libéralisme économique a été brandie par l'Angleterre afin d'en justifier ses actes. Cette théorie, développée par des économistes et philosophes anglais, tels qu'Adam Smith, John Locke et John Stuart Mill, intronisait la liberté comme la valeur essentielle à promouvoir par le gouvernement aux fins d'une société juste. De plus, le libéralisme était particulièrement compatible avec les intérêts britanniques en matière de politique étrangère, notamment en ce qui concerne les commerces internationaux et les investissements à l'étranger. Sous l'effort britannique, la théorie du libéralisme, autrefois une doctrine marginale, était devenue une véritable « orthodoxie idéologique »⁶⁴³. À cette époque, le droit international de l'investissement s'était traduit sous la forme de conventions bilatérales étatiques et d'échanges de promesse entre deux États afin de protéger les propriétés de leurs ressortissants à l'étranger⁶⁴⁴. Le règlement des différends en matière d'investissements étrangers était souvent assuré par la diplomatie de la canonnière, mettant en jeu le pouvoir militaire⁶⁴⁵.

267. Après la Seconde Guerre mondiale, les États-Unis adoptent ces mêmes idéologies et stratégies, mettant en avant le droit d'investir sans frontières ainsi que la libre disposition de la propriété, deux piliers essentiels du libéralisme. Conjuguée à cette tendance libérale, est apparue la théorie du développement économique : les investissements étrangers directs, lorsqu'ils entrent dans un pays, peuvent apporter des avantages⁶⁴⁶, en particulier dans la plupart

Texte original: « It is a fact of history that, in every age, a hegemonic power seeks to externalize the key concepts of its own law so as to enable it to maintain its power. »

⁶⁴² Mayall J., *Nationalism and International Society*, op.cit., p.92

⁶⁴³ v. Polanyi K., *The Great Transformation: Origins of our Time*, Boston, Beacon Press, 1957

⁶⁴⁴ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, op.cit., p.19

⁶⁴⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, op.cit., p. 46

⁶⁴⁶ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », op.cit., p. 634

des pays en développement⁶⁴⁷. D'autant plus que durant cette période où les emprunts bancaires étaient asséchés par le pétrodollar, les entreprises multinationales américaines étaient perçues comme les seules sources de capitaux pour le développement⁶⁴⁸. Selon la théorie, en l'absence de ces investissements étrangers⁶⁴⁹, le développement économique des États est souvent compromis.

268. Une simple exportation de la doctrine nationale américaine ne permet pas la transmission mondiale de l'idéologie américaine. Chaque pays a sa propre échelle de valeurs, et en priorise certaines. Même si la liberté est devenue la plus importante parmi toutes les autres valeurs dans tous les pays, la signification réelle de ce terme varie selon la politique, l'époque et la culture. Les États-Unis essaient donc de créer un consensus au niveau international et de faciliter l'élaboration des normes internationales en matière d'investissement international. En effet, les États-Unis cherchent à justifier leurs propres intérêts dans le cadre de l'ordre international par le concept du marché ouvert dans le monde⁶⁵⁰. Comme cela fut le cas pour l'Angleterre au XIXe siècle, l'établissement d'un ordre international libéral est essentiel pour faciliter des concessions par rapport au protectionnisme appliqué dans les autres pays⁶⁵¹.

269. Le mouvement visant à élaborer le droit international de l'investissement a pris naissance pour résoudre les conflits entre les États-Unis et leurs pays voisins d'Amérique latine après la période postcoloniale⁶⁵². Les États-Unis ainsi que d'autres nations développées ont ardemment soutenu le libéralisme, mettant l'accent sur l'importance de la doctrine de protection des droits des investisseurs⁶⁵³. Néanmoins, en parallèle, les pays d'Amérique latine ont considéré que les actions des grandes entreprises multinationales dans les secteurs clés, notamment les ressources naturelles, équivalaient à une forme de colonisation économique *de facto*⁶⁵⁴. Toutefois, la souveraineté de l'État implique inévitablement la nécessité d'exercer un contrôle permanent sur ses ressources naturelles⁶⁵⁵. Dès lors, divers mouvements sociaux ont plaidé en faveur de la reprise des entreprises multinationales minières présentes dans ces pays⁶⁵⁶. De manière plus générale, un clivage s'est formé entre différents blocs d'États en fonction de

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p 2

⁶⁴⁹ *Id.*, p. 60

⁶⁵⁰ Mayall J., *Nationalism and International Society, op.cit.*, p.90

⁶⁵¹ *Id.*, p. 93

⁶⁵² Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p. 26

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ *Id.*, p. 27

leurs intérêts respectifs. Ainsi, les pays du Nord ont soutenu le néolibéralisme, tandis que les pays du Sud ont préféré promouvoir un « nouvel ordre économique international »⁶⁵⁷. Parallèlement, les pays en développement ont réussi à influencer l'évolution de leur situation économique au niveau du droit international. Ceci s'est réalisé notamment par l'adoption de la résolution 1803 (XVII) intitulée Souveraineté permanente sur les ressources naturelles par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1952⁶⁵⁸, ainsi que par la résolution 3101(S-VI), intitulée Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international en 1974⁶⁵⁹.

270. Du côté des États-Unis, leur suprématie a été établie à travers les accords de Bretton Woods⁶⁶⁰. Deux institutions internationales ont été créées : le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD). Généralement reconnu, le modèle économique néolibéral s'est rapidement propagé grâce au soutien de diverses organisations internationales, dont le FMI et la BIRD⁶⁶¹. L'objectif de ces deux institutions est de favoriser un commerce et un investissement les plus libres possibles. La Banque mondiale (ou Banque internationale pour la reconstruction et le développement : BIRD) a inscrit la promotion des investissements privés à l'étranger (article Ier (ii)) parmi ses objectifs⁶⁶². La formulation de cet article revêt une connotation politique et suggère que l'investissement devrait être protégé par le droit international.

271. Par ailleurs, il est également considéré que ces deux institutions financières sont influencées par le gouvernement des États-Unis. Un élément allant dans ce sens est que le nombre de voix attribuées à chaque État au sein de ces deux institutions est déterminé

⁶⁵⁷ *Id.*, p. 29

⁶⁵⁸ v. Résolution 1803 (XVII) de l'assemblée générale intitulée « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles »

⁶⁵⁹ v. Résolution 3101(S-VI) « Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international »

⁶⁶⁰ Buchmüller T., Jalladeau A., Duclos A., *et al.*, « Le Protectionnisme américain », *Ecole de Pensée sur la Guerre Economique*, 12 novembre 2018, p.5[en ligne : <http://www.epge.fr/wp-content/uploads/2019/01/Le-protectionnisme-am%C3%A9ricain.pdf>][consulté le 5 mars 2021]

⁶⁶¹ Roberts A., Moraes H.C., Ferguson V., « Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment », *J. Int. Econ. Law*, vol 22, n°4, décembre 2019, p.661

⁶⁶² Le guide de traitement des investissements directs étrangers proposé par la Banque internationale en 1992 a clairement illustré les principes de la théorie du libéralisme.

World Bank, *Guidelines on the Treatment of foreign Direct Investment 1992*, p.39

« that a greater flow of foreign direct investment brings substantial benefits to bear on the world economy and on the economies of developing countries in particular, in terms of improving the long term efficiency of the host country through greater competition, transfer of capital, technology and managerial skills and enhancement of market access and in terms of the expansion of international trade. »

proportionnellement au niveau de leurs contributions respectives⁶⁶³. Ayant pour objectif de promouvoir le néolibéralisme, ces institutions imposent des conditions d'emprunts en fonction du degré de protection accordé aux investisseurs étrangers et du niveau de conformité à la politique libérale⁶⁶⁴. Elles ont imposé l'idée que si l'investissement étranger n'est pas suffisamment protégé dans un pays, cela pourrait entraver les flux d'investissements étrangers vers ce dernier⁶⁶⁵.

272. Cette tendance est renforcée lorsque les institutions internationales, telles que la Banque mondiale et l'OCDE, publient divers rapports contenant des évaluations, des classements et des statistiques par pays. Ces rapports visent à orienter les investisseurs étrangers dans le choix de leurs lieux d'investissement. Par exemple, le groupe de la Banque mondiale publie un classement des pays en fonction de la « facilité à entreprendre (« *ease of doing business* ») »⁶⁶⁶ depuis 2004 par le biais du rapport intitulé « *Doing Business* ». Non seulement ce classement repose sur une théorie minoritaire appelée la *Theory of legal origins*, qui postule que « la réglementation économique d'un pays est déterminée par son appartenance à une tradition juridique, celle des pays de *common law* étant plus favorable aux affaires »⁶⁶⁷. Mais le Congrès américain a également exercé une influence importante sur les indicateurs de classement. À sa demande, des critères relatifs aux droits des travailleurs reconnus internationalement, tels que les standards minimums du droit de travail et les cotisations sociales payées par l'employeur, ont été supprimés, ce qui a fait de cet indicateur un outil axé sur la facilité d'embauche et de licenciement, en dépit des conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁶⁶⁸. Bien que ce type de classement soit critiqué pour son manque de fiabilité scientifique et méthodologique, il est devenu « une référence pour les gouvernements »⁶⁶⁹, créant ainsi une concurrence entre les pays « sur tous les aspects touchant aux échanges »⁶⁷⁰. Chacun s'efforce d'offrir le plus haut niveau de protection aux investisseurs et d'adopter des politiques économiques libérales, en favorisant au « maximum la déréglementation »⁶⁷¹. Ainsi, ce type de

⁶⁶³ Bernard-Meunier M., « Relations internationales contemporaines et multilatéralisme », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier (dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p.17

⁶⁶⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 29

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ Raynouard A., « La contestation des indicateurs Doing Business : un positionnement politique », *LPA*, n°182, PA200918201, le 11 septembre 2009, p.3

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ Raynouard A., « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *D.*, n°44, le 23 décembre 2010, p.2928

⁶⁷¹ Raynouard A., « La contestation des indicateurs Doing Business : un positionnement politique », *op.cit.*, p.3

classement est devenu « un outil sur lequel s'appuient les experts »⁶⁷² des organisations internationales, comme la Banque mondiale, « pour « conseiller » les gouvernements des pays en développements et débloquent les prêts consentis par leur[s] organisation[s] »⁶⁷³. En fin de compte, les indicateurs de ce type de classement ne sont pas déterminés en fonction des écoles de pensée telles que le rousseauisme, mais plutôt selon les principes du libéralisme lockéen.

273. La charte de la Havane de 1948, initiée par les États-Unis, a également incorporé des dispositions relatives aux investissements. Cette charte envisageait la création d'une Organisation internationale du commerce (OIC) et était destinée à compléter les autres piliers de l'ordre économique international d'après-guerre, formés par les Institutions de Bretton Woods et les Nations Unies⁶⁷⁴. Toutefois, en raison de l'absence de ratification par le Sénat des États-Unis, cette charte a été abandonnée en 1950. La CNUDCI a attribué l'échec de la charte aux désaccords entre les pays développés, en développement et socialistes quant à l'interprétation du droit international coutumier et au contenu d'une norme internationale minimale de traitement des investisseurs étrangers⁶⁷⁵. Cela s'explique en partie par la profonde division entre les économies de marché et les pays sous régime communiste à l'époque⁶⁷⁶. Cependant, les chercheurs américains ne partagent pas le raisonnement de la CNUDCI. Selon eux, l'échec de la charte est principalement lié à des considérations nationales, comme les divergences au sein du Congrès américain ayant conduit au refus de ratification de la charte par le Sénat⁶⁷⁷. Ces divisions étaient influencées par des facteurs politiques, y compris la question de la Guerre froide⁶⁷⁸. L'administration de Truman était absorbée par les enjeux de la Guerre froide et ne disposait pas d'une position politique suffisamment solide pour faire adopter la charte par le Congrès⁶⁷⁹. Néanmoins, la Guerre froide a motivé les décideurs américains, qui avaient investi de nombreuses années dans la charte de la Havane, à poursuivre leurs efforts pour la compléter⁶⁸⁰. Étant donné que de nombreuses parties du monde étaient isolées derrière le rideau de fer, l'OIC, originellement conçue comme une institution mondiale, a acquis une nouvelle importance politique pour les États-Unis⁶⁸¹. Un commerce plus libre est devenu un

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 122

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ Toye R., « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Organization, 1947-1948 », *The International History Review*, vol n° 25, n°2, juin 2003, p. 284

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ *Id.*, p. 283

⁶⁸⁰ *Id.*, p. 284

⁶⁸¹ *Ibid.*

moyen de renforcer économiquement le monde libre dans la lutte contre le communisme, plutôt qu'un moyen de réduire les tensions guerrières mondiales⁶⁸². En conséquence, lors des négociations, les États-Unis ont fait des concessions aux cinq-six pays participants à la réunion⁶⁸³. Cependant, ces concessions ont conduit à l'opinion que le libéralisme de la charte allait trop loin et rompait excessivement avec les principes du libre-échange⁶⁸⁴. La charte n'ayant pas réussi à obtenir les soutiens de tous les côtés, que ce soient des protectionnistes ou des libéralistes, l'administration de Truman a été contrainte d'abandonner discrètement sa tentative de faire passer la charte par le Congrès⁶⁸⁵, aboutissant ainsi à son non-entrée en vigueur⁶⁸⁶. Du point de vue des chercheurs américains, cet échec est plus le résultat d'une dynamique interne aux États-Unis que d'une opposition conjointe des autres pays.

274. Ainsi, le GATT de 1947, initialement conçu comme un arrangement provisoire en attendant la ratification de la charte de la Havane, a pu élaborer les règles générales relatives au commerce international. Cependant, des lacunes persistent dans le domaine du droit international concernant les normes et les principes généraux relatifs aux investissements internationaux.

275. Après la Deuxième Guerre mondiale, la théorie du droit international développée en faveur des intérêts des États-Unis et de la priorisation de la liberté au sens de néolibéralisme est devenue dominante⁶⁸⁷. Guidé par cette théorie, le droit international de l'investissement est en effet devenu un outil de mise en œuvre d'une politique néolibérale⁶⁸⁸.

276. Les documents des États-Unis après la Guerre froide témoignent et confirment l'existence d'une telle politique visant à exporter les valeurs américaines vers le reste du monde. Le rapport de 1998, publié sous l'administration Clinton et intitulé « *A National Security Strategy For A New Century* », illustre clairement la politique adoptée par les États-Unis pour exercer une influence profonde sur une longue période. Ce rapport souligne que « le Congrès a toujours reconnu que le Président doit avoir le pouvoir de lever les barrières commerciales étrangères et de créer des opportunités d'emploi »⁶⁸⁹, et que « l'administration continuera de

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ *Ibid.*

⁶⁸⁴ *Id.*, p. 283

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ v. Vandeveld K., « The liberal vision of the international law on foreign investment », dans *Alternative Visions in the International Law on Foreign Investment Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, C.L.Lim (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2016

⁶⁸⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.4

⁶⁸⁹ Office of the Secretary of Defense, *A National Security Strategy For A New Century*

faire pression sur nos partenaires commerciaux - aux niveaux multilatéral, régional et bilatéral - afin d'élargir les opportunités d'exportation pour les travailleurs, les agriculteurs et les entreprises américaines »⁶⁹⁰. Le rapport met également l'accent sur la conclusion d'accords dans les secteurs où les États-Unis sont les plus compétitifs⁶⁹¹ sur leur mise en application⁶⁹².

277. En effet, des bureaux spécialement dédiés ont été créés en 1996 par les représentants commerciaux américains et le département du commerce afin de garantir que les gouvernements étrangers respectent pleinement leurs engagements découlant de ces accords. Cette démarche équivaut à promouvoir le libéralisme en accord avec les intérêts des États-Unis. Ce rapport illustre la position libérale dominante durant les années d'apogée du néolibéralisme, jusqu'à la volonté d'abandonner l'OMC⁶⁹³.

278. Ainsi, depuis 2002, la législation des États-Unis a établi dans le cadre du *US Trade Act* l'objectif principal de la politique d'investissement : réduire ou éliminer les barrières artificielles à l'investissement à l'étranger sur la scène internationale, dans le but de favoriser leurs entreprises multinationales, tout en veillant à ce que les investisseurs étrangers aux États-Unis ne bénéficient pas de des droits de protection substantifs accrus par rapport aux investisseurs nationaux⁶⁹⁴.

Texte original: « Congress has consistently recognized that the President must have the authority to break down foreign trade barriers and create good jobs. »

⁶⁹⁰ *Ibid.*

Texte original: « The Administration will continue to press our trading partners – multilaterally, regionally and bilaterally – to expand export opportunities for US workers, farmers and companies. »

⁶⁹¹ *Ibid.*

« We will seek to negotiate agreements, especially in sectors where the US is most competitive – as we did in the Information Technology Agreement and the World Trade Organization (WTO) Financial Services and Telecommunications Services Agreements. »

⁶⁹² *Ibid.*

« We will also remain vigilant in enforcing the trade agreements reached with our trading partners. »

⁶⁹³ Une démarche entamée par l'administration Obama, qui souhaitait remplacer l'OMC par le TPP, à l'exception de la Chine.

⁶⁹⁴ Pub. L. 107-210, div. B, title XXI, §2102, Aug. 6, 2002

(3) Foreign investment

Recognizing that United States law on the whole provides a high level of protection for investment, consistent with or greater than the level required by international law, the principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are to reduce or eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign investment, while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States, and to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice, by—

(A) reducing or eliminating exceptions to the principle of national treatment;

(B) freeing the transfer of funds relating to investments;

(C) reducing or eliminating performance requirements, forced technology transfers, and other unreasonable barriers to the establishment and operation of investments;

(D) seeking to establish standards for expropriation and compensation for expropriation, consistent with United States legal principles and practice;

279. Il est également largement accepté que de nos jours, les États-Unis continuent de poursuivre leur objectif de supprimer les obstacles à l'investissement à l'étranger⁶⁹⁵. Cependant, depuis l'administration Trump, les États-Unis cherchent également à réglementer les investissements entrants et sortants au titre du concept mal-défini de sécurité nationale⁶⁹⁶.

B. La défense des intérêts des entreprises internationales

280. Considérées comme des « citoyens du monde »⁶⁹⁷, certaines entreprises multinationales disposent aujourd'hui d'une « puissance économique écrasante »⁶⁹⁸ et ont même la capacité de générer un PIB plus important que celui de certains pays. La politique néolibérale et sa concrétisation juridique semblent en réalité défendre les intérêts de ces entreprises internationales, dont une grande partie provient des États-Unis. En d'autres termes, ne s'agit-il pas davantage d'un conflit d'intérêt entre ces entreprises multinationales et les États d'accueil ? Les premières semblent se concentrer principalement sur la libre circulation des capitaux pour générer des profits, tandis que les seconds doivent équilibrer diverses valeurs et objectifs sociaux. Les chercheurs en science politique ont observé l'existence de « conflits opposant les multinationales aux États »⁶⁹⁹. Ces tensions ont contribué à « l'émergence de l'idée du déclin de l'État »⁷⁰⁰. De plus, ces chercheurs constatent que la croissance des entreprises dotées de pouvoirs politiques et d'une grande mobilité leur permet de « contourner les politiques

(E)seeking to establish standards for fair and equitable treatment consistent with United States legal principles and practice, including the principle of due process;

(F)providing meaningful procedures for resolving investment disputes;

(G)seeking to improve mechanisms used to resolve disputes between an investor and a government through—

(i)mechanisms to eliminate frivolous claims and to deter the filing of frivolous claims;

(ii)procedures to ensure the efficient selection of arbitrators and the expeditious disposition of claims;

(iii)procedures to enhance opportunities for public input into the formulation of government positions; and

(iv)providing for an appellate body or similar mechanism to provide coherence to the interpretations of investment provisions in trade agreements; and

(H)ensuring the fullest measure of transparency in the dispute settlement mechanism, to the extent consistent with the need to protect information that is classified or business confidential, by—

(i)ensuring that all requests for dispute settlement are promptly made public;

(ii)ensuring that—

(I)all proceedings, submissions, findings, and decisions are promptly made public; and

(II)all hearings are open to the public; and

(iii)establishing a mechanism for acceptance of amicus curiae submissions from businesses, unions, and nongovernmental organizations.

⁶⁹⁵ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.629

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique, op.cit.*, p.71

⁶⁹⁸ Shao X., « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *op.cit.*, p.163

⁶⁹⁹ Dalpé R., « Politique commerciale et contrôle de l'investissement étrange : l'expérience canadienne », *Revue canadienne de science politique*, vol 20, n°2, juin 1987, p.340

⁷⁰⁰ *Ibid.*

nationales et de négocier des conditions d'implantation avantageuses ou de quitter le pays si les conditions qui leur étaient faites leur paraissaient trop restrictives »⁷⁰¹.

281. De nos jours, l'influence de ces entreprises s'est encore élargie. Selon le Professeur Sornarajah, les groupes internationaux doivent être considérés comme « des bases de pouvoir distinctes capables de faire valoir leurs intérêts par la loi »⁷⁰². Étant donné que ces grandes entreprises multinationales sont aux mains de personnes riches⁷⁰³, le pouvoir leur permet d'élaborer des règles qui assurent la survie des classes riches à la fois au sein des États et à l'échelle transnationale⁷⁰⁴. Il affirme que « le droit international a été conçu pour favoriser cette survie »⁷⁰⁵. Dès lors, les conflits entre les intérêts territoriaux et les intérêts du capital deviennent de plus en plus évidents dans un marché mondialisé.

282. Certains chercheurs ont avancé que la puissance des sociétés multinationales remonte aux XVe et XVIe siècles⁷⁰⁶. Par exemple, la Couronne de Hollande a accordé à la société United East India Company un monopole commercial sur les terres et les eaux territoriales entre le cap de Bonne-Espérance à la pointe sud de l'Afrique et le détroit de Magellan à l'extrémité de l'Amérique latine, sous forme de charte⁷⁰⁷. Cette charte lui conférait des pouvoirs souverains, tels que la capacité de conclure des traités et des alliances, de maintenir des forces armées, de conquérir des territoires et même de construire des forts⁷⁰⁸. Par la suite, la toute aussi puissante Compagnie britannique des Indes orientales a exercé une domination quasi souveraine sur l'Inde, agissant presque comme si c'était son domaine privé⁷⁰⁹. Néanmoins, malgré ce pouvoir quasi étatique, les investisseurs de ces sociétés ne supportaient qu'une responsabilité limitée, un privilège qui n'était pas accordé aux citoyens individuels⁷¹⁰. Il est naturel que les investisseurs cherchent à élargir leurs droits tout en limitant leurs obligations envers l'organisation, d'où le choix courant de la forme de société à responsabilité limitée⁷¹¹. Un

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p.7

Texte original: « distinct bases of power capable of asserting their interests through the law »

⁷⁰³ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.420

⁷⁰⁴ *Ibid.*

Texte original: « Power enables the engineering of rules that ensure the survival of the rich classes both within states and transnationally. »

⁷⁰⁵ *Ibid.*

Texte original: « International law has been designed to promote such survival. »

⁷⁰⁶ Korton D.C., *Quand les multinationales gouvernent le monde, op.cit.*, p.97

⁷⁰⁷ *Ibid.*

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *Ibid.*

exemple récent illustrant l'influence d'une entreprise multinationale est le conflit entre l'Australie et Facebook en février 2021. À cette époque, un projet de loi australien visait à obliger Facebook à rémunérer les médias pour les contenus qu'il utilisait⁷¹². En réaction, Facebook a bloqué le contenu publié par les internautes australiens, y compris les pages administrées par des organismes gouvernementaux⁷¹³.

283. Outre ces actions directes et vigoureuses, les sociétés transnationales sont créatrices de la *lex mercatoria*, dont l'utilité principale est de permettre le libre choix du droit applicable et de contourner un régime juridique national peu favorable. Il est cependant crucial de noter que cette catégorie de droit a un impact significatif dans le domaine du commerce international, notamment pour les échanges de marchandises et de services.

284. En revanche, dans le domaine du droit de l'investissement international, l'intervention du pays d'accueil ne peut pas être évitée lorsque l'investisseur étranger s'installe sur son territoire. Cela ne signifie pas pour autant que ces entreprises n'envisagent pas de créer un environnement juridique qui leur serait plus favorable. Il est généralement accepté que le droit international de l'investissement est un outil créé pour permettre la réalisation de la politique néo-libérale⁷¹⁴ au profit des firmes transnationales, notamment celles originaires des États-Unis⁷¹⁵. Dans l'État d'origine de ces sociétés, les groupes de lobbying disposent d'un pouvoir renforcé par leur expansion économique dans le monde. Ils exercent une surveillance, notamment sur les politiques étrangères, afin de garantir une politique favorable à leurs projets internationaux. Historiquement, l'emploi de la force pour résoudre un différend en matière d'investissement est fréquent, même après la Deuxième Guerre mondiale⁷¹⁶.

285. Il est toutefois nécessaire de préciser que les États-Unis ne peuvent pas garantir une harmonisation de leurs propres politiques. Deux groupes d'intérêt nationaux coexistent : ceux qui promeuvent le néolibéralisme, et ceux qui défendent le protectionnisme et le nationalisme. En effet, la politique visant à promouvoir l'autonomie économique par le biais du système multilatéral et de l'OMC a toujours fait l'objet d'un consensus pour les groupes d'intérêts aux États-Unis, représentés par les firmes multinationales. Cela vise à assurer que leurs filiales à

⁷¹² Le Monde avec AFP, « Australie : Facebook bloque le partage d'articles, y compris pour les services de secours et de santé », *Le Monde*, le 17 février 2011

⁷¹³ Plesse G., « En Australie, la suppression des contenus d'actualité par Facebook fait sensation », *Les Echos*, le 18 février 2021

⁷¹⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.4

⁷¹⁵ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p. 23

⁷¹⁶ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.25

l'étranger puissent bénéficier d'un traitement non discriminatoire par rapport aux investisseurs nationaux. Selon eux, toutes les interventions gouvernementales du pays d'accueil doivent être éliminées, y compris les aides publiques qui ne profitent qu'aux entreprises nationales, ainsi que les contrôles sur les admissions des investisseurs étrangers dans les secteurs sensibles. Cependant, une telle politique d'autonomie économique n'est appliquée qu'aux États autres que les États-Unis sur la scène internationale. En réalité, les États-Unis adoptent des politiques protectionnistes par le biais d'un régime juridique interne soutenu par d'autres groupes d'intérêts qui cherchent à protéger leurs intérêts nationaux. Certains estiment que ces groupes d'intérêts peuvent exercer une influence considérable sur les législateurs⁷¹⁷. L'article intitulé « *Is trade policy for sale? Congressional voting on recent trade bills* » observe que les contributions financières à des campagnes électorales ont influencé les votes des législateurs sur l'ALENA et les négociations du Cycle d'Uruguay de l'OMC. Les résultats de la recherche révèlent que les contributions provenant de groupes d'affaires se sont traduites par 41 votes supplémentaires en faveur de l'ALENA et 35 votes supplémentaires pour le projet de loi du GATT⁷¹⁸.

286. En matière de droit des investissements internationaux, le célèbre conflit entre la doctrine Calvo développée par les pays latino-américains⁷¹⁹ et la théorie concurrente développée par Cordell Hull, Secrétaire d'État des États-Unis, illustre clairement les divergences d'objectifs entre les entreprises multinationales et le pays d'accueil. Ainsi, les pays latino-américains considèrent que les mêmes critères doivent s'appliquer tant aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux⁷²⁰. Ces pays souhaitent contrôler l'admission des investissements étrangers par le biais du droit interne. En revanche, les pays exportateurs de capitaux, notamment les États-Unis, favorisent l'application du droit international pour

⁷¹⁷ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p. 81

⁷¹⁸ Baldwin, R. E., Magee C.S., « *Is trade policy for sale? Congressional voting on recent trade bills* », *Public Choice*, vol 105, n° ½, 2000, p. 99

« The major conclusion of this study is that political contributions to legislators by organized labor and business groups significantly affected the voting outcome on two (NAFTA and GATT) of the three trade bills analyzed. We estimate that labor contributions or access to legislators gained through these contributions resulted in 67 extra votes against NAFTA and 57 extra votes against the GATT Uruguay Round bill. Contributions from business groups resulted in 41 extra votes in favor of NAFTA and 35 extra votes for the GATT bill (...). We estimate the price for labor groups to sway one vote against NAFTA and GATT to be about \$ 352, 000 and \$ 313,000 respectively (...). We interpret these various results as evidence of that legislators are responding on trade legislation to the economic and social concerns of their constituencies as well as to the wishes of their major contributors. »

⁷¹⁹ Leban C., « Droit international des investissements : un survol historique », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.15

⁷²⁰ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.415

contourner le droit interne et mieux protéger les investissements étrangers grâce aux normes développées dans l'esprit libérale et néolibérale.

287. En dehors des traités internationaux, les entreprises internationales ont également tenté de favoriser la création de principes internationaux favorables au libéralisme et à la protection des investissements par le biais des sentences arbitrales⁷²¹. Le système d'arbitrage en matière d'investissement est par ailleurs souvent critiqué pour son « biais structurel » en faveur des investisseurs⁷²². Il faut également noter que les « écrits de publicistes hautement qualifiés »⁷²³ ont également favorisé les grandes entreprises internationales. L'arbitrage en droit international de l'investissement a permis aux avocats du domaine de bénéficier d'honoraires considérables, de même que les arbitres. Le rôle de ces derniers reste discutable en droit international, notamment parce que le positivisme considère que seuls les États sont sujets et participants en droit international.

288. Le domaine du droit applicable aux investissements étrangers est particulièrement important pour les entreprises internationales. Leur influence, souvent sous-estimée et peu discutées dans la doctrine, n'est pas négligeable. Ce sont elles qui agissent en coulisses depuis leur pays d'origine et cherchent à traduire leur influence dans les politiques étrangères des pays occidentaux⁷²⁴. Peut-on donc se poser la question de savoir si le néolibéralisme est devenu une théorie servant de justification pour qu'un pays soutienne des mesures appliquées qui ne sont bénéfiques qu'à un petit groupe de personnes, au lieu de servir l'intérêt de la majorité de sa population ? N'existe-il pas « une concurrence entre les usages des marchands et les institutions étatiques »⁷²⁵ ?

289. Dans ce contexte, les adversaires de l'Accord de partenariat transpacifique (Trans-Pacific Partnership Agreement, ou TPP en anglais, ci-après TPP), et de l'Accord de libre-échange (Free trade agreement, ou FTA en anglais, ci-après FTA), considèrent que l'inclusion du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États dans ces traités ne favorise que les grandes sociétés multinationales⁷²⁶. La sénatrice Elizabeth Warren, ancienne

⁷²¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.7

⁷²² Shao X., « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *op.cit.*, p.178

⁷²³ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.42

⁷²⁴ v. Feketekuty G., *International Trade in Services: An Overview and Blueprint for Negotiations*, Cambridge, Ballinger Publishing Company, 1988; Manger M.S., *Investing in protection: the politics of preferential trade agreements between north and south*, New York, Cambridge University Press, 2009, chapitre 3

⁷²⁵ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.109

⁷²⁶ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 250

professeur de droit à l'université Harvard, est très connue aux États-Unis pour son engagement contre la FTA, l'ISDS et le TPP⁷²⁷. Dans un article publié dans le *Washington Post*, elle indique que le fait d'« accepter le RDIE dans cet énorme nouveau traité [TPP] ferait basculer davantage les règles du jeu aux États-Unis en faveur des grandes sociétés multinationales. Pire, cela saperait la souveraineté américaine »⁷²⁸. Elle a également fait référence aux sentences arbitrales de *Vattenfall*⁷²⁹ et *Philip Morris*⁷³⁰ en indiquant qu'« un accord TPP final inclut le règlement des différends entre investisseurs et États, les seuls gagnants seront les sociétés multinationales »⁷³¹. Ces deux entreprises cherchent à bénéficier de dommages et intérêts dans le cadre du RDIE, dont l'utilisation n'a pas été prévue par les pays négociateurs⁷³².

290. De manière ironique, l'introduction du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États a été considérée par les États-Unis comme un outil important visant à mieux protéger les investisseurs américains dans les pays latino-américains⁷³³. Ces États, qui soutiennent la doctrine Calvo, estiment que les plaintes portées par les investisseurs relèvent de la compétence des tribunaux locaux. Ils sont réticents à l'idée que des tiers puissent s'immiscer dans le différend impliquant l'investisseur étranger. L'ALENA, qui a inclus le RDIE dans le traité, a néanmoins fait intervenir des arbitres en tant que tiers pour trancher le différend. Les États-Unis cherchent ainsi à contourner la doctrine Calvo, à résoudre les conflits par le biais du droit international, et à éviter que ces conflits soient réglés par des modes diplomatiques, une méthode traditionnelle de règlement des différends dans le cadre du droit international de

⁷²⁷ *Id.*, p.249

⁷²⁸ Warren E., « The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose », *The Washington Post*, le 25 février 2015

Texte original: « Agreeing to ISDS in this enormous new treaty [TPP] would tilt the playing field in the United States further in favor of big multinational corporations. Worse, it would undermine U.S. sovereignty »

⁷²⁹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany(II)*, ICSID Case No. ARB/12/12

Suite à la décision de l'Allemagne de sortir de l'énergie nucléaire après la catastrophe de Fukushima au Japon en 2011, la société nucléaire suédoise Vattenfall a décidé en 2012 d'engager une procédure d'arbitrage en vertu du Traité sur la Charte de l'Énergie (TCE). Cette procédure vise à obtenir une indemnisation pour la fermeture des centrales nucléaires de Krümmel et Brunsbüttel, pour un montant dépassant les 700 millions d'euros.

v. Bernasconi-Osterwalder N., Hoffman R.T., « The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute Vattenfall v. Germany (II) », *IISD*, juin 2012, p.1

⁷³⁰ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)

⁷³¹ Warren E., « The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose », *op.cit.*

Texte original: « If a final TPP agreement includes Investor-State Dispute Settlement, the only winners will be multinational corporations. »

⁷³² Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *Int. Organ.*, vol.54, n°3, 2000, p. 522

⁷³³ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.233

l'investissement⁷³⁴. Dans le cadre du mécanisme de RDIE, l'État défendeur et l'investisseur étranger choisissent les arbitres, transformant ainsi les modes diplomatiques de règlement des différends en un processus devant un tribunal privé, et déchargeant les consulats américains de ces missions délicates. Toutefois, lorsque les États-Unis sont devenus un pays récepteur de capitaux, l'afflux important d'investisseurs étrangers a également entraîné une augmentation des différends avec ces derniers. Par conséquent, les États-Unis sont devenus les défendeurs dans des arbitrages d'investissement et subissent effectivement les mêmes problèmes que leurs voisins. Selon les chiffres disponibles de la CNUDCI en 2023, les États-Unis se sont défendus dans 23 arbitrages d'investissement, comparativement à 1 pour le Royaume-Uni, 2 pour l'Australie, 5 pour l'Allemagne, 3 pour la France, 32 pour le Canada, 19 pour la Bolivie, 33 pour le Pérou, 41 pour le Mexique et 59 pour le Venezuela⁷³⁵.

291. En d'autres termes, il est possible de conclure que le contrôle des investissements étrangers constitue en réalité un conflit entre les États et les entreprises multinationales. C'est un différend d'intérêts entre les entreprises étrangères et les acteurs nationaux de l'État d'accueil des capitaux, qu'il s'agisse d'un pays en développement, tel que le Pérou ou le Mexique, ou d'un pays développé comme les États-Unis ou le Canada, étant donné que les intérêts des groupes internationaux correspondent souvent également à ceux de l'État exportateur de capitaux. En même temps, la partie bénéficiaire de ce résultat, à savoir les entreprises multinationales, ne partage pas nécessairement les mêmes intérêts que la population de l'État qui cherche à être protégée par l'État vis-à-vis des investissements étrangers. Dans un pays développé, les deux groupes coexistent sur le même territoire : les entreprises multinationales et les acteurs nationaux. Il est donc compréhensible que les pays occidentaux aient tendance à renforcer à la fois la réglementation des investissements étrangers sur leur propre sol et la promotion de la liberté d'investissement sur la scène internationale. Dans le contexte actuel, la tendance à la contre-mondialisation prend de plus en plus forme, même au sein des États-Unis. Les Américains semblent de moins en moins convaincus que le néolibéralisme leur permettra de partager les fruits de la prospérité. Ils estiment que le libéralisme ne profite qu'aux grandes entreprises internationales et les encourager à délocaliser les emplois vers des pays où la main-d'œuvre est moins coûteuse. La négociation de l'ALENA en 1992 a déjà favorisé la création d'une coalition entre les syndicats de travail, les associations

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ Chiffre disponible sur Investment Dispute Settlement Navigator : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

de protection de l'environnement et les organisations d'agriculteurs opposés à cet accord⁷³⁶. De plus, la négociation du TPP en 2015 sous l'administration Obama a rencontré une opposition bien plus forte que celle de l'ALENA⁷³⁷.

292. Cependant, le phénomène est très différent en Chine. La Chine favorisait d'abord la politique de la « *Go Global Policy* ». Elle adoptait ensuite une approche visant à guider les entreprises chinoises dans les domaines à investir à l'étranger. Certains secteurs ont été restreints depuis août 2017 pour éviter les investissements jugés « irrationnels » selon le gouvernement chinois depuis les années 2010⁷³⁸. Par exemple, l'industrie du cinéma est désormais réglementée par le gouvernement chinois après l'acquisition par le conglomérat Wanda d'AMC en 2012 pour 2.6 milliards de dollars américains, ainsi que l'achat de Carmike Cinemas pour 1.1 milliards de dollars en 2016⁷³⁹. Cette politique a été critiquée par les États-

⁷³⁶ Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *op.cit.*, 8, p. 295-298, et p. 300-304

⁷³⁷ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, P.249-258

⁷³⁸ Le 4 août 2017, la commission d'État pour le développement et la réforme, le Ministère du Commerce, la Banque populaire de Chine et le Ministère des affaires étrangères ont promulgué ensemble la Circulaire sur l'orientation et la réglementation de l'investissement à l'étranger (ci-après « Guo Ban Fa [2017] N°74 »). Selon cette circulaire, les investissements à l'étranger sont classés en investissements encouragés, en investissements limités et en investissements interdits. En ce qui concerne les investissements limités, Guo Ban Fa [2017] N°74 a prévu que cinq types d'investissements à l'étranger soient limités. La circulaire a d'abord repris les domaines traditionnels dans l'alinéa 1 de l'article 4 de Guo Ban Fa [2017] N°74, tels que : l'investissement dans un pays ou une région sensible qui n'a pas encore établi de relations diplomatiques avec la Chine, ou est en train de subir des guerres ou est limitée par un traité ou un accord bilatéral ou multilatéral déjà conclu par la Chine. Ensuite, la circulaire a inséré quatre nouvelles limitations par les alinéas suivants. Ce qui attire notre attention est que l'alinéa 2 de l'article 4 de la circulaire susmentionnée a notamment limité les investissements dans des secteurs de l'immobilier, de l'hôtellerie, du cinéma, les clubs de divertissement ou de sport pour éviter les investissements irrationnels observés ces dernières années. Les alinéas 3 à 5 de l'article précité ont décrit les limitations suivantes : les projets d'investissements à l'étranger sous forme de fonds de capital-investissement ou des plates-formes d'investissement pour des projets commerciaux non concrets ; les projets d'investissements à l'étranger réalisés au moyen d'équipements de production en amont qui ne répondent pas aux normes technologiques formulées par une destination d'investissement ; les produits concernés ne sont pas conformes aux normes en matière de protection de l'environnement, de consommation d'énergie et de sécurité formulées par le pays de destination d'investissement. Guo Ban Fa [2017] N°74 a donné dans son article 5 des orientations sur les types d'investissements à l'étranger interdits par le gouvernement chinois. Le premier paragraphe de cet article a précisé le principe d'interdiction aux entreprises chinoises de s'engager dans des projets d'investissement à l'étranger qui nuisent ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts nationaux ou à la sécurité nationale. Par la suite, cette circulaire a énuméré cinq types d'investissements prohibés : les projets d'investissement à l'étranger impliquant la production de technologies et de produits de base appliqués dans l'industrie militaire qui n'ont pas été approuvés par l'État ; les projets d'investissement à l'étranger appliquant une technologie, une technique ou un produit dont l'exportation est interdite en Chine, les projets d'investissement à l'étranger investissant dans les industries du jeu et de la pornographie ; les projets d'investissement à l'étranger interdits en vertu d'un traité international conclu ou admis par la Chine ; les autres projets d'investissement qui nuisent ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts nationaux ou à la sécurité nationale.

⁷³⁹ Reuters, « USA/Cinéma : AMC rachète Carmike pour \$1,1 milliard », *Les Echos*, le 4 mars 2016

Unis, qui accusent la Chine de canaliser les investissements chinois à l'étranger vers le secteur de la haute technologie⁷⁴⁰.

II. Un outil juridique pour défendre le libéralisme américain

293. Pour promouvoir le libéralisme basé principalement sur la théorie de John Locke, les États-Unis ont employés différents outils juridiques, tels que l'extraterritorialité du droit américain (A) et l'élaboration du droit international (B).

A. L'extraterritorialité du droit américain

294. Il convient de clarifier en premier lieu que le lien entre la présente thèse, qui concerne le contrôle des investissements chinois dans les pays occidentaux, et l'extraterritorialité des lois internes est relativement faible. L'extraterritorialité d'une loi vise à « réguler ou prescrire pour des situations se déroulant ou s'étant déroulées en dehors de son territoire »⁷⁴¹. En revanche, le filtrage des investissements étrangers par les pays souverains est effectué par le gouvernement sur le territoire du pays, sans effet extraterritoriale. En effet, un investissement est considéré comme étranger lorsqu'un investisseur non national s'installe sur le territoire du pays d'accueil. Par conséquent, le contrôle exercé par les États-Unis sur les investissements chinois depuis leur territoire n'a pas d'effet extraterritorial. On peut affirmer que l'extraterritorialité et le contrôle des investissements étrangers agissent dans des directions inverses.

295. Cependant, pour offrir une perspective plus complète des instruments juridiques utilisés par les États-Unis pour promouvoir et défendre leurs interprétations du libéralisme, il est nécessaire de fournir une introduction préliminaire sur l'extraterritorialité du droit américain.

296. L'extraterritorialité concerne la situation où l'État cherche à appliquer son ordre juridique interne au-delà de ses frontières⁷⁴². Durant son histoire, la Chine a été forcée de signer des traités inégaux pendant la période de la diplomatie de la canonnière au XIXe siècle, lesquels ont prévu la cession du contrôle de Hong Kong, de Macao ainsi que le paiement des dépenses

⁷⁴⁰ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.646

⁷⁴¹ Lankarani L., « Une autre « loi d'application extraterritoriale » américaine », *RTD Eur.*, n°1, 2006, p.100

⁷⁴² Stern B., « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, Pâte de bois et de quelque autre... », *AFDI*, vol. 38, 1992, p.244

de guerre⁷⁴³. Ces traités ont également établi les zones de compétence extraterritoriale⁷⁴⁴, permettant que les citoyens des puissances occidentales soient soumis à la loi et à la juridiction de leurs pays d'origine, au lieu de celles de la Chine⁷⁴⁵. L'extraterritorialité existe depuis longtemps et prend diverses formes. Tant l'extraterritorialité que le droit international peuvent être considérés comme des techniques employées par l'hégémonie occidentale⁷⁴⁶.

297. De nos jours, les lois extraterritoriales américaines ont démontré qu'en pratique, elles peuvent servir « en tant qu'arme économique et levier politique »⁷⁴⁷. Techniquement, elles sont souvent présentées comme nécessaires pour « lutter contre le terrorisme et la corruption »⁷⁴⁸. Le rapport parlementaire sur les procédures extraterritoriales, rédigé par le député Raphael Gauvain, résume cette position en expliquant que :

« depuis la fin des années 90, on a assisté à une prolifération de lois à portée extraterritoriale, essentiellement d'origine américaine, permettant aux autorités de la 1^{ère} puissance mondiale d'enquêter, poursuivre et condamner, sous des prétextes divers (lutte anti-corruption, lutte contre le blanchiment d'argent, sanctions internationales, etc.), les pratiques commerciales d'entreprises ou d'individus du monde entier, même dans les cas où ces pratiques, individus ou entités n'avaient pas de lien, d'aucune sorte, avec les États-Unis ou leur territoire »⁷⁴⁹.

298. Les grandes entreprises européennes ont versé plus de 7 milliards de dollars aux autorités américaines⁷⁵⁰ au cours des 20 dernières années⁷⁵¹, à savoir Alcatel-Lucent, Technip, Siemens, Daimler, Lloyds, Crédit Suisse, Barclays, Total, ING, HSBS, ABN, AMRO, Standard Chartered, ENI, BAE Systems⁷⁵².

299. De manière générale, le principe de non-ingérence découlant de la souveraineté signifie que la juridiction d'un État est limitée à son territoire. Ainsi, le concept de loi d'application

⁷⁴³ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.618

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ Schwarzenberger G., *The Frontiers of International Law*, *op.cit.*, p.55

⁷⁴⁶ *Ibid.*

⁷⁴⁷ Romanet J., « L'extraterritorialité du droit américain : une nouvelle arme de guerre économique ? », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, p.1

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Gauvain R., « Rapport Parlementaire sur les procédures extraterritoriales », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, n°6921, p.31

⁷⁵⁰ Boulon O., « Une justice négociée », dans *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), 1^{ère} édition « Quadrige », Paris, PUF, 2020, p.40

⁷⁵¹ Gauvain R., « Rapport Parlementaire sur les procédures extraterritoriales », *op.cit.*, n°6921, p.31

⁷⁵² Boulon O., « Une justice négociée », *op.cit.*, p.39

extraterritoriale est lié au heurt des souverainetés⁷⁵³. Il est également admis qu'un État ne peut pas prendre de mesures sur le territoire d'un autre État en appliquant ses lois nationales sans le consentement de ce dernier⁷⁵⁴, comme l'a établi l'affaire du *Lotus* de CPJI⁷⁵⁵. En résumé, le droit international n'interdit pas l'application extraterritoriale du droit interne, « à l'exception des cas où elle se heurterait à une règle prohibitive contraire⁷⁵⁶ ». Plus particulièrement, le Professeur Brownlie identifie trois principes généraux pour justifier un acte extraterritorial : 1) un lien substantiel et de bonne foi entre l'objet et la source de la juridiction ; 2) le respect du principe de non-intervention dans la juridiction nationale ou territoriale des autres États ; 3) l'application d'un principe fondé sur des éléments d'accommodement, de mutualité et de proportionnalité⁷⁵⁷. Il faut ainsi comprendre que l'État « ne bénéficie pas d'une liberté d'action internationale illimitée et ne peut agir qu'en vertu d'un titre de compétences, défini par le droit international public »⁷⁵⁸.

300. Toutefois, il est également considéré que les « États sont trop attachés à une conception absolue de leur souveraineté pour se contenter de moyens de protection indirects fondés sur l'ambiguïté et la contradiction des corollaires du principe de l'égalité souveraine ou sur l'exclusivité de leurs compétences territoriales »⁷⁵⁹. En effet, hormis la coopération interétatique sur le sujet de l'extradition reconnue par le droit international, l'extraterritorialité des lois américaines s'applique généralement dans le domaine économique. On constate une croissance des actes unilatéraux des États-Unis vers l'extérieur, ce qui a conduit Redding Blake, dans un article célèbre, à appeler ce phénomène « *The long arm of the law* »⁷⁶⁰. Ce terme trouve son origine dans les pays occidentaux « en référence à une justice implacable, déterminée à traquer et unir les malfaiteurs, même au fin fond d'un *wild west* fort peu civilisé »⁷⁶¹, et a ensuite été transformé en un « terme juridique sur la compétence des tribunaux »⁷⁶². Plus

⁷⁵³ *Id.*, p.97

⁷⁵⁴ Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press Oxford, Cinquième édition 1988, p.310

⁷⁵⁵ CPJI, *Affaire Lotus*, 1927, Publications de la Cour permanente de justice internationale, série A, n°10, p.19

« Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. C'est cette liberté que le droit international laisse aux États, qui explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamations des autres États. »

⁷⁵⁶ Robin D-S, *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, 704 P. Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2018, p.116, paragr. 81

⁷⁵⁷ Brownlie I., *Principles of Public International Law*, *op.cit.*, p. 313

⁷⁵⁸ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 8^{ème} édition, Paris, Lextenso, 2009, p.562

⁷⁵⁹ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 9^{ème} édition, Paris, Lextenso, 2022, p.625

⁷⁶⁰ Redding B., « The Long Arm of the Law or the Invasive Reach of the American Legal System », *Int. Bus. L.J.*, n°5, 2007, p.659-668

⁷⁶¹ *Id.*, p.659

⁷⁶² *Ibid.*

particulièrement, ces actes unilatéraux démontrent que « les États-Unis d'Amérique ont tendance à vouloir régler le monde par leur droit interne, ce qui leur permet de contourner les procédures imposées par le droit international et de faire fi du principe de réciprocité »⁷⁶³. En effet, en tenant compte de la « puissance économique du pays, de sa force militaire et diplomatique qui lui permettent de prendre de telles mesures »⁷⁶⁴, il est possible de conclure qu'« aucun autre pays ne peut aujourd'hui imposer ses propres règles de droit au-delà de ses frontières »⁷⁶⁵. Il semble que *The long arm of the law* pourrait être plus adapté pour expliquer le cas spécifique des États-Unis que le terme plus neutre et moins spécifique d'extraterritorialité.

301. Il est observé qu'« il n'existe pas de dispositions législatives générales en droit américain sur les conditions dans lesquelles une loi peut avoir des effets extraterritoriaux »⁷⁶⁶. Au contraire, l'extraterritorialité des lois américaines est considérée comme « un sujet largement protéiforme mais dont la sévérité de l'impact dépend des opérations économiques envisagées »⁷⁶⁷.

302. En effet, d'un côté, *The long arm of the law* trouve son origine dans l'ordre exécutif datant du 14 novembre 1979⁷⁶⁸ prononcé par le président Carter des États-Unis, prévoyant le gel des avoirs iraniens⁷⁶⁹. Ce texte s'applique également aux filiales des banques américaines installées hors du territoire des États-Unis⁷⁷⁰. Dans le même logique, les deux lois américaines *Helms-Burton* et *Amato-Kennedy* datant de l'année 1996 ont cherché à imposer aux non-américains d'agir de la même manière que les américains, c'est-à-dire à ne plus commercer ou investir dans les pays ciblés tels que Cuba, l'Iran et la Libye. Les sanctions concernent non seulement les ressortissants des pays susmentionnés, mais également les partenaires commerciaux et financiers des États-Unis. Ces deux lois sont considérées comme « un exemple

⁷⁶³ Robin D-S., *Les actes unilatéraux des États comme éléments de formation du droit international*, 704 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2018, p.116, paragr.81

⁷⁶⁴ De Vauplane H., « Une nouvelle géopolitique de la norme », dans *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), 1^{ère} édition « Quadrige », Paris, PUF, 2020, p. 21-28

⁷⁶⁵ *Id.*, p.28

⁷⁶⁶ *Id.*, p.29

⁷⁶⁷ Guyader H., « Extraterritorialité des lois américaines, l'émergence de limites ? », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, n°6920, p.30

⁷⁶⁸ Executive Order 12170, 44 Fed. Reg. 65729, 14 novembre 1979

⁷⁶⁹ Edwards R.W., « Extraterritorial Application of the U.S. Iranian Assets Control Regulations », *AJIL*, vol 75, n°4, octobre 1981, p.870-902

⁷⁷⁰ Gavalda C., « L'efficacité juridique en France de l'executive order du président Carter « gelant » les avoirs officiels iraniens », *Gaz. Pal.*, 18 décembre 1979, p.645 ; Gianvit F., « Le blocage des avoirs officiels iraniens par les États-Unis (executive order du 14 novembre 1978) », *RCDIP*, 1980, p.279

caricatural dans lequel l'exacerbation des seuls intérêts américains a servi à justifier un unilatéralisme coercitif contraire aux principes régissant les compétences des États »⁷⁷¹.

303. Le cas plus le connu d'extraterritorialité de la loi américaine pour les Français est la pénalité imposée à la banque BNP Paris en 2014 d'un montant de 8,83 milliards de dollars. Cette dernière a été condamnée par les États-Unis sur le fondement du *Foreign Corrupt Practices Act* (ci-après FCPA) pour blanchiment d'argent et violation de l'embargo américain en faisant des affaires avec un certain nombre de pays comme Cuba, l'Iran et le Soudan⁷⁷². Le FCPA, première législation nationale pour réguler la corruption d'agents public étranger⁷⁷³, a été promulgué en 1977 et permet de sanctionner « la corruption directe ou indirecte d'un agent d'une autorité publique étrangère ou de toute personnes agissantes, officiellement ou non, pour le compte d'une autorité public »⁷⁷⁴. Dans le cas de la BNP Paribas, la loi américaine a été appliquée aux personnes n'étant pas de nationalité américaine, dans la filiale suisse de la BNP, et à des activités situées en dehors des États-Unis, c'est-à-dire des transactions avec le Soudan. Toutefois, les mesures de sanction appliquées sont bien situées sur le territoire américain, car le pays a sanctionné les opérateurs économiques présents aux États-Unis. Le professeur Bismuth a donc décrit d'extraterritorialité en expliquant que les prohibitions édictées ont une portée spatiale, alors que « les sanctions sont quant à elles strictement territoriales »⁷⁷⁵. Par ailleurs, afin d'établir le lien de rattachement, les États-Unis se sont fondés sur le fait que le paiement a été réalisé grâce au système financier américain, soit en utilisant des dollars. Bien évidemment, ceci est contestable selon Professeur Bismuth car une distinction devrait faite entre la souveraineté monétaire qui est limitée au territoire, et la « compétence fictive »⁷⁷⁶ fondée sur « une opération accessoire à la transaction litigieuse »⁷⁷⁷.

304. Un autre exemple concerne les lois antitrust américaines. Ces lois élargissent également leur juridiction en dehors de leur territoire⁷⁷⁸ en ce qui concerne les pratiques

⁷⁷¹ Robin D-S., *Les actes unilatéraux des Etats comme éléments de formation du droit international*, *op.cit.*, p.116, paragr.81

⁷⁷² Audit M., Bismuth R., Mignon-Colombet A., « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G*, n°1-2, 12 janvier 2015, p.64-64 ; v. également Bismuth R., « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2005, p.786-807

⁷⁷³ Boulon O., « Une justice négociée », *op.cit.*, p.41

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ Bismuth R., « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2005, p.798

⁷⁷⁶ *Id.*, p.797

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ Wu J., *Le contrôle des concentrations en Chine : Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence*, Aix-en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p 354, paragr. 1064

anticoncurrentielles, les ententes illicites ou les abus de position dominante⁷⁷⁹. L'application extraterritoriale du *Sherman Act* est établie d'abord par l'affaire *Continental Ore Co.*⁷⁸⁰ en 1962, puis par la loi *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982, et enfin par les lignes directrices établies par les *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* de 1995⁷⁸¹. En ce qui concerne les fusions et acquisitions relevant du *Clayton Act*, il est considéré que toutes les opérations de fusion et d'acquisition, qu'elles aient lieu à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire américain, doivent être considérées comme relevant de la juridiction américaine à condition qu'elles produisent des effets affectant de manière directe, substantielle et raisonnablement prévisible le commerce des États-Unis⁷⁸². Selon l'exemple donné par la ligne directrice⁷⁸³, la fusion entre deux entreprises étrangères, l'une en Europe et l'autre au Canada, relève de la compétence des juridictions américaines même si aucune des deux entreprises n'a d'actifs aux États-Unis. Il suffit que ces deux entreprises disposent de bureaux de vente et représentent ensemble un pourcentage substantiel des ventes américaines d'un produit particulier par le biais d'importations directes. Récemment, la division antitrust du Département de la Justice américain s'est opposée à une acquisition au-delà des limites de la juridiction américain. Il s'agissait d'une acquisition proposée par une entreprise chinoise, China International Marine Containers Ltd. (ci-après CIMC), d'une entreprise danoise, Maersk Container Industry (ci-après Maersk). La transaction, d'un montant de 987,3 millions de dollars, a été réalisée en septembre 2021 en dehors des États-Unis⁷⁸⁴. Le motif d'opposition donné par le Département de la Justice américain est que l'acquisition proposée aurait combiné deux des quatre fournisseurs mondiaux de caisses isothermes et de conteneurs maritimes réfrigérés⁷⁸⁵. Selon le site officiel de la société⁷⁸⁶ et également Bloomberg⁷⁸⁷, la CIMC dispose d'une filiale aux États-Unis, tandis que Maersk est également impliquée dans l'expédition maritime aux

⁷⁷⁹ *Id.*, p. 356, paragr. 1069

⁷⁸⁰ *Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690 (1962)

⁷⁸¹ Wu J., *Le contrôle des concentrations en Chine : Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence*, *op.cit.*, p.355-356, paragr. 1067-1068

⁷⁸² Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 3.14 Jurisdiction Under Section 7 of the Clayton Act

« Section 7 of the Clayton Act applies to mergers and acquisitions between firms that are engaged in commerce or in any activity affecting commerce. The Agencies would apply the same principles regarding their foreign commerce jurisdiction to Clayton Section 7 cases as they would apply in Sherman Act cases. »

⁷⁸³ Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 3.14 Jurisdiction Under Section 7 of the Clayton Act

⁷⁸⁴ Donnelly J., « \$1 billion CIMC – Maersk reefer deal scrapped following competition concerns », *porttechnology*, le 25 août 2022[en ligne: <https://www.porttechnology.org/news/1-billion-cimc-maersk-reefer-deal-scrapped/>] [consulté le 27 octobre 2022]

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ v. site officiel de CIMC : <https://www.cimc-tianda.com/gk/index.aspx>

⁷⁸⁷ v. Bloomberg company profile de CIMC USA Inc.

États-Unis⁷⁸⁸. Toutefois, bien que la présence des deux sociétés aux États-Unis semble avoir justifié l'extension de la compétence de la division antitrust selon l'interprétation de la loi américaine, ne s'agit-il pas une fois de plus d'une « justice comme menace »⁷⁸⁹ de la part des autorités américaines ?

305. Selon le député Raphael Gauvain, le *Cloud Act* entré en vigueur en mars 2018 représente « une étape supplémentaire dans cet affrontement multidimensionnel »⁷⁹⁰. Cette loi permet aux « autorités judiciaires américaines d'obtenir de stockage de données numériques (qui sont tous américains), sur la base d'un simple « warrant » (un simple mandat de perquisition), toutes les données non personnelles des personnes morales de toute nationalité quel que soit le lieu où ces données sont stockées »⁷⁹¹. Toutefois, le professeur Bismuth a souligné que ce point de vue doit être « appréhendé de manière nuancé et pragmatique »⁷⁹². En effet, le *Cloud Act* a été promulgué à la suite du refus de Microsoft de divulguer les informations stockées dans son « *data center* » en Irlande, car les moyens prévus par les traités d'entraide judiciaire (« *mutual legal assistance treaties* ») n'ont pas été utilisés dans l'affaire *Microsoft c. États-Unis*⁷⁹³. Le professeur Bismuth affirme que « les autorités américaines n'avaient aucune intention extraterritoriale à l'origine car elles ont réalisé ces demandes en relation avec une affaire qui ne présentait pas à l'origine d'élément d'extranéité sans savoir où ces données se trouvaient »⁷⁹⁴. En effet, l'extraterritorialité des lois américaines concerne les domaines traditionnels, tels que les mesures d'embargo visant Cuba ou l'Iran, ainsi que l'extraterritorialité fondée sur le dollar américain. Cette dernière forme d'extraterritorialité repose sur le paiement en dollars. Une transaction de ce type, « effectuée par une banque non-américaine vers une autre banque non-américaine a pour conséquence une opération de compensation qui implique des institutions financières sises sur le territoire des États-Unis »⁷⁹⁵. Dès lors, cela implique que les banques correspondantes aux États-Unis, chargées de superviser les opérations de compensation en dollars dans ce contexte, notamment pour les transactions impliquant des montants élevés, « transitent principalement par deux systèmes de paiement aux États-Unis : *Fedwire* qui est

⁷⁸⁸ v. site officiel de Maersk : <https://www.maersk.com/local-information/north-america>

⁷⁸⁹ Gros F., « Coopérer contre soi-même », dans *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), 1^{ère} édition « Quadrige », Paris, PUF, 2020, p. 156

⁷⁹⁰ Gauvain R., « Rapport Parlementaire sur les procédures extraterritoriales », *op.cit.*, n°6921, p.32

⁷⁹¹ *Ibid.*

⁷⁹² Bismuth R., « Fantômes et réalités autour de l'extraterritorialité du droit américain », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, n°6922, p.35

⁷⁹³ Bismuth R., « Le Cloud Act face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ? », *Rev. crit. dip.*, n°2, 2019, p.682

⁷⁹⁴ Bismuth R., « Fantômes et réalités autour de l'extraterritorialité du droit américain », *op.cit.*, n°6922, p.37

⁷⁹⁵ *Ibid.*

géré par la *Federal Reserve* et le *Clearing House Interbank Payments System* (CHIPS) qui est une chambre de compensation privée »⁷⁹⁶. Cette situation explique que les autorités américaines considèrent que la régulation relative au paiement en dollars américains relève de la « souveraineté monétaire »⁷⁹⁷, même en l'absence de « précédent sur ce titre de compétence en droit international public »⁷⁹⁸.

306. Une nouvelle tendance consiste à considérer que la surveillance exercée par les États-Unis sur les citoyens étrangers constitue une autre dimension de l'extraterritorialité⁷⁹⁹. Il convient néanmoins de noter que ce type de surveillance diffère du renseignement effectué pour prévenir la criminalité⁸⁰⁰. En effet, bien que la protection des données personnelles et le droit à la vie privée individuelle soient reconnus comme des droits humains, la surveillance liée à l'espionnage en temps de paix n'a pas été directement abordée par les traités internationaux ni les organisations internationales, laissant le sujet largement débattu⁸⁰¹. En même temps, même si une telle pratique peut être considérée comme une violation des droits humains, il est peu probable que les décideurs politiques renoncent à la surveillance extraterritoriale au titre de la sécurité nationale⁸⁰². Si des normes internationales doivent être établies, il est envisagé que la *lex ferenda* pourrait consister en la création d'un mécanisme permettant à la fois la surveillance extraterritoriale tout en garantissant la protection de la vie privée, en contournant les accords internationaux⁸⁰³. En effet, le contrôle des investissements étrangers présente une similitude. L'intervention gouvernementale dans les investissements étrangers contredit la philosophie du libéralisme. Le rôle d'autorégulateur et de la « main invisible » est pris en charge par le gouvernement lorsque ce dernier intervient dans les acquisitions effectuées par les investisseurs étrangers. Dans ce contexte, la sécurité nationale a été inventée comme une exception au libéralisme, justifiant ainsi cette intervention gouvernementale et permettant à l'Occident de maintenir une politique globale favorable au libéralisme. Toutefois, l'élargissement constant du concept de sécurité nationale a en réalité altéré la nature du libéralisme.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ Alogo De Obono J., *L'extraterritorialité des instruments de lutte contre la corruption : Etendue et limites*, 491 P., Thèse en droit : Université de Paris-Saclay, 2022, p.274

⁷⁹⁹ v. Srivastava R., « Reconciling Extraterritorial Surveillance with International Privacy Rights: A Modest Framework », *Cornell Int. Law J.*, vol 54, n°1, printemps 2021, p. 126-150

⁸⁰⁰ Petit-Prévost-Weygand E., « L'activité extraterritoriale des services de renseignement numérique : recherche de solutions techno-juridiques de protection des données », *JDI*, n°3, juillet-août-septembre, 2021, p.960

⁸⁰¹ Srivastava R., « Reconciling Extraterritorial Surveillance with International Privacy Rights: A Modest Framework », *op.cit.*, p. 129

⁸⁰² *Id.*, p. 132

⁸⁰³ *Ibid.*

307. Au vu des tensions entre les États-Unis et la Chine, le *Supplement No.4 to Part 744 des EAR*⁸⁰⁴-*Entity list* (ci-après l'*Entity list*) a également été considéré comme une forme d'embargo, présentant des caractéristiques extraterritoriales⁸⁰⁵. Sur cette liste, plus de 250 sociétés chinoises, considérées comme concurrentes des sociétés spécialisées en technologies des États-Unis, ont été incluses, y compris Huawei et ses filiales en dehors du territoire des États-Unis, ainsi que Dahua, Hikvision, ZTE, iFlytek et China General Nuclear Power Corporation (CGNPC) depuis août 2018. Cependant, il est douteux de considérer le traitement d'*Entity list* comme un nouvel exemple d'extraterritorialité, car la loi américaine interdit aux entreprises américaines d'exporter, réexporter et transférer leurs produits et technologies aux entreprises chinoises avant d'avoir préalablement sollicité une licence d'exportation. Une telle mesure permet aux autorités américaines de bloquer les exportations vers les entreprises chinoises par ses entreprises nationales. Une extraterritorialité de la loi américaine ne semble pas avoir été identifiée, car ces mesures ne s'appliquent pas aux entreprises chinoises, mais uniquement aux entreprises nationales. Ces mesures sont en constant renforcement. Le 7 octobre 2022, les États-Unis ont ajouté à la liste d'interdiction d'exportation les semi-conducteurs, ainsi que de nouvelles exigences de licence pour les éléments destinés à un supercalculateur, au développement ou à la production de semi-conducteurs destinés à une utilisation finale en Chine. Ces mesures ont été prises au titre de la sécurité nationale et de l'intérêt de la politique étrangère⁸⁰⁶. Comme mentionné précédemment, les entreprises américaines n'ont pas le droit de procurer ces produits ou technologies aux entreprises chinoises en l'absence de licences accordées par l'administration américaine⁸⁰⁷. Ensuite, le 25 novembre 2022, la Commission fédérale des communications a annoncé l'interdiction des exportations d'équipement de télécommunications et de vidéosurveillance vers les entreprises chinoises considérées comme constituant une menace pour la sécurité nationale, telles que Huawei, ZTE, Hytera, Hikvision et Dahua⁸⁰⁸. Il est important de remarquer que ce type de contrôle est réalisé plutôt par le biais

⁸⁰⁴ Export Administration Regulations

⁸⁰⁵ Guyader H., « Extraterritorialité des lois américaines, l'émergence de limites ? », *op.cit.*, n°6920, p.30

⁸⁰⁶ Bureau of Industry and Security, Communiqué de presse, Commerce Implements New Export Controls on Advanced Computing and Semiconductor Manufacturing Items to the People's Republic of China (PRC), le 7 octobre 2022[en ligne : <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press-releases/3158-2022-10-07-bis-press-release-advanced-computing-and-semiconductor-manufacturing-controls-final/file>] [consulté le 26 octobre 2022]

⁸⁰⁷ Chappron C., « Les sanctions américaines brisent les ambitions chinoises dans les semi-conducteurs », *AGEFI*, le 26 octobre 2022

⁸⁰⁸ FCC Bans Equipment Authorizations for Chinese Telecommunications and Video Surveillance Equipment Deemed to Pose a Threat to National Security, Report and Order, Order and Further Notice of Proposed Rulemaking, le 25 novembre 2022

de restriction sur l'exportation, concernant le commerce international au lieu de l'investissement.

308. Enfin, la détention de Madame Meng Wanzhou, Directrice financière de Huawei, est souvent citée comme un exemple classique d'application extraterritoriale du droit américain. En effet, la détention au Canada de Madame Meng en décembre 2018 à la suite d'une demande d'extradition américaine provisoire a été initialement effectuée pour des accusations de violation des sanctions contre l'Iran, révélées par les médias américains⁸⁰⁹. Les médias chinois ont considéré le cas de Madame Meng comme une version chinoise de l'incident Alstom et comme un exemple de l'exterritorialité de la loi américaine. Puis, en janvier 2019, le Département de la Justice américain a fait une annonce officielle concernant la demande d'extradition pour fraude bancaire et électronique, ainsi que pour entrave à la justice et complot en vue de voler des secrets commerciaux à T-Mobile US Inc⁸¹⁰. La procédure d'extradition est demandée dans le cadre de la coopération interétatique sur l'extradition et est reconnue par le droit international comme un type d'action extraterritoriale accepté. Toutefois, la nouvelle raison développée par les États-Unis ne semble plus être le classique *The long arm of the law* tel qu'on le connaît. En l'absence de plus de détails et compte tenu du fait que la raison de cette demande d'extradition n'a jamais été exposée par la justice américaine, il est difficile de déterminer si la raison invoquée relève d'un acte commis à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire des États-Unis. La suite de l'affaire de Madame Meng révèle que la justice américaine a levé la demande d'extradition et suspendu les poursuites à son encontre, et qu'elle est retournée en Chine en septembre 2021⁸¹¹. Toutefois, qu'il s'agisse véritablement d'une action extraterritoriale ou non, la demande d'extradition émise par les États-Unis à l'encontre de Madame Meng peut être considérée comme une forme de « justice sans juge, une justice sans procédure prononcée de peine publique, une justice sans garantie, une justice de bout en bout *négociée* »⁸¹², remettant en question son caractère véritablement judiciaire.

⁸⁰⁹ Horwitz J., « US case against Huawei CFO revealed in Canadian court », *CNN Business*, le 9 décembre 2018[en ligne: <https://edition.cnn.com/2018/12/07/tech/huawei-cfo-us-case/index.html>] [consulté le 18 septembre 2022]

⁸¹⁰ Reuters Staff, « U.S. unseals indictments against China's Huawei and CFO Meng Wanzhou », *Reuters*, le 29 janvier 2019[en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-usa-china-huawei-tech-charges/u-s-unseals-indictments-against-chinas-huawei-and-cfo-meng-wanzhou-idUSKCN1PM2H5>] [consulté le 18 septembre 2022]

⁸¹¹ Latribune.fr, « Affaire Huawei : la justice américaine suspend ses poursuites, Meng Wanzhou rentre en Chine », *La Tribune*, le 25 septembre 2021[en ligne: <https://www.latribune.fr/technos-medias/telecoms/affaire-huawei-la-justice-americaine-suspend-ses-poursuites-meng-wanzhou-rentre-en-chine-893071.html>] [consulté le 18 septembre 2022]

⁸¹² Gros F., « Coopérer contre soi-même », *op.cit.*, p. 156

309. En fin de compte, il est nécessaire de reconnaître que tant l'extraterritorialité de ses lois internes que la mise en place d'une *Entity List* pour restreindre les exportations vers la Chine, ou encore l'activation d'un contrôle CFIUS sur TikTok, ne sont que des exemples de l'utilisation des divers outils juridiques par les États-Unis pour servir leurs intérêts, même au détriment de l'objectif de libéralisme du droit international économique.

B. La constitution du droit international économique

310. La « primauté du droit international »⁸¹³ est la raison pour laquelle les États-Unis ont choisi d'élaborer le droit international afin de défendre leur politique néolibérale (1). En effet, une fois engagés dans des traités d'investissements, ces accords sont devenus l'outil juridique privilégié pour encadrer le pouvoir souverain d'un autre État en matière de réglementation des investissements étrangers (2). Certains juristes ont même avancé que le droit international est devenu un instrument moderne utilisé par les États comme une arme contre leurs adversaires⁸¹⁴. Selon le professeur Wei, « la règle néo-libérale actuelle, ..., emploie un discours sur le développement pour construire un modèle juridique de subordination globale aux intérêts des puissants, figeant ainsi les résultats et créant un cadre juridique pour l'expansion du capitalisme et les nouvelles inégalités qu'il engendre »⁸¹⁵.

1) La supériorité du droit international

311. Il convient toutefois de noter en premier lieu que la reconnaissance même du droit international a été un sujet qui a suscité de nombreuses discussions juridiques. Différentes théories tentent d'expliquer l'existence ou non du droit international en raison de son manque d'autonomie. Le monisme, bien qu'abandonné par la plupart de la doctrine, considère que le droit interne est supérieur au droit international, en se basant sur la « théorie pure du droit » de Kelsen⁸¹⁶. A contrario, les dualistes « refusent de raisonner en termes de supériorité »⁸¹⁷. Selon eux, le droit interne et le droit international « n'ont pas le même objet, et ne réglementent pas les mêmes rapports sociaux »⁸¹⁸. Le conflit entre les deux normes est donc « ni possible, ni

⁸¹³ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009, *op.cit.*, p. 107

⁸¹⁴ Qureshi W.A., « Lawfare: the Weaponization of International Law », *Houst. J. Int. Law*, vol 42, n°1, automne 2019, p.41

⁸¹⁵ 魏磊杰(Wei L.), « 全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权 », *环球法律评论*, n°5, 2013, p.88 (« L'impérialisme juridique à l'ère de la mondialisation et l'hégémonie discursive de l'État de droit », *Global Law Review*, n°5, 2013, p.88)

⁸¹⁶ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009, *op.cit.*, p. 108

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p. 130

illogique, ni choquant, puisque la norme interne s'applique exclusivement dans le cadre de l'État et ne pénètre pas, en tant que norme, dans l'ordre juridique international »⁸¹⁹.

312. Aujourd'hui, l'existence du droit international est généralement acceptée⁸²⁰. Le droit international est considéré comme un outil important « afin de régler la question des interférences de leur souveraineté et des droits de leur nationaux respectifs »⁸²¹. Traditionnellement, en vertu des traités de Westphalie, les États sont les principaux acteurs dans la création du droit international⁸²². L'un des moyens les plus importants par lesquels les États souverains exercent leur pouvoir normatif est la négociation des conventions internationales ou la participation à des conventions déjà existantes. Dans cette perspective, les États sont « similaires aux opérateurs privés » dans la société internationale et négocient entre eux pour organiser la coopération⁸²³. Cependant, les États souverains ont l'intention de demeurer maîtres du jeu. En effet, le « souverain – peuple, nation ou roi selon le régime - possède un pouvoir qui échappe au contrôle de quiconque »⁸²⁴. Néanmoins, un État souverain est « obligé de composer avec les autres souverainetés »⁸²⁵. Car « on ne peut maintenir l'indépendance souveraine qu'en la concevant soumise à la limitation extérieure et réciproque de toutes les souverainetés étatiques »⁸²⁶. Bien loin de l'époque des empires, il existe aujourd'hui de nombreux échanges interétatiques sous forme de commerce international et d'investissements internationaux entre environ 200 États dans le monde. Dans un contexte de coexistence entre entités souveraines égales, et alors que chacune souhaite exercer une souveraineté absolue, « le droit international est l'indispensable régulateur de cette coexistence »⁸²⁷. Un État est donc notamment lié par le droit international par lequel il exprime ses engagements. Les accords contractuels étatiques peuvent entraîner une modification du droit interne en vertu de la supériorité du droit international de manière générale. En effet, l'article 27 de Convention de Vienne sur le droit des traités précise qu'un État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Le droit national doit s'adapter aux engagements internationaux⁸²⁸. Par conséquent, le droit international, « impose des défis et des interactions

⁸¹⁹ *Ibid.*

⁸²⁰ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009, *op.cit.*, p. 100

⁸²¹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.29

⁸²² Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.223

⁸²³ Audit M., Bollée S., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, *op.cit.*, p.95

⁸²⁴ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.22

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p. 117

⁸²⁸ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, 369 P., Thèse en droit : Université de Panthéon-Sorbonne, 2020, p.88, paragr.192

multiples supplémentaires au droit interne »⁸²⁹. Toutefois, « [l]a relativité de l'obligation ne révèle pas une obligation affaiblie, mais une exigence normative qui implique que la norme internationale ait un sens non pour le droit international en soi, mais seulement pour la coopération des États et le développement interne de chacun d'eux »⁸³⁰. Néanmoins, en parallèle, le droit interne, en tant que résultat de l'expression de la souveraineté interne par l'État, ne peut pas en lui-même entraîner une modification du droit international. En effet, un traité international ne peut être modifié que par le biais de renégociations entre États parties au traité. Un autre moyen important pour qu'un État souverain puisse se désengager est de se retirer d'un traité ou d'une organisation internationale.

313. De nos jours, la supériorité du droit international est également considérée comme un principe accepté par de nombreux États, ou, autrement dit, ce principe est « reconnu » par les États⁸³¹. Après la Deuxième Guerre mondiale et compte tenu de la nécessité de former une communauté internationale en paix, les États ont accepté ce principe par le biais de différentes méthodes. Les pays européens, tel que la France, l'Italie, l'Allemagne et les Pays-Bas l'ont reconnu dans leurs Constitutions respectives⁸³². Par exemple, dans le cas de la France, un traité international a une valeur supérieure à celle d'une loi française « même postérieure »⁸³³ après sa ratification et sa publication en France.

314. Cependant, la reconnaissance de la supériorité du droit international n'est pas aussi évidente chez les Américains⁸³⁴. En effet, le deuxième paragraphe de l'article VI de la Constitution des États-Unis prévoit que tant la constitution que les traités constituent la loi suprême du pays. Cela différencie déjà le cas des autres pays du continent européen. De plus, le concept de « suprématie constitutionnelle »⁸³⁵ vis-à-vis des traités internationaux ou d'« hégémonie constitutionnelle » pour prendre en compte le droit international, notamment en ce qui concerne les droits de l'homme⁸³⁶, sont des phénomènes qui se manifestent dans les tribunaux américains.

⁸²⁹ Kolb R., *Théorie du droit international, op.cit.*, p. 116

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ *Ibid.*

⁸³² 赵建文(Zhao J.), « 国际条约在中国法律体系中的地位 », *法学研究*, n°4, 2010, p.191 (« Le statut des traités internationaux dans le système juridique chinois », *Chinese Journal of Law*, n°4, 2010, p.191)

⁸³³ Clavel S., *Droit international privé, op.cit.*, p. 28

⁸³⁴ Spiro P., « Treaties, International Law and Constitutional Rights », *SLR*, vol 55, n°5, mai 2003, p.1999-2028

⁸³⁵ *Id.*, p. 2025

⁸³⁶ *Id.*, p. 2027

Texte original : « The continuing refusal to contemplate the international determination of rights betrays the embedded nationalist orientation of constitutional theory, and the field of foreign relations law proves to be no

315. Malgré la suprématie de sa propre constitution en droit interne par rapport au droit international, la superpuissance a opté pour l'utilisation du droit international afin de structurer la gouvernance mondiale sous sa direction, ce que le Pr. Wei appelle plus précisément « la mondialisation du droit et l'américanisation du droit mondial »⁸³⁷. En ce qui concerne les investissements internationaux, les réglementations nationales constituent peut-être le plus grand obstacle à la politique néolibérale qui favorise la promotion de la libre circulation des capitaux et des investissements directs. Par le biais d'engagements sous forme de traités et de conventions internationales signés et ratifiés par les États souverains eux-mêmes, la primauté du droit international peut devenir l'outil juridique clé pour contre les mesures protectionnistes mises en œuvre par les États souverains sur leur territoire.

316. Il est toutefois nécessaire de préciser qu'un tel constat concernant la supériorité du droit international n'a pas fait l'objet d'une recherche détaillée sur un sujet qui a déjà été largement étudié et discuté. Au contraire, ce constat vise à illustrer que « l'existence du droit international est fournie par l'observation »⁸³⁸. Il existe « parce que les États, les hommes politiques, les mouvements d'opinion, les organisations internationales, gouvernementales ou non, le reconnaissent et l'invoquent »⁸³⁹, et il serait hautement improbable que tant de personnes consacrent autant de temps, d'énergie, d'intelligence et, parfois d'argent à poursuivre « une chimère »⁸⁴⁰. Le droit international est ainsi une manifestation de l'« imagination commune » des *homos sapiens*.

2) Les traités internationaux favorisant le libéralisme

317. Les traités d'investissement, composés d'environ 3000 TBI et de plus de 300 traités d'intégration régionale ayant un chapitre sur l'investissement⁸⁴¹, « ont constitué l'un des domaines les plus actifs de l'élaboration du droit international au cours des cinquante dernières années »⁸⁴². Les États-Unis ont contribué et activement participé à la création d'un réseau de

exception. .. Accompanying doctrines of constitutional hegemony deviations notwithstanding, were justified in a world in which law offered no protection of individual rights »

⁸³⁷ 魏磊杰(Wei L.), « 全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权 », *op.cit.*, p.88 (« L'impérialisme juridique à l'ère de la mondialisation et l'hégémonie discursive de l'État de droit », *op.cit.*, p.88)

⁸³⁸ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.100

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ UNCTAD, World Investment Report. 2016, p. 101

⁸⁴² Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.127

Texte original: « Investment treaties, [...], have constituted one of the world's most active areas of international law making during the last fifty years. »

traités internationaux favorisant le libéralisme (a). L'ALENA sert ainsi d'exemple important pour démontrer comment l'importance du libéralisme a dépassé tous autres valeurs, y compris la protection de l'environnement (b).

a) La priorité de la protection de la propriété d'investisseur

318. Il est important de rappeler que la doctrine en matière de droit international de l'investissement, promue par les États-Unis, a eu pour concurrente la doctrine Calvo. Cette dernière a été développée par le diplomate et juriste argentin Carlos Calvo en 1868⁸⁴³. Plus précisément, la doctrine Calvo est considérée comme étant « pro-État hôte »⁸⁴⁴ ou favorable aux pays en développement, tandis que la formule Hull, élaborée par les États-Unis, est plutôt perçue comme étant « pro-investisseur »⁸⁴⁵.

319. La doctrine Calvo a été développée à l'origine par les pays latino-américains, et a rapidement trouvé une acceptation parmi les pays africains et asiatiques⁸⁴⁶. Cette doctrine met en avant l'égalité entre les pays souverains ainsi que les principes d'indépendance et de non-ingérence⁸⁴⁷. Elle soutient que les investisseurs étrangers entrent volontairement dans le pays d'accueil et ne peuvent prétendre à un traitement préférentiel par rapport aux entreprises locales. Par exemple, ils doivent soumettre leurs réclamations aux tribunaux nationaux et utiliser les voies de recours internes disponibles⁸⁴⁸. Cependant, les juristes occidentaux ont critiqué les décisions des tribunaux nationaux dans les pays d'Amérique latine, les qualifiant de superficielles et peu impliquées dans les véritables enjeux⁸⁴⁹. Par conséquent, l'usage de la doctrine Calvo par les États d'Amérique latine a été critiqué pour être parfois utilisé pour éviter leur responsabilité internationale de protéger les investissements étrangers⁸⁵⁰.

320. De nombreux États d'Amérique latine ont même intégré la doctrine dans leurs constitutions et lois, en exigeant que tout contrat entre un étranger et un gouvernement contienne une clause Calvo⁸⁵¹. Ces pays d'Amérique latine ont également fait des efforts pour

⁸⁴³ Garcia-Mora M.R., « The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law », *Marquette Law Review*, vol 33, n°4, printemps 1950, p.205; v. également Leban C., « Droit international des investissements : un survol historique », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben (dir.), Paris, Pedone, 2015, p.15-19

⁸⁴⁴ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *Fordham L. Rev.*, vol 81, 2013, p.989

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 47

⁸⁴⁷ Garcia-Mora M.R., « The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law », *op.cit.*, p.206

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ *Id.*, p.213

⁸⁵⁰ *Ibid.*

⁸⁵¹ *Id.*, p.206

incorporer la doctrine Calvo dans un accord panaméricain, à savoir la « Convention relative aux droits des étrangers » adoptée en 1902 à Mexico⁸⁵². Le nouvel ordre économique international a été également résulté du soutien des pays en développement à la doctrine Calvo, comme en témoigne l'adoption en 1962 par l'Assemblée générale des Nations Unies de la Résolution sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles⁸⁵³.

321. En parallèle, se développe une théorie concurrente élaborée par l'ambassadeur des États-Unis Cordell Hull⁸⁵⁴, qui a été initialement mobilisée dans le contexte de l'expropriation des compagnies pétrolières détenues par les investisseurs privés américains en 1938⁸⁵⁵, à la suite de la Révolution Mexicaine de 1910 à 1920⁸⁵⁶. Selon l'ambassadeur Hull, les investissements étrangers sont considérés comme des actifs appartenant aux investisseurs étrangers, et par conséquent, une indemnisation « rapide, adéquate et efficace » est requise pour l'expropriation⁸⁵⁷. D'un côté, la formule de Hull a été rejetée lors de l'adoption de la Charte des droits et devoirs économiques des États par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1974⁸⁵⁸. D'un autre côté, les pays développés, y compris les États-Unis, ont commencé à signer des TBI avec les pays en développement afin de « réinstaurer la formule Hull »⁸⁵⁹. Ainsi, le développement rapide des pays asiatiques a d'une manière ou d'autre semblé avoir donné un bon exemple, ce qui témoigne de l'impact de la théorie néolibérale. Ces cas ont permis de considérer et de justifier que l'investissement étranger est bénéfique, notamment pour les pays en développement. Ensuite, le manque de capital des banques privées, suivi des prêts de pétrodollars⁸⁶⁰, et la fin de la guerre froide ont contribué à l'acceptation du néolibéralisme et de la doctrine Hull plutôt que de la doctrine Calvo. La clause d'expropriation, selon l'esprit de la formule de Hull, est donc développée et actuellement présente dans la plupart des traités d'investissement⁸⁶¹. Par conséquent, contrairement à la volonté des pays tiers qui cherchaient à renforcer leur souveraineté en s'appuyant sur la doctrine Calvo, les pays développés,

⁸⁵² *Id.*, p.219

⁸⁵³ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations», *op.cit.*, p.990

⁸⁵⁴ *Id.*, p.989

⁸⁵⁵ Maurer N., « The Empire Struck Back: Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938 », *The Journal of Economic History*, vol 71, n°3, septembre 2011, p.605

⁸⁵⁶ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations», *op.cit.*, p.989

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ *Id.*, p.990, v. également Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11», *op.cit.*, p. 537

⁸⁵⁹ *Id.*, p.990-991

⁸⁶⁰ *Id.*, p.2

⁸⁶¹ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations», *op.cit.*, p.989

notamment les États-Unis, ont pu promouvoir la valeur néolibérale en favorisant les intérêts de leurs entreprises internationales à travers plus de 3000 TBI ayant pour objectif principal la protection de leur liberté d'investissement⁸⁶².

322. Pendant l'apogée du néolibéralisme, un nombre croissant de traités bilatéraux d'investissement ont été signés par la plupart des États, en suivant le modèle développé par les pays occidentaux, intégrant la formule Hull⁸⁶³. Il est important de noter que ces pays en développement ont adopté ces TBI basés sur les modèles occidentaux sans pour autant examiner soigneusement les alternatives disponibles⁸⁶⁴. Plus précisément, il a été démontré que de nombreux pays en développement ont eu une faible contribution dans la rédaction des premiers TBI⁸⁶⁵ et ont parfois « confondu les termes avec une *soft law* non contraignante »⁸⁶⁶. Le droit international, y compris le droit des investissements internationaux, est également perçu comme « une arme de propagation universelle des standards de traitement pratiqués par les « nations civilisées », subis par les autres comme une nouvelle forme de domination, les accords d'investissement ont prospéré dans la nébuleuse d'un « droit international commun » de la conditions des étrangers, puis de la protection des investisseurs étrangers, dont les normes n'ont jamais été clairement définies »⁸⁶⁷.

323. Par conséquent, les États qui ont participé à ce jeu international se voient limités dans l'exercice de leur pouvoir souverain de contrôler les investissements étrangers. De plus, ils ne sont pas toujours conscients que ces TBI pourraient leur coûter cher lorsqu'ils deviennent les

⁸⁶² Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.629 et 639

⁸⁶³ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.991

⁸⁶⁴ Jones C., Rao W., « (Un)stable BITs », *op.cit.*, p.249

⁸⁶⁵ *Id.*, p.249

Text original : « Evidence also suggests that many developing countries had little input in the drafting of early BITs, the terms of which would later prove costly for many host countries.»

⁸⁶⁶ *Id.*, p.250

Text original : « At times, the negotiators from developed countries had to explain the meaning of treaty terms to their developing country counterparts, who often mistook the terms for nonbinding soft law. »

⁸⁶⁷ Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers » dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p.269

États défendeurs dans les arbitrages relatifs aux investissements⁸⁶⁸. En effet, environ 3000 traités bilatéraux d'investissement ont été signés et ratifiés en cinquante ans⁸⁶⁹.

324. L'objectif de la protection de l'investissement international a conduit à une tendance visant à établir de plus en plus de règles afin d'éliminer les barrières au niveau national contre les investissements étrangers. Dans le cadre des relations bilatérales, pratiquement tous les TBI ont inclus des clauses relatives au traitement juste et équitable, au traitement national, ainsi qu'à l'indemnisation en cas d'expropriation, toutes ces protections concernant généralement la phase du « post-investissement ». En réalité, tout cela est en accord avec la logique de la liberté telle qu'initialement soulevée par John Locke : la liberté de la protection de propriété. Un investissement qui est déjà installé dans le pays d'accueil est considéré comme la propriété de l'investisseur étranger. C'est ainsi que la garantie de l'accès dans la phrase préinvestissement n'est généralement pas intégrée dans les traités bilatéraux, adoptant ainsi le « modèle européen » largement utilisé⁸⁷⁰. Cela s'explique par le fait qu'il est généralement admis par le droit international coutumier⁸⁷¹ et la Charte des droits et devoirs économiques des États adoptée en 1974 que l'État souverain dispose de la compétence pour contrôler les investissements étrangers. La phase de « préinvestissement » « demeure soumise au seul droit interne de l'État »⁸⁷², car dans la logique du libéralisme lockéen, la protection de propriété est essentielle alors que l'actif n'est pas encore présent dans le pays d'accueil⁸⁷³. Les États peuvent donc bien décider quels sont les domaines ouverts aux investissements étrangers, ainsi que les autres types de contrôles relatifs au préinvestissement. Toutefois, le « modèle américain » a un objectif plus

⁸⁶⁸ Jones C., Rao W., « (Un)stable BITs », *op.cit.*, p.250

Par exemple, le Pakistan a été le premier pays à conclure un traité bilatéral d'investissement (TBI) avec l'Allemagne en 1959. Dans un entretien avec l'ancien procureur général du Pakistan, Makhdoom Ali Khan, il a été révélé que les responsables pakistanais participant aux négociations du TBI considéraient à tort que le traité n'était qu'un simple morceau de papier destiné à améliorer l'image du pays. Cependant, lorsque le pays a été confronté pour la première fois à une demande d'arbitrage de plusieurs millions de dollars déposée par un investisseur suisse en 2001, le procureur général du Pakistan ne savait même pas ce qu'était un TBI et a dû effectuer des recherches sur Google pour en comprendre les implications.

v. Poulsen S.L., Vis-Dunbar D., « Reflections on Pakistan's investment-treaty program after 50 years: an interview with the former Attorney General of Pakistan, Makhdoom Ali Khan », *IISD*, le 16 mars 2009[en ligne: <https://www.iisd.org/itn/en/2009/03/16/pakistans-standstill-in-investment-treaty-making-an-interview-with-the-former-attorney-general-of-pakistan-makhdoom-ali-khan/>] [consulté le 3 décembre 2022]

⁸⁶⁹ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.251

⁸⁷⁰ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des États : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p. 513

⁸⁷¹ Bonnitca J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.637

⁸⁷² Carreau D., *Répertoire de droit international Investissement*, *op.cit.*, paragr. 190

⁸⁷³ Par exemple, l'article 2 intitulé « Encouragement et admission des investissements » dans l'accord bilatéral d'investissement entre la France et la Chine stipule que : « Chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent Accord ».

ambitieux soit d'inclure la phase de préinvestissement. L'Accord de libre-échange nord-américain (l'ALENA ou NAFTA en anglais) de 1994 a inclus les types d'investissements sous forme de l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la conduite, l'opération et la vente pour bénéficier du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée⁸⁷⁴. Plus précisément, les États-Unis ont cherché à étendre le traitement national de l'investissement étranger dans la phase de préinvestissement depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale⁸⁷⁵. En effet, à une époque où le néolibéralisme était considéré comme la solution pour le développement économique et la garantie de la paix, sa domination ne cessait de s'élargir grâce à l'élaboration du droit international sous l'hégémonie des États-Unis.

325. En dehors des TBI, il faut mettre en évidence qu'il n'existe actuellement aucun « mécanisme centralisé »⁸⁷⁶ en matière de droit international de l'investissement. Au contraire, comme l'a noté le Professeur Carreau, aucune des tentatives visant à élaborer un accord multilatéral sur l'investissement n'a abouti⁸⁷⁷. Ces différentes tentatives de négociation d'une convention multilatérale sont soit initiées par les États-Unis, soit par d'autres pays développés. Parmi les exemples d'échecs notables figurent la Charte de la Havane de 1948 et l'Accord multilatéral sur l'investissement de 1994(AMI).

326. Comme mentionné précédemment, la Charte de la Havane de 1948 avait envisagé d'intégrer des dispositions relatives aux investissements en lien avec le commerce, et avait prévu d'inclure ces points dans les statuts de la future Organisation internationale du commerce (OIC)⁸⁷⁸. Toutefois, comme évoqué plus haut et selon les juristes américains, l'échec de ce traité est attribué au refus du Congrès américain de le ratifier⁸⁷⁹. Cet échec a donc conduit à la renégociation de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) plutôt que d'inclure les dispositions prévues par la Charte de la Havane.

327. Ensuite, la mission d'élaborer l'AMI a été confiée à l'OCDE en juin 1994⁸⁸⁰. À l'époque de la prédominance du néolibéralisme, on considérait que le moment était venu⁸⁸¹ pour un traité multilatéral similaire au GATT, étant donné la volonté apparente des pays en développement

⁸⁷⁴ L'article 1102 et l'article 1103

⁸⁷⁵ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.637

⁸⁷⁶ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 24

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 64

⁸⁷⁹ Toye R., « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Organization, 1947-1948 », *op.cit.*, p. 283

⁸⁸⁰ *Id.*, paragr. 8

⁸⁸¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, p. 3

de libéraliser leurs économies et de conclure des traités économiques bilatéraux⁸⁸². Cependant, l'échec de la conclusion de l'AMI, selon le professeur Sonarajah, trouve en partie ses racines au sein des pays membres de l'OCDE, principalement composés de pays développés⁸⁸³. Ces pays ont éprouvé des difficultés à se mettre d'accord sur les principes et les règles de protection des investissements étrangers⁸⁸⁴. Parallèlement, des pressions extérieures ont également contribué à l'échec des négociations de l'accord. Des écologistes et des défenseurs des droits de l'homme ont protesté contre le projet, critiquant la protection des investissements sans faire allusion à la nécessité de protéger l'environnement et les droits de l'homme face aux abus des entreprises multinationales⁸⁸⁵. Le Professeur Wälde a relevé différentes sources de conflits. Pour les États-Unis et le Canada, l'échec résulte des tensions entre entités fédérées et la structure fédérale⁸⁸⁶. En outre, les contestations de groupes culturels, tant en France qu'au Canada, ont également contribué à l'effondrement du traité⁸⁸⁷.

328. Après l'échec de l'AMI, l'idée d'engager des négociations pour un tel traité au sein de la « jeune OMC »⁸⁸⁸ et de lui donner la responsabilité de le réglementer émerge dans le Cycle de négociations de Doha. Toutefois, le Cycle de Doha pour le développement reflète le mécontentement et la volonté des États en développement de résister aux règles qu'ils estiment inéquitables⁸⁸⁹. Suite à l'échec de la réunion de Cancún en 2003, et ensuite lors de la réunion de Genève du 1^{er} août 2004⁸⁹⁰, le sujet de l'investissement est retiré de l'ordre du jour⁸⁹¹. Selon le professeur Carreau, lorsque la rubrique « commerce et investissement » disparaît de l'ordre du jour, cela signifie que « l'OMC ne pouvait pas prendre le relais de l'OCDE pour établir un régime juridique des investissements privés internationaux qui aurait eu une vocation à l'universalité »⁸⁹². En effet, le professeur Carreau considère que « le droit international du commerce ne semble se préoccuper de l'investissement étranger direct que dans la mesure où celui-ci est susceptible d'affecter négativement les échanges internationaux »⁸⁹³. Le système

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Id.*, p.4

⁸⁸⁶ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p. 23

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 66

⁸⁸⁹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.34

⁸⁹⁰ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 66

⁸⁹¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.34

⁸⁹² Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 66

⁸⁹³ Carreau D., « Commerce et investissements », dans *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Ferhat Horchani(dir.), Paris, A.Pedone, 2006, p. 19

OMC est « déjà assez touffu »⁸⁹⁴. Lui donner de nouvelles compétences en matière d'investissement international « aurait sans doute rencontré de forte résistance de la part des États devant le poids d'une telle institution »⁸⁹⁵.

329. En dehors des normes internationales liées à la promotion de l'investissement étranger, le règlement des différends en matière d'investissement constitue un autre outil juridique essentiel. La Convention de Washington de 1965 portant création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a actuellement été ratifiée par 155 États⁸⁹⁶. Le CIRDI, reconnu comme l'institution d'arbitrage la plus prédominante⁸⁹⁷, a pour objectif de « la protection de l'investisseur et la marginalisation des intérêts des pays d'accueil de l'investissements, y compris lorsque ces derniers sont des pays développés »⁸⁹⁸. Cette initiative a marqué une révolution majeure dans le droit international coutumier. En effet, pendant la première moitié du XXe siècle, le règlement des différends via des modes diplomatiques était la seule option en matière d'investissement international⁸⁹⁹. Le constat provient du fait que le droit international coutumier ne paraît pas suffisant pour régler les différends entre les investisseurs et les pays d'accueil⁹⁰⁰. La protection diplomatique était alors considérée comme trop restreinte pour les intérêts des investisseurs⁹⁰¹. Ainsi, la négociation et la conclusion de nombreux TBI ainsi que plusieurs tentatives visant à établir des traités internationaux en matière d'investissement ont commencé à définir les règles régissant la relation entre les investisseurs et les pays accueil. L'inclusion du mécanisme de règlement des différends sous forme d'arbitrage dans l'ALENA fut une grande victoire, suivie par une politique de promotion du RDIE pour les contentieux des investissements sur la scène internationale⁹⁰². Selon le rapport annuel d'investissement de la CNUDCI, jusqu'à la fin de l'année 2015, environ 2 946 TBI, ainsi que 358 autres traités de libre-échange incluant un chapitre sur l'investissement direct étranger⁹⁰³, ont intégré une clause d'arbitrage⁹⁰⁴. Cette

⁸⁹⁴ *Id.*, p.23

⁸⁹⁵ *Ibid.*

⁸⁹⁶ Chiffre disponible sur : <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>

⁸⁹⁷ Chen R.C., « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », *Harvard Int'l LJ*, vol 60, n°1, hiver 2019, p.52

⁸⁹⁸ Horchani F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *op.cit.*, p.369

⁸⁹⁹ UNCTAD, World Investment Report. 2015, p. 121.

⁹⁰⁰ *Id.*, p.122

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.233

⁹⁰³ UNCTAD, World Investment Report. 2016, p. 101

⁹⁰⁴ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.129

prolifération de traités d'investissement s'est également conjuguée aux efforts des États exportateurs de capitaux pour encourager leurs entreprises à investir à l'étranger, en les protégeant contre les risques de traitement défavorable⁹⁰⁵.

330. En résumé, tant les conventions multilatérales émanant d'un modèle américain que le règlement des différends entre investisseurs et États « traduisent souvent les seules valeurs du libre-échange et les principes de la jurisprudence constitutionnelle des États-Unis »⁹⁰⁶. Il est important de reconnaître que malgré le principe d'égalité des États souverains, « le poids économique ou politique d'un pays permet d'imposer une approche juridique qui reflète davantage ses propres traditions que celles de ses partenaires »⁹⁰⁷.

b) La conclusion d'ALENA : un triomphe du libéralisme

331. L'ALENA, d'une grande importance pour les États-Unis, avait pour objectif économique de contrer l'influence croissante de l'UE⁹⁰⁸. Cet accord, négocié entre les gouvernements et considéré comme l'un des accords commerciaux internationaux les plus complets⁹⁰⁹, couvre divers domaines tels que les biens, les services, la propriété intellectuelle, l'investissement, les barrières techniques au commerce, les mesures sanitaires et phytosanitaires, les mesures de sauvegarde ainsi que le règlement des différends⁹¹⁰. Les normes établies par cet accord ont influencé d'autres accords économiques internationaux, devenant ainsi « un modèle pour l'élaboration de futurs traités »⁹¹¹. Il est remarquable que les mêmes groupes de négociateurs ayant participé à l'élaboration de l'ALENA ont ensuite œuvré à la négociation de l'accord du GATT dans le Cycle d'Uruguay⁹¹². Les objectifs clés de l'ALENA étaient l'augmentation des échanges commerciaux et la promotion des investissements directs étrangers entre les parties signataires⁹¹³. En 2020, l'Accord Canada-États-Unis-Mexique

⁹⁰⁵Kethireddy S., « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.318

Texte original: « The proliferation of investment treaties also coincided with efforts by capital exporting states to encourage their capitalists to invest abroad by insuring them against risks of adverse treatment. »

⁹⁰⁶ Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *JDI*, n°1, janvier-février-mars 2003, p.88

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *op.cit.*, p. 522

⁹⁰⁹ *Id.*, p.524

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ Alschner W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *op.cit.*, p.4

Texte original: « NAFAT became entrenched as a template for future treaty-making »

⁹¹² Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *op.cit.*, p. 525

⁹¹³ *Id.*, p.528

(United States–Mexico–Canada Agreement en anglais), également connu sous le nom d'« ALENA 2.0 », a remplacé l'ALENA, à l'initiative de l'administration Trump⁹¹⁴.

332. La phase de négociation de l'accord ALENA a tout d'abord illustré le triomphe du libéralisme sur d'autres conceptions. Dès le début, les négociations ont suscité de fortes oppositions aux États-Unis, mobilisant une diversité de groupes d'intérêts. Les partisans et les opposants ont formé des coalitions, transformant ainsi le processus en un mouvement social et politique. Pour que l'ALENA puisse être entré en vigueur, il était crucial de rassembler un soutien national suffisant en vue de la ratification par le Congrès⁹¹⁵. Ce mouvement a exposé un conflit d'intérêts entre les dirigeants d'affaires favorables au libéralisme et les autres groupes qui accordent de l'importance à la protection de l'environnement, cherchent à préserver leurs intérêts agricoles, ou encore expriment des inquiétudes quant à la perte d'emplois causée par la délocalisation des usines pendant l'apogée du néolibéralisme dans les années 1990.

333. Le camp « pro-ALENA » était composé de l'administration de Bush, soutenu par les chefs d'entreprises américaines⁹¹⁶, la majorité républicaine, la chambre de commerce, ainsi que les agriculteurs de graines et de maïs⁹¹⁷ ayant déjà une pratique importante d'exportations vers le Mexique⁹¹⁸. Ces groupes sont traditionnelle pro-libéraux. Afin d'éviter les allers-retours pendant la phase des négociations, le camp « pro-ALENA » a initié une procédure de vote dénommée « *fast-track vote* »⁹¹⁹. L'utilisation de cette procédure empêche le Congrès de proposer des amendements à la négociation et le limite à un voter « oui » ou « non ». En effet, les échanges entre les négociateurs et le Congrès, ainsi que l'introduction de nouveaux amendements de ce dernier pendant les cycles de négociation, ont empêché les négociateurs des autres pays de percevoir une position ferme des États-Unis. Pour établir la confiance des autres pays lors des négociations⁹²⁰, l'ALENA a obtenu des votes favorables⁹²¹, notamment à la Chambre des représentants avec 231 votes pour et 191 votes contre⁹²², et au Sénat avec 59

⁹¹⁴ Long H., « The USMCA is finally done. Here's what is in it », *The Washington Post*, le 10 décembre 2019

⁹¹⁵ Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *op.cit.*, p. 281

⁹¹⁶ Il s'agit American Express Co., Eastman Kodak Co., Procter & Gamble Co., et autres sociétés, qui ont formé une coalition composée par plus de 500 sociétés et lobbyistes, dans Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *op.cit.*, p.284

⁹¹⁷ L'export vers le Mexique a été considéré de facilement doublé grâce à l'ALENA. *Id.*, p. 286

⁹¹⁸ *Id.*, p.286

⁹¹⁹ *Id.*, p.293

⁹²⁰ *Ibid.*

⁹²¹ *Ibid.*

À noter que les traités qui ne possèdent pas de caractère commercial nécessitent les votes favorables des deux tiers du Sénat pour être ratifiés, tandis qu'une majorité simple suffit pour les traités commerciaux.

⁹²² *Id.*, p. 285

votes contre 36⁹²³. En effet, malgré le mouvement social et politique contre l'ALENA, l'opinion publique était plutôt favorable au commerce et au libéralisme, ce qui a démontré le triomphe du libéralisme à cette époque⁹²⁴.

334. La coalition des oppositions a englobé les domaines de l'emploi, de l'environnement et de l'agriculture. Les syndicats américains craignaient que les emplois migrent vers le Mexique⁹²⁵, où les salaires étaient environ sept fois plus bas qu'aux États-Unis⁹²⁶. On estime que près de « 7.4 millions »⁹²⁷ d'emplois dans l'industrie manufacturière étaient en danger de délocalisation vers le Mexique⁹²⁸. Parallèlement, les groupes d'opposition accusaient le Mexique de ne pas suffisamment protéger les droits des travailleurs. Par conséquent, ces groupes exigeaient que le nouveau traité de libre-échange impose au Mexique des normes de protection de santé et de la sécurité au travail, un salaire minimum et des garanties de non-discrimination⁹²⁹. Certains demandaient même l'interdiction de la délocalisation des emplois et des travailleurs transfrontaliers en cas de litige en matière de travail, ainsi que l'interdiction des échanges commerciaux pendant les litiges⁹³⁰. Le travail des enfants était également un problème sérieux au Mexique, soulevant des inquiétudes du côté des États-Unis⁹³¹. Cependant, il est ironique de constater que les États-Unis avaient également une histoire de travail des enfants. Selon Reuters, Packers Sanitation Services Inc avait autorisé au moins 102 enfants âgés de 13 à 17 ans à travailler de nuit et à utiliser des produits chimiques dangereux pour nettoyer des équipements à risque utilisés dans la transformation de la viande, tels que des scies à poitrine et des « casseurs de tête » pour abattre les animaux⁹³².

335. Le groupe environnemental a exprimé des inquiétudes quant aux pollutions causées par le développement industriel non planifié déjà existant dans les frontières entre les deux pays⁹³³. La dégradation de la situation lors de la conclusion de l'ALENA et les conséquences des investissements plus lourds dans les territoires frontaliers entre le Mexique et les États -Unis,

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ *Id.*, p. 287

⁹²⁵ *Id.*, p. 282

⁹²⁶ *Id.*, p.288

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ *Ibid.*

⁹²⁹ *Id.*, p. 289

⁹³⁰ *Ibid.*

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² Wiessner D., « U.S. company fined for hiring kids to clean meatpacking plants », *Reuters*, le 17 février 2023[en ligne: <https://www.reuters.com/world/us/us-company-fined-hiring-kids-clean-meatpacking-plants-2023-02-17/>] [consulté le 14 mars 2023]

⁹³³ Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *op.cit.*, p. 287

déjà gravement pollués, ont également été suscitées⁹³⁴. Étant donné que les deux États avaient des niveaux de protection environnementale différents, l'inquiétude résidait dans le risque que le traité renforce la délocalisation des pollutions environnementales vers le Mexique⁹³⁵. L'administration Bush, favorable à l'ALENA, a répondu en affirmant que ces contrôles environnementaux évolueraient en faveur du développement économique⁹³⁶. Cependant, cette réponse a été vivement critiquée par les groupes engagés dans la protection environnementale⁹³⁷.

336. En ce qui concerne le domaine de l'agriculture, la négociation a été complexe en raison des positions divergentes des différents agriculteurs sur le traité. Certaines industries, comme celles du sucre et de l'orange, ont bénéficié d'une forte protection sous forme de tarifs douaniers et de quotas d'importation dans le traité de libre-échange signé entre le Canada et les États-Unis en 1998. Les fonctionnaires du bureau des affaires agricoles des États-Unis ont insisté pour que la négociation relative à ces industries fortement protégées ne soit pas exclue des discussions de l'ALENA⁹³⁸, contrairement à l'ancien traité conclu avec le Canada⁹³⁹. Cette approche s'explique aisément, car si les produits protégés étaient exclus des négociations, il est évident que le Mexique aurait protégé son industrie du maïs⁹⁴⁰. Dès le début, l'administration agricole des États-Unis a décidé qu'aucune exemption ne serait appliquée aux négociations sur les produits agricoles, dans le but de gagner un accès au marché mexicain⁹⁴¹. Historiquement, les groupes d'intérêts américains ont obtenu des concessions après des négociations ardues avec le Canada pour l'Accord de libre-échange de 1998 en ce qui concerne l'exemption de la protection nationale sur certaines industries agricoles⁹⁴². Ces mêmes groupes d'intérêts ont donc formé une nouvelle coalition contre l'ALENA. Par exemple, l'industrie du sucre n'était pas satisfaite de la période de quinze ans de transition pour la protection de l'industrie sucrière⁹⁴³. Pendant longtemps, cette industrie avait bénéficié d'une importante protection contre la concurrence dans le cadre du régime du GATT, avec un quota d'importation très bas⁹⁴⁴. Cette situation a permis à l'industrie du sucre de maintenir un prix deux fois plus élevé sur son marché interne

⁹³⁴ *Ibid.*

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ *Ibid.*

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ *Id.*, p. 286

⁹³⁹ Le Canada a initié et négocié un accord de libre-échange avec les États-Unis en 1988. Cet accord a prévu des exclusions pour certains produits, notamment les produits laitiers, les arachides, le coton, le sucre et les édulcorants.

⁹⁴⁰ Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *op.cit.*, p. 286

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² *Id.*, p. 290

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*

que sur le marché mondial⁹⁴⁵. Concernant les producteurs de fruits et légumes frais, les équilibres d'importation et d'exportation ont été maintenus grâce aux tarifs douaniers⁹⁴⁶. Lorsque la saison des récoltes aux États-Unis débutait, les tarifs douaniers étaient augmentés pour les produits mexicains, mais revenaient à leur taux normal pendant les autres périodes⁹⁴⁷. Parmi ces producteurs, les agriculteurs de Floride produisant des oranges à jus et ceux de Californie produisant des tomates et des avocats s'opposaient principalement à cet accord. Les producteurs d'oranges à jus ont souligné que si les oranges mexicaines pouvaient entrer sans tarifs douaniers, le jus d'orange de Floride deviendrait bientôt un souvenir⁹⁴⁸. En parallèle, pour les producteurs d'avocats, une interdiction d'importation⁹⁴⁹ en provenance du Mexique était en place depuis 1914⁹⁵⁰. Ils ont ainsi proposé une période de transition de plus de vingt ans, ainsi que l'instauration d'une protection spéciale appelée « snap-back »⁹⁵¹. Cette mesure permettait que lorsque le montant des importations atteindrait un certain seuil, les tarifs douaniers antérieurs seraient rétablis⁹⁵².

337. Pour obtenir des votes en faveur de la ratification de l'accord, tant l'administration Bush que l'administration Clinton⁹⁵³ ont déployé des efforts supplémentaires dans la négociation de l'ALENA afin de répondre aux préoccupations de ces groupes. Par exemple, pour aborder les problèmes liés aux droits des travailleurs, un mémorandum a été signé avec le Mexique, établissant une Commission de consultation chargée de traiter ces problématiques⁹⁵⁴, et offrant une période de transition de quinze ans pour les travailleurs de l'industrie sensible⁹⁵⁵. La clause de « snap-back » a également été négociée, réintroduisant les tarifs douaniers lorsque les importations dépassent un certain seuil⁹⁵⁶. Concernant l'industrie automobile, les négociateurs ont réussi à établir une règle de concession d'origine. Cela impliquait la création d'une zone

⁹⁴⁵ *Ibid.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*

⁹⁴⁷ *Ibid.*

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ Cette mesure était motivée par la présence de charançons et d'autres ravageurs dans les graines, ce qui pouvait entraîner des conséquences néfastes pour l'ensemble de l'industrie. *v., Ibid.*

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Id.*, p.291

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ À noter que le Parti démocrate est généralement moins favorable au libéralisme que le Parti républicain. Une coalition opposée à l'ALENA a tenté de rouvrir les négociations, et de nombreux opposants ont soutenu Clinton pendant l'élection. Cependant, cette demande de négociation a été rejetée par le Mexique. En conséquence, l'administration Clinton a entamé des négociations supplémentaires afin d'obtenir un soutien élargi en vue de la ratification de l'accord. *v., Id.*, p. 300

⁹⁵⁴ *Id.*, p.295

⁹⁵⁵ L'industrie de sucre estimait que la période de transition n'était pas suffisamment longue, *v., Id.*, p. 296. De même, l'industrie des jus d'orange n'était pas satisfaite car aucune exemption n'avait été négociée et la période de transition de quinze ans n'était pas prévue. *v., Id.*, p. 297

⁹⁵⁶ *Ibid.*

régionale de préférence spécifique pour l'industrie automobile, visant à encourager les achats de composants automobiles fabriqués aux États-Unis, afin que le Mexique puisse bénéficier d'exemptions tarifaires sur le marché intégré⁹⁵⁷. En ce qui concerne les questions environnementales, les négociations ont abouti à l'exclusion de tout produit non conforme aux normes de santé et de sécurité des États-Unis. De plus, des contrôles ont été imposés sur les pesticides et le traitement des eaux toxiques, sous l'administration Bush⁹⁵⁸. Ultérieurement, l'administration Clinton a négocié la création d'une Commission de coopération environnementale et d'une Commission de coopération de travail, chargées de surveiller la conformité aux lois, accompagnées de mesures de sanctions et d'amendes⁹⁵⁹. Si un État refuse de payer ces sanctions, les deux autres États peuvent réimposer des tarifs douaniers⁹⁶⁰. L'intégration de ces mesures a permis d'obtenir le soutien nécessaire pour des votes de ratification au sein du Congrès.

338. La négociation de l'ALENA a mis en évidence la capacité de négociation des États-Unis pour protéger leurs propres industries tout en promouvant le libéralisme en faveur des grandes entreprises. Dans le contexte global favorable au libéralisme des années 1990, l'opinion publique a généralement choisi cette approche malgré l'émergence d'une forte opposition en faveur d'autres valeurs, telles que la protection de l'environnement. Cependant, à la suite de la mise en œuvre de l'ALENA, les effets néfastes sur la souveraineté des États-Unis ont poussé l'opinion publique à se tourner vers le renforcement et l'élargissement du droit de réglementation souveraine, notamment dans les domaines de la santé publique et de l'environnement, comme nous l'aborderons dans le chapitre suivant.

§2. La triomphe du libéralisme dans le règlement des différends

339. La période de création du droit international relatif aux investissements étrangers à travers les TBI a coïncidé avec l'essor du néolibéralisme⁹⁶¹. Toutefois, le triomphe du libéralisme ne peut être pleinement réalisé si la mise en place d'un cadre juridique international demeure inefficace. La mise à disposition de mécanisme d'arbitrage aux investisseurs pour le règlement de leurs différends avec les États hôtes par le biais de ces TBI (I), ainsi que les

⁹⁵⁷ *Id.*, p.297

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ *Id.*, p.301

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.414

sentences arbitrales favorables au libéralisme (II), se sont avérées essentielles pour la concrétisation de ces principes libéraux dans le droit international positif.

I. Le triomphe de l'acceptation mondiale du RDIE

340. Le mécanisme de RDIE, ou règlement des différends entre investisseurs et États, constitue « une forme d'arbitrage qui permet, depuis plus de 30 ans, de régler toutes sortes de différends en matière d'investissement sur les six continents »⁹⁶² (A). Avec l'appui des États-Unis, les dispositions relatives au RDIE ont pu être incluses dans pratiquement tous les TBI durant la période de l'apogée du néolibéralisme⁹⁶³. L'intégration du mécanisme de RDIE dans l'ALENA est perçue comme une victoire pour les États-Unis en matière du droit international de l'investissement (B). En effet, l'objectif principal des États-Unis en concluant des TBI est de protéger les investisseurs américains déjà établis à l'étranger en leur fournissant un accès à l'arbitrage investisseur-État⁹⁶⁴.

A. La création du RDIE

341. Le RDIE est considéré comme un régime jouant un rôle essentiel dans le droit des investissements internationaux⁹⁶⁵. Plus précisément, le RDIE domine « les discussions publiques et les débats politiques qui accompagnent la négociation d'un nouvel accord d'investissement, il constitue la lentille à travers laquelle le droit de l'investissement est analysé et enseigné à l'université, et il est devenu un domaine de pratique important pour les avocats, les arbitres et les prestataires de services juridiques »⁹⁶⁶.

342. Le mécanisme de RDIE, considéré comme révolutionnaire en droit international⁹⁶⁷, a été initialement créé par la Convention de Washington conclue le 18 mars 1965 et ratifiée par 155 États. Cette convention est également appelée Convention pour le règlement des différends

⁹⁶² Communication du Corporate Counsel International Arbitration Group au Groupe de travail III de la CNUDCI, Réforme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), le 18 décembre 2019, p3

⁹⁶³ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.128-129

⁹⁶⁴ Bonnitca J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.638

⁹⁶⁵ Alschner W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *op.cit.*, p.2

⁹⁶⁶ *Ibid.*

Texte original: « ISA[Investor-State arbitration] dominates public discussions and policy debates that accompany the negotiation of new investment agreement, it forms the lens through which investment law is analyzed and taught at universities, and it has grown to be a significant area of practice for lawyers, arbitrators and legal service providers. »

⁹⁶⁷ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.129

relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (ci-après Convention CIRDI). Elle a été élaborée par les administrateurs de la Banque mondiale et a « mis en œuvre l'objectif de la Banque de promouvoir l'investissement international »⁹⁶⁸. Ce régime permet aux investisseurs étrangers, de manière unilatérale, d'« tenter une action devant un tribunal d'arbitrage international contre un État fautif afin d'obtenir une compensation monétaire pour les préjudices causés par le prétendu manquement de l'État fautif à ses obligations conventionnelles »⁹⁶⁹.

343. Le processus d'élaboration du droit international économique a répondu en particulier à deux préoccupations majeures du néolibéralisme : le commerce et l'investissement. Si l'OMC occupe une place primordiale dans la promotion du libre-échange en matière de commerce international, son homologue en matière d'investissements internationaux est le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après CIRDI)⁹⁷⁰. Le CIRDI fonctionne de manière assez similaire à l'Organe de règlement des différends (ci-après ORD) de l'OMC. Suite à divers échecs concernant la conclusion d'un traité multilatéral sur le principe général en matière d'investissement international (Charte de la Havane, AMI), le conseiller général de la Banque mondiale de l'époque, Aron Broches, a proposé de la création du CIRDI, avec des règles applicables à la procédure d'arbitrage, selon le principe de « procédure avant le fond (« *procedure before substance* »)⁹⁷¹. Le résultat fut la conclusion de la Convention de Washington de 1965⁹⁷². Le RDIE créé par cette convention est considéré comme l'un des outils les plus importants pour la protection des investissements étrangers⁹⁷³. Selon l'article 1 de la Convention, l'objectif est le « règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ». Dans cette optique, un Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements fut établi, permettant

⁹⁶⁸ CIRDI, « À propos du CIRDI », *CIRDI* [en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/a-propos/CIRDI>] [consulté le 31 mai 2022]

⁹⁶⁹ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.129

Texte original: « most investment treaties grant foreign investors the right to bring an action before an international arbitration tribunal against an offending state to obtain monetary compensation for injuries caused by the offending state's alleged failure to meet its treaty obligations. »

⁹⁷⁰ À noter que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) propose également des règles d'arbitrage pour le règlement des différends en matière d'investissement international. Toutefois, le nombre d'affaires enregistrées est nettement inférieur à celui du CIRDI, avec 21 cas enregistrés auprès de la CNUDCI contre 303 au CIRDI en 2020.

v. CIRDI, affaires du CIRDI-Statistiques, numéro 2020-2, p. 10

⁹⁷¹ Schwebel S.M., « In defense of bilateral investment treaties », *Arbitr.*, vol 31, n°2, juin 2015, p.182

⁹⁷² *Id.*, p.183

⁹⁷³ *Id.*, p.185

à l'investisseur étranger d'éviter de recourir aux tribunaux nationaux du pays d'accueil, jugés comme étant « moins neutres »⁹⁷⁴.

344. Cependant, il a fallu attendre plus de 25 ans après sa création pour que le RDIE soit adopté par les États-Unis comme un instrument juridique au soutien de son hégémonie. En effet, la théorie néolibérale a préconisé une approche orientée vers le marché pour résoudre les problèmes mondiaux dans les années 1990⁹⁷⁵. Avec l'appui officiel des États-Unis lors des négociations de l'ALENA, le RDIE a été intégré aux mesures mises en œuvre par les États-Unis pour transcrire l'idéologie libérale à l'échelle internationale. L'inclusion de ce mécanisme de règlement des différends dans les négociations des traités régionaux résulte des conflits entre les investisseurs américains et les pays hôtes en Amérique latine. Selon les États-Unis, si la propriété était nationalisée ou expropriée dans les pays d'accueil, le principe d'« indemnisation rapide, adéquate et efficace » devrait être appliqué⁹⁷⁶. A contrario, les pays d'Amérique latine ont soutenu la doctrine Calvo, insistant sur le fait que les investisseurs étrangers devraient accepter l'application du droit national au moment de leur décision d'investissement dans le pays⁹⁷⁷, et se soumettre au droit national de la même manière que les investisseurs nationaux⁹⁷⁸. Tant les États-Unis que les pays d'Amérique latine ont développé leurs propres doctrines juridiques pour soutenir soit le libéralisme soit la souveraineté de l'État en matière de contrôle des investissements étrangers⁹⁷⁹. La Convention de Washington a introduit des mécanismes supranationaux tels que le règlement des différends par le biais de l'arbitrage. En effet, comme mentionné précédemment, la méthode traditionnelle de résolution des conflits était la protection diplomatique, qui s'avérait difficile à mettre en œuvre⁹⁸⁰, insuffisante pour régler les différends entre les investisseurs et les pays hôtes⁹⁸¹ et limitée pour protéger les investisseurs⁹⁸². Le RDIE est perçu comme une rénovation des modes diplomatiques qui prévalaient au début du XXe siècle en matière d'investissement international⁹⁸³. À la suite de l'acceptation globale du néolibéralisme après la Guerre froide, un nombre croissant de traités bilatéraux

⁹⁷⁴ Garcia-Mora M.R., « The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law », *op.cit.*, p.213

⁹⁷⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 31

⁹⁷⁶ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.989

⁹⁷⁷ Shea D.R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, *op.cit.*, p.33

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *Fordham L. Rev.*, vol 81, 2013, p.989

⁹⁸⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, p.122

⁹⁸¹ *Ibid.*

⁹⁸² *Id.*, p.121

⁹⁸³ *Ibid.*

d'investissement ont été signés. Depuis l'inclusion d'un mécanisme d'arbitrage pour le règlement des différends dans l'ALENA⁹⁸⁴, les États-Unis et les autres pays développés ont suivi cette tendance par en intégrant automatiquement le régime de RDIE dans les TBI et les traités régionaux comportant des dispositions sur les investissements⁹⁸⁵.

345. Sous la prédominance du libéralisme, le régime de RDIE s'est étendu à la fois géographiquement et substantiellement⁹⁸⁶. Parmi les 2 946 TBI et 358 accords de libre-échange⁹⁸⁷ comportant un chapitre dédié à l'investissement international, la majorité des traités conclus durant l'apogée du libéralisme ont inséré une clause d'arbitrage⁹⁸⁸. Plus précisément, « l'arbitrage d'investissement découle d'un choix délibéré des États, en concluant des traités de protection des investissements, de sortir de manière générale et systématique toute une série de litiges de l'orbite des juridictions nationales »⁹⁸⁹. Certains pays ont même incorporé ce type de mécanisme de règlement des différends dans leur droit interne de l'investissement⁹⁹⁰. La prolifération des TBI et les doctrines développées à la suite des sentences arbitrales ont toutes contribué à consolider la prédominance du néolibéralisme entre 1991 et 2004⁹⁹¹. Depuis le premier arbitrage *AAPL c. Sri Lanka* en 1990, le nombre de procédures d'arbitrage entre investisseurs et États a connu une croissance spectaculaire⁹⁹². La création du CIRDI est largement perçue comme un moyen significatif de protéger la liberté d'investissement contre les menaces politiques potentielles⁹⁹³. Selon les statistiques du CIRDI, en 2020, son Secrétariat a administré 303 affaires. Il convient de noter que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a également élaboré des règles d'arbitrage pour le règlement des différends en matière d'investissement international. Cependant, le nombre

⁹⁸⁴ Le premier TBI incluant RDIE est conclu entre l'Italie et Chad en 1969

⁹⁸⁵ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.990-991

⁹⁸⁶ Bradlow A.H., « Human Rights Impact Litigation in ISDS: A Proposal for Enabling Private Parties to Bring Human Rights Claims Through Investor-State Dispute Settlement Mechanisms », *op.cit.*, p.389

⁹⁸⁷ UNCTAD, World Investment Report. 2016, p. 101

⁹⁸⁸ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.129

⁹⁸⁹ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *CAPJIA*, n°2, 2022, p.592

⁹⁹⁰ Dans l'arbitrage *Pac Rim v. El Salvador*, le Tribunal a admis sa juridiction basée sur la loi d'investissement de El Salvador.

⁹⁹¹ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 417

⁹⁹² Chen R.C., « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », *op.cit.*, p.53

⁹⁹³ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°1, hivers 2017, p.131

d'affaires enregistré est nettement inférieur à celui du CIRDI, avec seulement 21 procédures enregistrées en 2020⁹⁹⁴.

346. Enfin, les entreprises multinationales des pays développés sont devenues les principales utilisatrices du régime de RDIE, ce qui concorde avec l'intention initiale des États-Unis de protéger leurs investisseurs à l'étranger⁹⁹⁵. Par exemple, en 2021, parmi les procédures d'arbitrages demandées par les investisseurs, 75% sont originaires de pays développés, à savoir : les États-Unis (10 arbitrages), la France (5 arbitrages), les Pays-Bas (5 arbitrages), le Royaume-Uni (5 arbitrages)⁹⁹⁶. En 2022, 65% des arbitrages sont saisis par des investisseurs en provenance des pays développés et 65% de ces arbitrages sont dirigés contre des pays en développement⁹⁹⁷.

B. Le triomphe de l'insertion du régime de RDIE dans l'ALENA

347. L'inclusion du RDIE dans le cadre des négociations de l'ALENA avec le Mexique a été considérée comme une victoire significative pour les États-Unis⁹⁹⁸. Le règlement des différends par le biais de l'arbitrage a commencé à être intégré dans le modèle de TBI des États-Unis dans la version de 1984, et cela a été perçu comme une innovation majeure⁹⁹⁹. À titre d'information, le premier TBI incluant les dispositions relatives au RDIE a été conclu entre l'Italie et le Tchad en 1969¹⁰⁰⁰.

348. L'influence des États-Unis à l'égard de ce nouveau règlement des différends s'illustre dans le chapitre 11 de l'ALENA. En effet, parmi les nombreuses mesures négociées dans le cadre de l'ALENA et destinées à promouvoir la liberté d'investissement, l'introduction du RDIE est considérée comme une caractéristique importante de la politique américaine¹⁰⁰¹. D'un point de vue procédural, l'objectif est d'établir un régime de protection qui permet aux investisseurs de déposer directement des plaintes contre les membres de l'ALENA par le biais

⁹⁹⁴ CIRDI, affaires du CIRDI-Statistiques, numéro 2020-2, p. 10

⁹⁹⁵ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.638

⁹⁹⁶ UNCTAD, World Investment Report 2022, p. 74

⁹⁹⁷ UNCTAD, World Investment Report 2023, p. 78

⁹⁹⁸ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.231

⁹⁹⁹ *Id.*, p.235

¹⁰⁰⁰ Hoffmeister F., « The EU contribution to the progressive development of institutional aspects in international investment law », *RBDI*, vol XLX, n°2, 2017, p.569

¹⁰⁰¹ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 231

de l'arbitrage¹⁰⁰². Ainsi, le RDIE offre également une solution au problème d'expropriation des investissements canadiens et américains par le Mexique¹⁰⁰³.

349. Comme évoqué le plus haut, le conflit entre ces trois pays voisins en matière d'investissement a motivé les États-Unis à insérer le régime du RDIE dans l'ALENA. En effet, ces conflits ont des origines remontant au début du XXe siècle. Concernant plus spécifiquement le conflit entre le Mexique et les investisseurs américains, l'administration mexicaine a encouragé les investissements étrangers sur son territoire pour stimuler l'économie et introduire de nouvelles technologies¹⁰⁰⁴. Profitant de cette politique « amicale », les investisseurs américains ont massivement investi dans des secteurs tels que la construction de chemins de fer, l'exploitation minière, les infrastructures publiques, l'immobilier, la banque, la fabrication et le commerce¹⁰⁰⁵. Le résultat de cette approche a été que plus de la moitié de la richesse totale du Mexique est finalement passée entre les mains d'investisseurs étrangers, en particulier les Américains, suscitant de nombreuses critiques de la part de socialistes et de politiciens concernant cette dépendance économique¹⁰⁰⁶. Ces critiques ont alimenté la révolution de 1910, et la nouvelle Constitution mise en place en 1917 a instauré des restrictions sévères sur les investissements étrangers et la détention de propriétés par des étrangers¹⁰⁰⁷. Les législations internes mexicaines sont devenues défavorables aux investissements étrangers. De plus, le gouvernement mexicain a exproprié et nationalisé des biens étrangers, dont le cas emblématique de l'industrie pétrolière détenue par des investisseurs américains et anglais¹⁰⁰⁸. Les États-Unis et l'Angleterre ont alors demandé une compensation de la part du Mexique, suivant la formule de Cordell Hull qui stipulait qu'elle devait être « rapide, adéquate et efficace »¹⁰⁰⁹. Cependant, le Mexique a refusé de verser cette compensation en se référant à la doctrine Calvo, qui affirmait que les gouvernements pouvaient nationaliser ou exproprier des investissements étrangers conformément au droit et à la politique nationale, sans avoir à se soumettre au droit international¹⁰¹⁰. La doctrine Calvo s'est ensuite développée pour indiquer que les gouvernements étrangers ne pouvaient pas intervenir dans les différends entre investisseurs

¹⁰⁰² Brower C.N., « NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol 97, 2003, p. 251

¹⁰⁰³ Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol 22, n°4, le 8 janvier 2000, p. 535

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ *Id.*, p. 536

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Id.*, p. 537

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

étrangers et pays accueil via des modes diplomatiques pour soutenir les revendications de leurs citoyens¹⁰¹¹. En plus de leurs législations internes, les pays en développement, dont le Mexique qui a joué un rôle de leader actif¹⁰¹², ont élaboré des normes internationales et ont voté à majorité la Charte des droits et devoirs économiques des États en 1974 aux Nations Unies¹⁰¹³. L'article 2 de cette Charte est considéré comme une reformulation classique de la doctrine Calvo¹⁰¹⁴. Un tel effort des pays en développement dans la création des normes du droit international a suscité une opposition des pays développés, qui ont promu l'arbitrage international ainsi que la doctrine Cordell de « compensation rapide, adéquate et efficace » en cas d'expropriation ou de nationalisation¹⁰¹⁵. À la suite de l'adoption de la Charte, les pays développés ont considéré que la protection de la propriété des investisseurs étrangers était insuffisante, entraînant une baisse des investissements directs de 13 milliards de dollars en 1981 à 9,5 milliards de dollars en 1986¹⁰¹⁶. L'adoption de la Charte a également révélé les divergences entre les pays en développement et les pays développés dans le domaine du droit international¹⁰¹⁷.

350. Depuis 1977, les États-Unis ainsi que d'autres pays occidentaux ont tenté de développer des normes internationales sous forme de traités bilatéraux afin de promouvoir le principe international de « compensation rapide, adéquat et efficace » en réponse à la doctrine Calvo illustrée dans l'article 2 de la Charte susmentionnée¹⁰¹⁸. Les pays européens ont intégré un régime de RDIE au lieu d'un règlement des différends entre États par le biais de modes diplomatiques, dans le but d'atténuer l'attention du public qui pourrait perturber des relations économiques bien établies entre deux États¹⁰¹⁹. En même temps, pour les consulats européens dans les pays d'accueil, les investisseurs n'ont plus besoin de les persuader d'intervenir dans le

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ Plus d'illustrations sur le contexte de cette période et le mouvement des pays en développement en faveur d'un nouvel ordre économique international, ainsi que leurs influences sur le droit international, v. Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.2-3, 27-28

¹⁰¹⁴ Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *op.cit.*, p. 537; v. également Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.990

¹⁰¹⁵ *Id.*, p. 538; Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.990-991

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ Brower C.N. et Tepe J.B., « The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or Rejection of International Law? », *Int. Lawyer*, vol 9, n°2, avril 1975, p. 318

¹⁰¹⁸ Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *op.cit.*, p. 538

¹⁰¹⁹ Hoffmeister F., « The EU contribution to the progressive development of institutional aspects in international investment law », *RBDI*, vol XLX, n°2, 2017, p.569

différend¹⁰²⁰. Au contraire, ils doivent consacrer leur temps et leurs ressources à faire valoir leurs revendications¹⁰²¹.

351. Les pays en développement et les pays développés ont donc rivalisé dans le développement du droit international. L'expropriation et la question de savoir si le droit national ou le droit international devrait prévaloir dans les différends entre pays d'accueil et investisseurs étrangers ont longtemps été des points de divergence. Parmi les 3000 TBI, la plupart ont inclus le mécanisme de RDIE, ce qui a été considéré comme une victoire des États-Unis dans le contexte de la bataille du droit international contre les pays en développement, en particulier les pays d'Amérique latine¹⁰²².

352. Dans ce contexte, l'introduction du mécanisme de RDIE était l'un des objectifs importants pour les États-Unis lors de la négociation de l'ALENA¹⁰²³. Plus précisément, l'intention des signataires, notamment des États-Unis et du Canada, était que ce mécanisme de RDIE serve d'outil de protection utilisé uniquement dans les cas où l'une des parties est discriminée de manière « arbitrairement et capricieusement »¹⁰²⁴ envers les investissements provenant d'une autre partie.

353. Plus précisément, le chapitre 11 de l'ALENA prévoit dans l'article 1120 que l'investisseur peut soumettre un arbitrage soit selon les règles de la CIRDI soit selon celles de la CNUDCI. Lorsqu'une des parties n'est pas signataire de la Convention de Washington, le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI peut toutefois être appliqué, comme stipulé dans le même article susmentionné. Il est important de noter qu'en 1994, année de la signature de l'ALENA, seule les États-Unis étaient un pays membre de la Convention CIRDI. Le Canada n'a ratifié ladite Convention qu'en 2013, tandis que le Mexique n'y est devenu partie qu'en 2018. L'article 1120 permet de contourner l'ordre juridique national du pays d'accueil. Cependant, si un investisseur choisit de recourir à l'article 1120, il renonce à son droit d'engager ou de poursuivre des actions devant tout tribunal administratif ou juridiction nationale, ainsi qu'à d'autres procédures de règlement des différends. La confidentialité revêt également une importance dans ce type de procédure. Jusqu'à l'affaire *Methanex c. États-Unis*, dont l'arbitrage a été notifié en 1999 et la sentence rendue en 2005, les procédures arbitrales sont demeurées

¹⁰²⁰ *Ibid.*

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ *Id.*, p. 535

¹⁰²⁴ Dougherty K., « *Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation* », *Nw. J. Int'l L.*, vol 27, issue 3, 2007, p. 735

confidentielles, et la publication des sentences dépendait du choix des pays membres¹⁰²⁵. Toutefois, lors de l'affaire d'arbitrage mentionnée précédemment, les trois pays contractants ont conjointement décidé, sous l'impulsion des États-Unis, de transformer les « arbitrages internationaux d'investissement d'un processus secret vers un processus plus transparent, accessible et responsable »¹⁰²⁶.

354. Afin de favoriser l'investissement étranger, il est non seulement possible pour l'investisseur de porter une plainte par lui-même, mais il est aussi possible de se faire représenter par la personne morale ou physique qui contrôle l'investissement, selon les articles 1116 et 1117 de l'ALENA. Cette notion de contrôle, typiquement américaine, s'est substituée à la notion classique d'« investisseur d'une des Parties contractantes » dans les TBI. Les juristes européens considèrent que l'objectif de ce changement est « d'ouvrir les recours à l'arbitrage non seulement aux sociétés incorporées ou domiciliées dans les pays de la zone de libre-échange, mais aussi aux sociétés étrangères dont les propriétaires sont citoyens des États membres de l'ALENA »¹⁰²⁷. Enfin, la sentence arbitrale n'a aucune force obligatoire, sauf entre les parties au différend selon l'article 1136 de l'ALENA. Cela signifie que les parties à l'ALENA ont expressément décidé que ces sentences n'auraient aucune valeur équivalente à celle des jurisprudences. Il est donc observé que le tribunal de l'affaire *Methanex c. États-Unis* n'a pas suivi le même raisonnement que l'affaire *S.D. Myers c. Canada*¹⁰²⁸ en ce qui concerne l'analyse du traitement national.

355. En ce qui concerne le conflit potentiel entre ces normes relatives à l'investissement et la protection de l'environnement, une question essentielle pendant les négociations du traité, l'article 1114¹⁰²⁹ du Chapitre 11 a prévu qu'il est « inapproprié d'encourager l'investissement

¹⁰²⁵ Annex 1137.4: Publication of an Award

Canada

Where Canada is the disputing Party, either Canada or a disputing investor that is a party to the arbitration may make an award public.

Mexico

Where Mexico is the disputing Party, the applicable arbitration rules apply to the publication of an award.

United States

Where the United States is the disputing Party, either the United States or a disputing investor that is a party to the arbitration may make an award public.

¹⁰²⁶ Mann H., « The Final decision in *Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*», *IISD*, août 2005 [en ligne: <https://www.iisd.org/articles/final-decision-methanex-v-united-states-some-new-wine-some-new-bottles>] [consulté le 20 juillet 2021]

¹⁰²⁷ Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *op.cit.*, p.92

¹⁰²⁸ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL

¹⁰²⁹ Article 1114: Environmental Measures

en assouplissant les mesures nationales de santé, de sécurité ou d'environnement ». En effet, l'Accord nord-américain de coopération environnementale a été négocié par l'administration Clinton comme un accord parallèle afin de répondre aux préoccupations des ONG concernant l'ALENA. Enfin, dans le préambule, il est précisé que l'ALENA a également pour objectif d'« entreprendre chacune des actions précédentes d'une manière compatible avec la protection et la conservation de l'environnement ; de préserver leur flexibilité pour sauvegarder le bien-être public ; de promouvoir le développement durable; et de renforcer l'élaboration et l'application des lois et réglementations environnementales... »¹⁰³⁰. Parmi les quinze objectifs décrits dans le préambule, quatre concernent la protection de l'environnement.

356. Toutefois, malgré l'importance accordée à la protection de l'environnement et de la santé publique dans le préambule de l'ALENA, cette préoccupation n'a pas empêché l'utilisation de cet accord par les investisseurs étrangers dans des domaines peu prévus par les États participants. Un vif débat a ainsi éclaté lorsque des entreprises ont saisi les tribunaux arbitraux en vertu du chapitre 11, contestant la législation environnementale et sanitaire renforcée d'un État contractant, voire même la décision de tribunaux internes¹⁰³¹. Nous examinerons la caractérisation de ce conflit de valeurs dans les arbitrages relatifs aux investissements dans la partie qui suit.

II. Les arbitres pro-libéraux

357. Les TBI ont pour objectif de favoriser les investissements internationaux. En accord avec cette intention, les arbitres du RDIE affichent également une tendance pro-libérale, ce qui exerce une influence prédominante sur leur interprétation du droit(A). Les sentences rendues

1. Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

¹⁰³⁰ PREAMBLE

The Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, resolved to:

...

UNDERTAKE each of the preceding in a manner consistent with environmental protection and conservation;

PRESERVE their flexibility to safeguard the public welfare;

PROMOTE sustainable development;

STRENGTHEN the development and enforcement of environmental laws and regulations; and

...

¹⁰³¹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3*

par ces arbitres ont engendré de vives critiques. Le régime de RDIE est perçu comme étant « injuste »¹⁰³² en faveur des investisseurs¹⁰³³, car les arbitres tendent systématiquement à trancher les ambiguïtés d'interprétation en défaveur des États qui leur ont accordé leur autorité¹⁰³⁴. Le triomphe du libéralisme s'est propagé grâce à l'influence de ces sentences arbitrales, qui ont décidé en faveur du libéralisme au détriment d'autres valeurs en conflit avec celui-ci (B).

A. La domination de l'interprétation de la doctrine

358. D'un côté, les arbitres ont considéré la protection des investissements étrangers « comme une fin en soi »¹⁰³⁵, portée également « par une dynamique libérale selon laquelle toute entrave faite à l'activité d'un investisseur étranger devient suspecte comme atteinte à un véritable droit à la stabilité réglementaire, voir à la stabilité économique »¹⁰³⁶.

359. D'un autre côté, la prédominance d'un petit groupe d'arbitres socialement influents dans les contentieux des investissements¹⁰³⁷ génère des critiques. Ce groupe restreint est principalement composé d'hommes blancs¹⁰³⁸. De plus, selon quelques chiffres, plus de la moitié des arbitres nommés sont originaires des pays développés, notamment les États-Unis, le Royaume-Uni, la France, la Suisse, le Canada, l'Australie, et la Nouvelle-Zélande¹⁰³⁹. Il est également à noter que parmi les 15% d'arbitres issus des pays latino-américains, tous ont obtenu un diplôme aux États-Unis, en France ou au Royaume-Uni pour accéder à ce groupe élitiste des arbitres internationaux¹⁰⁴⁰. Par ailleurs, contrairement aux juges nationaux, les arbitres portent « différentes casquettes telles que conseiller, expert et arbitre »¹⁰⁴¹, ce qui leur confère une plus grande liberté d'action¹⁰⁴² et les amène à « service les intérêts du capital »¹⁰⁴³ en favorisant souvent les investisseurs étrangers. Il est possible de critiquer le coût croissant de l'arbitrage,

¹⁰³² Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.413

¹⁰³³ Kethireddy S., « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.316

Texte original: « Nevertheless, there remains the widespread belief that ISDS has an investor-friendly valence and that arbitrators consistently resolve interpretive ambiguities against the interests of the very States that confer authority upon them »

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers », *op.cit.*, p.270

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ Puig S., « Social Capital in the Arbitration Market », *EJIL*, 2014, Vol. 25, N°2, p.423

¹⁰³⁸ *Id.*, p.387

¹⁰³⁹ *Id.*, p.405

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

¹⁰⁴¹ *Id.*, p.423

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.414

avec des indemnités énormes imposées aux États, ce qui les rend de plus en plus méfiants à l'égard du mécanisme de RDIE¹⁰⁴⁴. Ainsi, les sentences arbitrales rendues par ce petit groupe semblent souvent être un château de cartes construit en grande partie en référence à d'autres décisions de tribunaux et opinions universitaires, sans tenir compte des points de vue et des pratiques générales des États ou des parties au traité en question¹⁰⁴⁵. Toutefois, un tel petit groupe restreint a un impact disproportionné sur l'arbitrage et l'interprétation juridique¹⁰⁴⁶. Le RDIE est conçu comme un mécanisme technocratique de règlement des différends, mais certains le perçoivent comme une forme d'impérialisme dirigé par des élites transnationales occidentales favorables à la mondialisation¹⁰⁴⁷. En effet, le recours à l'arbitrage sert à « légitimer la déresponsabilisation de la législation nationale en raison de « l'internationalisation » des litiges internes »¹⁰⁴⁸.

360. Le soutien envers le libéralisme et la mondialisation a contribué à la croissance des affaires soumises à l'arbitrage et à l'influence des sentences arbitrales rendues. Cependant, ce soutien est au moins partiellement motivé par les entreprises multinationales et les bénéficiaires qui se trouvent derrière elles, c'est-à-dire les élites occidentales. En ce qui concerne les arbitres, tant les plaideurs que les arbitres¹⁰⁴⁹, ils sont considérés avoir joué un rôle de « *power-brokers* »¹⁰⁵⁰, ou un courtier capable d'influencer la doctrine juridique en faveur du néolibéralisme (ou la formule Hull plutôt que la doctrine Calvo), tout en favorisant les positions des grandes entreprises multinationales. De plus, les intérêts des entreprises multinationales basées dans les pays occidentaux coïncident avec ceux des pays développés¹⁰⁵¹. Les forces conjointes des décideurs en matière de politique étrangère et des grandes entreprises multinationales ont effectivement participé à l'établissement de normes liées à la constitution du droit international économique et à son interprétation en matière d'investissement, telles qu'elles existent aujourd'hui.

¹⁰⁴⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.5

¹⁰⁴⁵ Roberts A., « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States », *AJIL*, vol 104, n°2, avril 2010, p.179

¹⁰⁴⁶ Puig S., « Social Capital in the Arbitration Market », *op.cit.*, p.423

¹⁰⁴⁷ Shalakany A., « Arbitration and Third World: Bias under the Scepter of Neo-Liberalism », *Harvard Int'l LJ*, 2000, p.419

¹⁰⁴⁸ Puig S., « Social Capital in the Arbitration Market », *op.cit.*, p.387

¹⁰⁴⁹ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.414

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.68

B. La triomphe du libéralisme contre la protection de l'environnement

361. Le conflit entre l'investissement et le droit de l'environnement est devenu « un objet d'étude à part entière dans la littérature juridique contemporaine »¹⁰⁵².

362. Il est également considéré que le libéralisme et la protection de l'environnement ne peuvent pas « coexister harmonieusement »¹⁰⁵³. En effet, la législation ou les décisions administratives visant à renforcer les protections environnementales d'un pays souverain entrent en conflit direct avec les intérêts des investisseurs. Du point de vue des défenseurs du libéralisme, le mécanisme de RDIE peut être utilisé par les investisseurs étrangers pour perpétuer leur contrôle traditionnel sur les questions liées au droit de l'environnement dans les pays d'accueil¹⁰⁵⁴. Cela passe notamment par la résistance au renforcement des mesures de protection de l'environnement ainsi que par des efforts visant à préserver leur libre utilisation de l'environnement pour leurs activités¹⁰⁵⁵. De nos jours, ce type de conflit se manifeste également entre les investisseurs et leur État. Les entreprises multinationales, même dans leur pays d'origine, adoptent une approche consistant à soutenir une théorie favorisant leurs intérêts et à créer des cadres juridiques aux niveaux national et international pour légitimer leurs actions. La décision de Donald Trump d'ouvrir des territoires protégés en Alaska à l'exploration pétrolière, ses efforts visant à réduire la taille des parcs nationaux en 2020¹⁰⁵⁶, ainsi que le déraillement d'un train transportant des produits chimiques toxiques dans l'est de l'Ohio en 2023¹⁰⁵⁷ illustrent les conflits entre les intérêts capitalistes d'un petit groupe et l'intérêt général.

363. En ce qui concerne plus particulièrement les arbitrages en matière d'investissement, la position pro-libérale des arbitres les amène à réprimer l'importance des autres valeurs protégées par la souveraineté. En effet, le nombre d'arbitrages saisis par les investisseurs par le biais de la procédure d'RDIE contre les pays d'accueil a augmenté rapidement à la fin des années 1990, conduisant à la création de notions telles que « expropriation indirecte », « mesures équivalent à une expropriation », « expropriation déguisée » afin de décrire des situations en l'absence d'une saisie de biens matériels. Ces termes sont employés pour se référer aux situations dans

¹⁰⁵² Delabie L., « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p.136

¹⁰⁵³ Fan J., *Les barrières environnementales au commerce international dans le cadre de l'OMC- Une étude comparative entre les Etats-Unis, op.cit.*, p. 7

¹⁰⁵⁴ Miles K., *The Origins of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p.154

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ Leparmentier A., « Donald Trump ouvre des territoires protégés de l'Alaska à l'exploration pétrolière », *Le Monde*, le 17 août 2020

¹⁰⁵⁷ Hauser C., « After the Ohio Train Derailment: Evacuations, Toxic Chemicals and Water Worries », *The New York Times*, le 6 mars 2023

lesquelles les gouvernements ont utilisé des mesures réglementaires ou autres, conduisant à priver effectivement un investisseur de l'usage et du bénéfice d'un investissement, sans qu'il y ait d'occupation physique directe ni de transfert de propriété¹⁰⁵⁸. Techniquement, il s'agit du moment où l'exercice légitime des pouvoirs de l'État prend fin et où l'expropriation a eu lieu¹⁰⁵⁹. En créant de « nombreuses incertitudes »¹⁰⁶⁰, l'expropriation indirecte est perçue comme la reconnaissance d'« une protection maximale aux investisseurs étrangers »¹⁰⁶¹ au sens anglo-saxon et selon la théorie de Locke.

364. Durant l'apogée du libéralisme, les arbitres ont accordé raison aux investisseurs dans leur lutte contre la préservation de l'environnement au nom de la souveraineté de l'État. Les sentences arbitrales rendues ont témoigné d'un triomphe total du libéralisme.

365. Les affaires engagées contre les pays en développement (1) concernent *Santa Elena c. Costa Rica*¹⁰⁶² de 1996, *Metalclad c. Mexique*¹⁰⁶³ de 1997 et *Azurix c. Argentine*¹⁰⁶⁴ de 2001.

¹⁰⁵⁸ Been V., Beauvais J.C., « The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », *N.Y.U. L. Rev.*, vol.78, avril 2003, p.54

¹⁰⁵⁹ Miles K., *The Origins of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p.156

¹⁰⁶⁰ Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers » *op.cit.*, p.270

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1

¹⁰⁶³ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

¹⁰⁶⁴ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12

L'investisseur a engagé une procédure d'arbitrage en raison de la non-application du régime tarifaire de la concession des services d'eau potable et d'assainissement de la province de Buenos Aires, pour des raisons politiques. En effet, une augmentation de la facture d'eau aurait eu un effet négatif sur M. Duhalde dans sa course à la présidentielle. La question environnementale concerne la prolifération d'algues dans le réservoir, ce qui rend l'eau trouble et brumeuse, et lui donne un goût et une odeur de moisi en avril 2000. Selon l'investisseur, la presse et les politiciens ont transformé cette question en un événement médiatique et politique majeur, provoquant la panique de la population quant à la conformité de l'eau. Le gouvernement (Organismo Regulador de Aguas Bonaerense) a invité les citoyens à ne pas payer les factures, demandant à l'investisseur de réduire le tarif jusqu'à ce que l'eau soit conforme aux normes de qualité. Cependant, selon l'investisseur, le problème est dû aux travaux non réalisés avant la concession. Pour répondre à ces questions, le côté argentin a affirmé que 98 % des travaux avaient été réalisés conformément à la circulaire 31(A). L'Argentine a donc soutenu que c'était l'investisseur qui n'avait pas respecté l'accord de concession en ne fournissant pas une eau potable de qualité aux utilisateurs. L'analyse du tribunal s'est également concentrée sur l'attribution des responsabilités concernant la prolifération d'algues. Sa conclusion est que les travaux auraient dû être terminés au moins deux mois avant la concession. Le fait que 98 % des travaux aient été prétendument réalisés ne correspond pas à la réalité, car le taux de réalisation a été artificiellement gonflé afin de permettre la finalisation des travaux. Le tribunal en a donc conclu que la réaction des autorités provinciales témoignait d'un mépris total pour leur propre contribution à la crise des algues et d'une volonté de blâmer le concessionnaire pour des situations qui étaient causées par des années de désinvestissement, tout en utilisant l'incident à des fins politiques. L'Argentine est donc tenue de verser une compensation de 165 millions de dollars américains pour ne pas avoir accordé un traitement juste et équitable à l'investissement d'Azurix, ni une protection et une sécurité complètes, et pour avoir pris des mesures arbitraires qui ont nui à l'utilisation et à la jouissance de l'investissement par l'investisseur.

366. En même temps, de nombreux arbitrages ont également été saisis contre les États développés dans le cadre de l'ALENA (2). Il s'agit notamment de l'affaire *Ethyl c. Canada*¹⁰⁶⁵ de 1996 et l'affaire *S.D. Myers c. Canada*¹⁰⁶⁶ de 1998.

1) Les arbitrages contre les pays en développement

367. Plusieurs sentences arbitrales ont été rendues en faveur des investisseurs. Ces affaires ont eu un impact inattendu, amenant les investisseurs des pays développés à utiliser le mécanisme de RDIE comme un outil pour menacer et décourager les mesures environnementales mises en place par les pays en développement.

a) *Santa Elena c. Costa Rica*¹⁰⁶⁷

368. Cette affaire de 1996 concerne une mesure environnementale prise sous la forme d'un décret d'expropriation établi par le Costa Rica le 5 mai 1978¹⁰⁶⁸. Ce décret permettait la saisie de la propriété appartenant à la Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. (ci-après CDSE), en vue de la transformer en parc national¹⁰⁶⁹. En effet, la propriété détenue par la société s'étendait sur plus de 15 000 hectares de terres¹⁰⁷⁰, comprenant plus de 30 kilomètres de côtes de l'océan Pacifique, une forêt tropicale sèche et de nombreuses rivières, sources, montagnes et vallées¹⁰⁷¹. Outre ses caractéristiques géographiques et géologiques, la propriété abritait une variété éblouissante de flore et de faune, dont beaucoup étaient indigènes à la région et spécifiques à l'habitat de la forêt tropicale sèche¹⁰⁷². Néanmoins, la société CDSE avait acheté ces terrains dans l'intention de transformer une grande partie de la propriété en site touristique et résidentiel¹⁰⁷³. La majorité des actionnaires de la société étaient des citoyens des États-Unis¹⁰⁷⁴. Selon le tribunal, « les mesures environnementales d'expropriation, si louables et bénéfiques soient-elles pour la société dans son ensemble, sont, à cet égard, similaires à toute autre mesure d'expropriation qu'un État peut prendre en pour mettre en œuvre sa politique : en cas d'expropriation, même à des fins environnementales, qu'elles soient nationales ou internationales, l'obligation de l'État d'indemniser demeure »¹⁰⁷⁵. Ainsi, pour déterminer

¹⁰⁶⁵ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL

¹⁰⁶⁶ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL

¹⁰⁶⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1

¹⁰⁶⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, *op.cit.*, Award, § 17

¹⁰⁶⁹ *Id.*, Award, § 18

¹⁰⁷⁰ *Id.*, Award, § 21

¹⁰⁷¹ *Id.*, Award, § 15

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ *Id.*, Award, § 72

l'intérêt à accorder à l'investisseur, le tribunal a considéré que la société CDSE conservait toujours la propriété du terrain concerné, mais que cependant, l'utilisation pratique et économique de la propriété avait été irrémédiablement perdue pendant 21 ans¹⁰⁷⁶. Le tribunal a donc estimé que l'indemnisation devait inclure une compensation de 16 millions de dollars¹⁰⁷⁷.

369. Selon le professeur Sornarajah, l'arbitrage a favorisé le triomphe du libéralisme et la protection de la propriété des investisseurs étrangers au détriment de la sauvegarde de l'environnement et de la souveraineté¹⁰⁷⁸. Les tribunaux ont eu tendance à confirmer et même à élargir les notions qui favorisent les investissements étrangers¹⁰⁷⁹. L'influence de ces sentences arbitrales est telle que le renforcement du droit environnement a été perçu comme une ingérence gouvernementale dans les investissements, poussant les arbitres à conclure que l'État d'accueil n'avait pas respecté ses engagements internationaux en tant que partie contractante du TBI¹⁰⁸⁰. La mesure environnementale est vue comme une expropriation nécessitant une compensation¹⁰⁸¹. Toutefois, la contradiction entre différentes sentences arbitrales ultérieures met en évidence la divergence entre les tribunaux arbitraux concernant la question de savoir si les décisions règlementaires prises à la suite de mesures environnementales peuvent ou non donner lieu à une compensation¹⁰⁸².

370. L'ambassadeur des États-Unis en Inde et associé senior du cabinet Arnold & Porter, M. Juster, a conclu que la décision du tribunal confirme « la caractérisation de l'arbitrage international par ses principaux détracteurs - un processus long et coûteux qui finit par « diviser le bébé » » (« *splitting the baby* »)¹⁰⁸³, soit un moyen de résoudre un différend d'une manière désavantageuse pour les deux parties.

Texte original: « 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, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains. »

¹⁰⁷⁶ *Id.*, Award, § 105

¹⁰⁷⁷ *Id.*, Award, § 107

¹⁰⁷⁸ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p. 3

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ Juster K.I., « The Santa Elena Case: Two Steps Forward, Three Steps Back », *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol 10, n°3, septembre 1999, [en ligne : <https://www.arnoldporter.com/en/perspectives/publications/2002/01/the-santa-elena-case-two-steps-forward-three-steps-back>] [consulté le 20 novembre 2021]

b) *Metalclad c. Mexique*

371. *Metalclad c. Mexique* n'est pas le premier arbitrage relatif aux mesures environnementales. Toutefois, il a suscité une grande attention en raison du conflit entre la protection de l'environnement et le libéralisme en matière d'investissement. Metalclad Corporation est une société basée aux États-Unis et est la société mère de sa filiale Quimica Omega au Mexique¹⁰⁸⁴. Cette dernière a été autorisée par le gouvernement fédéral mexicain à reprendre et exploiter une installation de déchets toxiques située dans l'État mexicain de San Luis Potosi¹⁰⁸⁵. En effet, l'installation avait contaminé les eaux souterraines locales et Metalclad a annoncé avoir été invité, et avoir dépensé 22 millions de dollars américains afin de préparer l'installation¹⁰⁸⁶. Toutefois, les écologistes et citoyens locaux n'ont pas été d'accord avec l'évaluation environnementale de l'installation et ont réussi à convaincre le gouvernement local de ne pas délivrer le permis d'exploitation¹⁰⁸⁷. En 1996, le gouverneur de San Luis Potosi a considéré que l'installation constituait un danger pour les communautés locales et a ordonné à Metalclad de fermer l'installation¹⁰⁸⁸. Sa décision a été soutenue par un audit géologique effectué à l'Université de San Luis Potosi par le biais d'une analyse des impacts environnementaux¹⁰⁸⁹. L'audit a constaté que l'installation était située dans un ruisseau souterrain, et qu'il existait un danger de contamination de l'approvisionnement local en eau¹⁰⁹⁰. À la suite de l'audit, l'ordre était de fermer non seulement l'installation, mais une zone de 600,000 hectares, y compris de site d'installation, était également devenue une zone écologique¹⁰⁹¹. Il est à noter que l'entreprise Metalclad était consciente que son secteur industriel était fortement règlementé, soumis à l'étude d'impact environnemental de l'Institut national d'écologie et à une surveillance régulière du procureur fédéral pour la protection de l'environnement¹⁰⁹². Malgré cela, l'entreprise Metalclad a pu obtenir les permis environnementaux nécessaires d'abord auprès du gouvernement fédéral mexicain, mais n'a pas réussi à gagner la confiance des écologistes, des citoyens locaux et du gouvernement local¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁴ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate U. L. Rev.*, vol 29, issue 3, janvier 1999, p. 486

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ *Id.*, p. 489

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² *Id.*, p. 486

¹⁰⁹³ Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *Comum.J.Transnat'l L.*, vol 40, 2001, p. 52

Ce dernier a donc saisi le tribunal le 2 janvier 1997 contre le gouvernement Mexique. Le tribunal a estimé que l'administration locale n'a notifié à l'investisseur, que Metalcald n'a pas eu l'opportunité d'être entendu et que l'installation elle-même ne présentait pas de défaut au niveau de sa construction¹⁰⁹⁴. Le tribunal a décidé¹⁰⁹⁵ que la demande de fermer l'installation et de transformer le quartier en une zone écologique constituait une expropriation indirecte, ou une mesure équivalente à une expropriation¹⁰⁹⁶. Le Mexique a donc été condamné à verser un montant de 16,6 millions de dollars, bien inférieur à la demande de 115 millions de dollars américains formulée par l'investisseur¹⁰⁹⁷.

372. Après la décision des arbitres, le Mexique a adressé une pétition à la Cour suprême de la Colombie-Britannique au Canada pour annuler la sentence arbitrale de Metalcald. Une annulation partielle de la sentence a été accordée par le juge¹⁰⁹⁸. Les modalités d'annulation d'une sentence arbitrale sont prévues par l'article 1136 de l'ALENA¹⁰⁹⁹. Selon les règles concernant d'autres recours prévus après la sentence dans le cadre du CIRDI, ainsi que la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (également connue sous le nom de la Convention de New York sur l'arbitrage en français), le Mexique peut saisir la Cour du lieu d'arbitrage pour demander l'annulation de la sentence arbitrale¹¹⁰⁰, étant donné que le lieu d'arbitrage se trouvait à Vancouver, au Canada. Le Mexique a été soutenu par le Canada, avec l'intervention du procureur général du Canada¹¹⁰¹. En effet, le Canada a également demandé l'annulation de la sentence arbitrale *S.D. Myers*. En pleine période de triomphe du libéralisme, le professeur Brower, spécialisé en droit international à l'Université du Mississippi, a considéré que ce type de demande d'annulation a

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*

¹⁰⁹⁵ Sur l'analyse de la sentence arbitrale, v. Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *op.cit.*

¹⁰⁹⁶ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, § 107-112

¹⁰⁹⁷ *Id.*, § 131

¹⁰⁹⁸ *The United Mexican States v. Metalcald Corporation*, 2001 BCSC 664

¹⁰⁹⁹ Article 1136

...

3. A disputing party may not seek enforcement of a final award until:

...

(b) in the case of a final award under the ICSID Additional Facility Rules or the UNCITRAL Arbitration Rules

...

(ii) a court has dismissed or allowed an application to revise, set aside or annul the award and there is no further appeal.

¹¹⁰⁰ Giovannini T., « What are the grounds on which awards are most often set aside? », *The Institute for Transnational Arbitration's Eleventh Annual Workshop/Dallas*, le 15 juin 2000, p.14[en ligne: https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2019/10/tgi_what_are_the_grounds.pdf] [consulté le 29 juillet 2021]

¹¹⁰¹ Outline of Argument of Intervenor Attorney General of Canada, *The United Mexican States v. Metalcald Corporation*, 2001 BCSC 664, disponible sur [en ligne: <https://www.italaw.com/cases/671>] [consulté le 29 juillet 2021]

été un moyen pour les pays souverains de transformer les tribunaux nationaux en arbitres finaux des différends investisseur-État¹¹⁰². Selon lui, la sentence de *Metalclad* concerne un différend en matière d'investissements, qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'une relation commerciale, et qui dès lors ne devrait pas bénéficier du régime juridique applicable aux arbitrages internationaux commerciaux¹¹⁰³.

373. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accepté l'argument du Mexique selon lequel le droit applicable est celui de l'« *International Commercial Arbitration Act* » (ci-après ICAA), puisque l'investissement constitue une relation commerciale. Selon l'ICAA, il est possible d'annuler une sentence arbitrale en cas de défaut sérieux de la procédure et de violation de politique publique, mais pas pour motif d'erreur juridique¹¹⁰⁴. La Cour a jugé en mars 2001 que le tribunal avait excédé sa compétence juridictionnelle en fondant sa caractérisation d'un traitement injuste et inéquitable sur une violation prétendue de l'article 1802 concernant la transparence au sein de l'ALENA¹¹⁰⁵. D'une part, cet article ne relève pas des violations prévues par le chapitre 11¹¹⁰⁶ ; d'autre part, l'interprétation du tribunal a été beaucoup plus large que ce que permet l'article 1105 de l'ALENA, relatif à la norme minimale de traitement¹¹⁰⁷. Par conséquent, le fait qu'il ait outrepassé sa compétence juridictionnelle a conduit la cour à rejeter la décision du tribunal arbitral selon laquelle le permis de construction constituait une expropriation indirecte¹¹⁰⁸. Toutefois la transformation du quartier en une zone écologique par décret reste considérée comme une expropriation par la Cour, ce qui signifie que la sentence arbitrale n'a été que partiellement annulée¹¹⁰⁹.

374. Après cette décision, une note explicative a été émise par les trois parties contractantes de l'ALENA en juillet 2001 pour encadrer la marge d'appréciation dont disposent les arbitres pour interpréter les dispositions du traité¹¹¹⁰. Cette note fournit des éclaircissements sur l'article 1105 de l'ALENA¹¹¹¹. Cependant, selon le Professeur Brower, cette note interprétative n'est

¹¹⁰² Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *op.cit.*, p. 62

¹¹⁰³ *Ibid.*

¹¹⁰⁴ *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664, § 50-51

¹¹⁰⁵ *Id.*, §.66-71

¹¹⁰⁶ *Id.*, §. 62-65

¹¹⁰⁷ *Id.*, §. 74

¹¹⁰⁸ *Id.*, §. 78-79

¹¹⁰⁹ *Id.*, §. 133-135

¹¹¹⁰ Free Trade Commission, North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31 juillet 2001]

¹¹¹¹ Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

...

pas véritablement « interprétative » ; au contraire, elle a modifié le texte de l'article 1105¹¹¹². Le professeur estime aussi que les pays contractants de l'ALENA ont fait usage de leur droit d'explication pour réviser les décisions rendues par les tribunaux arbitraux, que les trois États défendeurs qualifient d'incorrectes ou d'inacceptables¹¹¹³.

375. En effet, l'ALENA se distingue des TBI du modèle européen, qui n'incluent souvent pas de clause portant sur la création d'une Commission chargée de superviser l'exécution du traité ainsi que de fournir des explications. Une commission dédiée, appelée la Commission du libre-échange de l'ALENA, a été créée conformément à l'article 2001 de l'ALENA. Parmi les diverses fonctions attribuées à cette Commission, deux d'entre elles ont particulièrement retenu notre attention : la supervision de la mise en œuvre de l'ALENA et la poursuite de son élaboration¹¹¹⁴. La Commission est constituée de représentants ministériels des trois pays¹¹¹⁵, ce qui permet aux États membres de fournir des clarifications supplémentaires après la signature du traité.

376. Une autre raison qui a suscité un grand intérêt pour cet arbitrage est que la réglementation en matière d'environnement, ainsi que dans d'autres domaines d'intérêt public, ne prévoit généralement pas de compensation en cas d'expropriation selon le droit international de l'investissement¹¹¹⁶. Par conséquent, plusieurs propositions ont été avancées pour remédier

Explication dans la note du 31 juillet 2001:

B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.
2. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.
3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).

¹¹¹² Brower C.N., « NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA », *op.cit.*, p. 255

¹¹¹³ *Id.*, p. 255-256

¹¹¹⁴ NAFTA, Article 2001, 2 :

The Commission shall:

- (a) supervise the implementation of this Agreement;
- (b) oversee its further elaboration;
- (c) resolve disputes that may arise regarding its interpretation or application;
- (d) supervise the work of all committees and working groups established under this Agreement, referred to in Annex 2001.2; and
- (e) consider any other matter that may affect the operation of this Agreement.

¹¹¹⁵ NAFTA, Article 2001, 1 :

1. The Parties hereby establish the Free Trade Commission, comprising cabinet-level representatives of the Parties or their designees.

¹¹¹⁶ Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *op.cit.*, p. 547

à cette « échappatoire »¹¹¹⁷. Certains estiment qu'il est nécessaire d'abandonner le mécanisme de RDIE et de le remplacer soit par un tribunal commercial nord-américain, soit par une cour supranationale, à l'instar de la CJUE¹¹¹⁸. Dans ce contexte, les jurisprudences contraignantes peuvent contribuer à éclaircir les conflits entre le libéralisme en matière d'investissement et la protection de l'environnement¹¹¹⁹. Il est important de rappeler que l'ALENA prévoit expressément que les sentences arbitrales n'ont pas la qualité de précédents juridiques et ne sont pas contraignantes. Cette proposition a été formulée sous la forme d'un rapport élaboré par un groupe de travail composé de l'Association du barreau américain, l'Association du barreau canadien et l'Association du barreau Mexique¹¹²⁰.

c) RDIE : outil de découragement des mesures environnementales

377. Outre son utilisation dans le cadre des sentences arbitrales, le mécanisme de RDIE est également employé par les investisseurs comme une menace visant à décourager la mise en œuvre de mesures envisagées par le pays d'accueil¹¹²¹. Un exemple concret est la loi forestière indonésienne. Les nouvelles lois forestières de 1999¹¹²² avaient pour objectif d'interdire l'exploitation minière à ciel ouvert dans les zones de « forêts de protection » désignées pour des raisons environnementales¹¹²³. Plus de 150 sociétés minières se sont trouvées affectées par cette interdiction¹¹²⁴. Face à cette situation, ces sociétés ont brandi la menace d'un arbitrage international en matière d'investissement pour contester la nouvelle législation et la rendre inapplicable à leurs opérations minières¹¹²⁵. Elles ont mis en avant l'argument que ces mesures étaient en violation des TBI en vigueur¹¹²⁶. Pour répondre à ces pressions, le gouvernement indonésien a ensuite promulgué une réglementation qui exemptait les sociétés minières déjà titulaires de licences¹¹²⁷, au nombre de 13¹¹²⁸. Cette décision a plusieurs motivations. D'une

¹¹¹⁷ *Id.*, p.550

¹¹¹⁸ *Id.*, p. 548

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *op.cit.*, p.548

¹¹²¹ Johnson L., Coleman J., Guven B., Sachs L., « Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical Considerations for States », *Columbia Center on Sustainable Investment Staff Publications*, mars 2008, p.7

¹¹²² Jacobson P., « Revealed: Australian miner used arbitration threat to upend Indonesian environmental law », *Mongabay*, le 15 septembre 2016 [en ligne: <https://news.mongabay.com/2016/09/revealed-australian-miner-used-arbitration-threat-to-upend-indonesian-environmental-law/>] [consulté le 4 octobre 2021]

¹¹²³ Miles K., *The Origins of International Investment Law*, *op.cit.*, p.182

¹¹²⁴ *Id.*, p. 182-183

¹¹²⁵ *Id.*, p.183

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ *Ibid.*

¹¹²⁸ Reuters, « Indonesia asks Freeport to submit forest permit », *Reuters*, le 23 février 2000 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/indonesia-freeport-idUSJAK53971320100223>] [consulté le 4 octobre 2021]

part, la société d'État indonésienne de pétrole et de gaz avait déjà été condamnée à verser 261 millions de dollars dans le cadre d'une procédure d'arbitrage international à la suite de l'annulation d'un projet géothermique impliquant une société américaine¹¹²⁹. D'autre part, les États d'origine de ces sociétés minières ont exercé des pressions diplomatiques sur le gouvernement indonésien afin d'aboutir à une résolution satisfaisante pour leurs investisseurs nationaux¹¹³⁰. En plus de l'exemption, ces sociétés minières ont également obtenu les législateurs indonésiens la signature de décrets autorisant les entreprises à entreprendre des activités de déforestation dans des zones normalement protégées¹¹³¹. La plupart de ces sociétés sont issues des pays développés, principalement les États-Unis¹¹³² et l'Australie¹¹³³. À titre d'information, en 2019, le gouvernement indonésien a acquis 51% des actions de PT Freeport Indonésie (PTFI)¹¹³⁴, auparavant détenues à hauteur de 90.64%¹¹³⁵ par la société américaine Freeport-McMoRan. Cette démarche est perçue comme une étape majeure vers une plus grande souveraineté de l'État sur ses propres ressources naturelles¹¹³⁶. Toutefois, cette acquisition s'accompagne d'un héritage de pollution engendré par des décennies de déversement de déchets miniers dans les rivières et les forêts, le coût de leur restauration étant estimé à 13 milliards de dollars¹¹³⁷.

378. Mis à part le cas de l'Indonésie¹¹³⁸, les pays latino-américains ont également été confrontés à ce type de menace émanant de sociétés minières canadiennes¹¹³⁹.

379. En effet, le conflit entre l'industrie d'extractions des ressources naturelles menée par les entreprises multinationales et les pays en développement constitue un domaine de recherche

¹¹²⁹ Miles K., *The Origins of International Investment Law*, *op.cit.*, p. 183

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ Jacobson P., « Revealed: Australian miner used arbitration threat to upend Indonesian environmental law », *op.cit.*

¹¹³² Reuters, « Indonesia asks Freeport to submit forest permit », *op.cit.*

¹¹³³ Jacobson P., « Revealed: Australian miner used arbitration threat to upend Indonesian environmental law », *op.cit.*

¹¹³⁴ Gokkon B., « With its \$3.85b mine takeover, Indonesia inherits a \$13b pollution problem », *Mongabay*, le 14 janvier 2019 [en ligne: <https://news.mongabay.com/2019/01/with-its-3-85b-mine-takeover-indonesia-inherits-a-13b-pollution-problem/>] [consulté le 4 octobre 2021]

¹¹³⁵ Reuters, « Indonesia asks Freeport to submit forest permit », *op.cit.*

¹¹³⁶ Gokkon B., « With its \$3.85b mine takeover, Indonesia inherits a \$13b pollution problem », *op.cit.*

¹¹³⁷ *Ibid.*

¹¹³⁸

¹¹³⁹ MiningWatch Canada, « Blackfire adding threats to injury in Mexico: Canadian mining firm looks to pocket \$800 million via NAFTA Ch. 11 », *Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme*, le 22 février 2010 [en ligne: <https://www.business-humanrights.org/fr/derni%C3%A8res-actualit%C3%A9s/blackfire-adding-threats-to-injury-in-mexico-canadian-mining-firm-looks-to-pocket-800-million-via-nafta-ch-11/>] [consulté le 8 octobre 2010]; v. également Mojica B.E. *et al.*, « Foreign investment, oil, and human security: The case of Pacific Rubiales Energy Corporation in Puerto Gaitán », dans *Profits, Security, and Human Rights in Developing Countries*, James Rochin (dir.), New York, Routledge, 2015, p.34-73

traditionnel en matière d'investissement international. Dans notre approche axée sur le contrôle étatique exercé par les pays occidentaux, nous éviterons de nous plonger en détail dans ce conflit, étant donné que la littérature existante sur ce sujet est déjà abondante.

2) Les arbitrages contre les pays développés

380. Les deux arbitrages relatifs aux attaques contre les mesures environnementales, engagés par le Canada, illustrent la complexité politique ainsi que le conflit entre les groupes d'intérêts qui se cachent derrière ces décisions politiques, et plus fondamentalement, révèlent l'existence d'un conflit entre le libéralisme et la souveraineté.

a) *Ethyl c. Canada*¹¹⁴⁰

381. En avril 1997, le Canada a promulgué une loi interdisant l'importation et le commerce interprovincial des substances à base de manganèse, appelées « methylcyclopentadienyl manganese tricarbonyl » (ci-après MMT)¹¹⁴¹. Le MMT est un additif destiné à l'essence, conçu pour prévenir le cognement du moteur¹¹⁴². L'industrie automobile avait avancé que le MMT endommageait les systèmes de diagnostic embarqués des véhicules, ce qui pourrait entraver la détection de niveaux élevés d'émissions de polluants¹¹⁴³. Selon la direction de la santé environnementale du Canada, une exposition excessive aux composés du manganèse peut provoquer des effets neurologiques indésirables, entraînant des symptômes similaires à ceux de la maladie de Parkinson¹¹⁴⁴.

382. La société américaine Ethyl, qui possède une filiale au Canada, a saisi le tribunal aux règles de la CNUDCI le 14 avril 1997 pour réclamer 250 millions de dollars en raison d'une expropriation par le Canada. Cette saisine repose sur plusieurs motifs, notamment la perte de ventes et de profits sur le territoire canadien ; la dévaluation d'Ethyl Canada et des ventes à l'international suite à l'adoption de mesures similaires par d'autres pays, inspirées des actions du Canada¹¹⁴⁵. Les coûts liés à la réduction des activités, les dépenses engagées pour se défendre contre les accusations portées par le Canada et les efforts de lobbying pour contrer cette législation ont également été pris en compte, tout comme la bonne volonté de l'entreprise au

¹¹⁴⁰ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL

¹¹⁴¹ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 490

¹¹⁴² Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *op.cit.*, p. 545

¹¹⁴³ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 491

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Id.*, p. 491-492

Canada et à l'étranger¹¹⁴⁶. La société a remis en question la légitimité des mesures environnementales mises en place par le Canada, en argumentant que sa filiale canadienne, Ethyl Canada, était le seul importateur, transformateur et distributeur de MMT sur le marché canadien¹¹⁴⁷. Ethyl a affirmé que la mesure était discriminatoire, avec pour objectif réel la protection de l'industrie nationale¹¹⁴⁸. Ainsi, cette mesure ne pouvait être considérée comme une restriction légitime motivée par des raisons environnementales ou sanitaires¹¹⁴⁹. La société a particulièrement mis en avant le manque de justification scientifique soutenant l'interdiction du MMT par le gouvernement canadien¹¹⁵⁰, jetant ainsi le doute sur la nécessité de la mesure canadienne d'interdire le MMT pour protéger la vie ou la santé humaine¹¹⁵¹. Selon Ethyl, le MMT demeurait le seul additif pour carburants que l'administration canadienne pouvait réglementer, car l'entreprise était le seul et unique fabricant de MMT¹¹⁵². La loi interdisant l'importation et les transactions interprovinciales n'a pas complètement banni le MMT, mais l'a rendu inaccessible sur le marché canadien¹¹⁵³. Cela est dû au fait que l'interdiction n'a pas été mise en place conformément à la loi canadienne sur la protection de l'environnement ou aux lois canadiennes relatives à la santé, mais plutôt au moyen d'une loi portant sur l'interdiction de l'importation et de l'exportation¹¹⁵⁴.

383. Le gouvernement canadien a répondu que l'autorité environnementale est partagée entre l'administration fédérale et provinciale, conformément à la Constitution canadienne, et que l'interdiction de la production relève du domaine de compétence des gouvernements provinciaux¹¹⁵⁵. Cependant, en juillet 1998, le panel du commerce intérieur canadien a statué en faveur de plusieurs gouvernements provinciaux qui avaient allégué qu'une telle interdiction enfreignait l'Accord sur le commerce intérieur du Canada¹¹⁵⁶. En conséquence, le gouvernement fédéral du Canada a choisi de résoudre la question avec Ethyl par le biais d'une transaction, en versant un paiement de 13 millions de dollars¹¹⁵⁷. Une lettre explicite émanant du ministre de l'Environnement a également été envoyée à l'attention d'Ethyl, soulignant le manque de soutien scientifique à la fois en ce qui concerne les risques liés au fonctionnement

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ *Id.*, p. 491

¹¹⁴⁸ *Id.*, p. 493

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ *Id.*, p. 494

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ *Id.*, p.495

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

des systèmes de diagnostic embarqués dans les véhicules automobiles et les dangers pour la santé associés au MMT¹¹⁵⁸. Finalement, l'interdiction du MMT a été levée.

384. De Pencier, conseiller senior au sein du département de la Justice et également conseiller pour le Canada concernant les affaires du Chapitre 11 de l'ALENA, estime que le cas d'Ethyl a été *prima facie* présenté comme une affaire relative aux mesures environnementales¹¹⁵⁹. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle affaire puisse être analysée comme une menace spécifique pour la législation et l'élaboration des politiques environnementales¹¹⁶⁰. En effet, la bonne foi du gouvernement a été mise en doute par l'investisseur¹¹⁶¹.

385. M. Wagner, Professeur à l'Université Goldengate et directeur des programmes juridiques internationaux pour le fonds de défense juridique Earthjustice, soutient que les objectifs énoncés dans le préambule de l'ALENA, l'article 1114 du chapitre 11 et l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement, ont tous démontré que la réglementation environnementale relève du domaine de la loi d'un pays souverain et n'est pas susceptible de donner lieu à une compensation pour expropriation indirecte¹¹⁶². Ceci constitue non seulement un consensus en droit international, mais aussi une adhésion au « principe du pollueur-payeur »¹¹⁶³. Afin de garantir la protection de l'environnement, il est primordial de demander à la personne responsable des dommages de supporter les charges environnementales, plutôt que de faire supporter ces coûts au public¹¹⁶⁴. Lorsque les entreprises utilisent le chapitre 11 pour solliciter une indemnisation pour expropriation en raison des effets des lois ou réglementations environnementales sur leur propriété, cela va à l'encontre directe du principe du pollueur-payeur¹¹⁶⁵. Il est également soutenu que l'argument invoquant l'absence de preuves scientifiques suffisantes ou l'incertitude scientifique dans le cas d'Ethyl contrevient au principe de précaution, un principe reconnu en droit internationale. Ce principe est intégré dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 1992. Conformément au principe 15 de cette déclaration, « en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ De Pencier J., « Investment, Environment and Dispute Settlement: Arbitration under NAFTA Chapter Eleven », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol 23, n°3, 2000, p. 410

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ *Id.*, p.411

¹¹⁶² Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate U. L. Rev.*, *op.cit.*, p.477-486

¹¹⁶³ *Id.*, p.470

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ *Id.*, p. 471

tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement »¹¹⁶⁶. Ce principe a également été reconnu par la Convention sur la diversité biologique de 1992 dans son préambule¹¹⁶⁷, et l'article 11¹¹⁶⁸ de la Charte mondiale de la Nature de 1982. En conséquence, le gouvernement n'a pas besoin d'être appuyé par un consensus scientifique large et solide pour exercer ses prérogatives souveraines en matière de réglementation environnementale¹¹⁶⁹. Au contraire, la demande d'Ethyl a sérieusement entravé la capacité des gouvernements à se protéger contre les risques de dommages environnementaux¹¹⁷⁰.

386. Enfin, selon M. De Pencier, l'affaire Ethyl pourrait être envisagée de manière plus précise comme un conflit interne entre grandes entreprises, opposant l'industrie pétrolière à l'industrie automobile¹¹⁷¹. En effet, les contentieux des investissements, tels que ceux d'*Ethyl* et de *S.D. Myers*, relèvent-ils véritablement de la sphère environnementale, ou constituent-ils en réalité des confrontations entre grandes entreprises cherchant à préserver l'industrie nationale et les emplois locaux¹¹⁷² ?

b) *S.D. Myers c. Canada*

387. Juste après que le gouvernement canadien eut résolu l'arbitrage avec Ethyl en juillet 1998, une autre société américaine, S.D. Myers, Inc. (ci-après S.D. Myers), a porté une plainte contre le Canada pour un montant d'au moins 10 millions de dollars, invoquant l'expropriation

¹¹⁶⁶ Principe 15

In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

¹¹⁶⁷ Preamble

...

Noting also that where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat,

...

¹¹⁶⁸ L'article 11

...

b) Les activités comportant un degré élevé de risques pour la nature seront précédées d'un examen approfondi et leurs promoteurs devront prouver que les bénéfices escomptés l'emportent sur les dommages éventuels pour la nature et, lorsque les effets nuisibles éventuels de ces activités ne sont qu'imparfaitement connus, ces dernières ne devraient pas être entreprises ;

c) Les activités pouvant perturber la nature seront précédées d'une évaluation de leurs conséquences et des études concernant l'impact sur la nature des projets de développement seront menées suffisamment à l'avance ; au cas où elles seraient entreprises, elles devront être planifiées et exécutées de façon à réduire au minimum les effets nuisibles qui pourraient en résulter

¹¹⁶⁹ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p.531

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ De Pencier D. J., « Investment, Environment and Dispute Settlement: Arbitration under NAFTA Chapter Eleven », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, *op.cit.*, p. 418

¹¹⁷² *Ibid.*

indirecte résultant de l'interdiction d'exporter des PCB¹¹⁷³ aux États-Unis, mise en place par le Canada le 21 juillet 1998¹¹⁷⁴. S.D. Myers, une entreprise américaine établie dans l'Ohio, possédait une installation de gestion des déchets de PCB¹¹⁷⁵. Sa filiale basée au Canada avait la charge d'exporter les déchets de PCB vers les États-Unis en vue de leur traitement.

388. En effet, les États-Unis ont interdit depuis 1977 la fabrication, le traitement et la distribution commerciale des PCB¹¹⁷⁶. Plus précisément, l'*Environmental Protection Agency* (ci-après EPA) a interdit toute importation et exportation de PCB dans les années 1980¹¹⁷⁷. Bien qu'il fût prévu que l'EPA ait pu accorder des exemptions au cas par cas de manière annuelle, cela était rare en pratique¹¹⁷⁸.

389. Le Canada a interdit l'exportation de PCB en 1990, mais a autorisé le rapatriement aux États-Unis des PCB détenus par le gouvernement américain¹¹⁷⁹. En 1992, le Canada a ratifié la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination de 1989 (ci-après Convention de Bâle)¹¹⁸⁰. Conformément à cette convention, il est prohibé d'exporter des déchets dangereux, y compris les PCB, vers les pays non-membres de la convention, à moins d'avoir assuré qu'ils seront gérés de manière écologiquement rationnelle¹¹⁸¹. Dans ce contexte, le Canada a mis en place des réglementations sur l'exportation et l'importation de déchets dangereux afin de respecter ses engagements internationaux¹¹⁸².

390. Du côté des États-Unis, il est important de noter qu'ils ne font pas partie de la Convention de Bâle. Selon le gouvernement du Canada, l'exportation de PCB vers les États-Unis est ainsi restreinte, et sa loi interdisant l'exportation de PCB s'aligne parfaitement sur les principes de la Convention de Bâle. En décembre 1994, les États-Unis ont proposé des

¹¹⁷³ Les PCB sont une classe de composés aromatiques comprenant 209 congénères, chacun contenant un à dix atomes de chlore fixés à un noyau biphenyle. Les PCB sont toxiques, écotoxiques et reprotoxiques, y compris à faible dose en tant que perturbateurs endocriniens. v. définition Polychlorobiphényle sur Wikipédia : [en ligne : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Polychlorobiph%C3%A9nyle>] [consulté le 29 juillet 2021]

¹¹⁷⁴ S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL

¹¹⁷⁵ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p.496

¹¹⁷⁶ *Id.*, p.497

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ *Ibid.*

¹¹⁸¹ Article 4

...

e) Interdire les exportations de déchets dangereux ou d'autres déchets à destination des Etats ou groupes d'Etats appartenant à des 12 organisations d'intégration politique ou économique qui sont Parties, particulièrement les pays en développement, qui ont interdit par leur législation toute importation, ou si elle a des raisons de croire que les déchets en question n'y seront pas gérés selon des méthodes écologiquement rationnelles telles que définies par les critères que retiendront les Parties à leur première réunion ;

¹¹⁸² Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p.497

modifications réglementaires concernant l'interdiction d'importer et d'exporter des PCB, dans le but de permettre le commerce transfrontalier de PCB à partir de 1996¹¹⁸³. En octobre 1995, S.D. Myers a obtenu un permis d'importation des déchets de PCB en provenance du Canada par les États-Unis, qui ont exercé leur pouvoir discrétionnaire¹¹⁸⁴.

391. En revanche, durant cette période, le Canada a temporairement interdit l'exportation de PCB vers les États-Unis, en raison l'incertitude entourant les modifications réglementaires américaines relatives aux importations de déchets de PCB¹¹⁸⁵. Contrairement à l'affaire d'Ethyl, cette réglementation provisoire d'interdiction d'exportation a été mise en œuvre en vertu des pouvoirs conférés par la loi canadienne *Environmental Protection Act*, en prenant en considération le risque associé aux déchets de PCB¹¹⁸⁶. Le ministre de l'Environnement du Canada a ainsi déclaré en février 1996 que cette interdiction ne serait pas levée que lorsque le Canada serait en mesure de garantir que l'exportation de PCB vers les États-Unis serait traitée de manière appropriée¹¹⁸⁷. Après l'adoption des nouvelles réglementations par les États-Unis en mars 1996, le Canada a levé son interdiction pour permettre l'exportation des déchets de PCB en vue de leur traitement, mais pas pour leur mise en décharge, à compter de février 1997¹¹⁸⁸. Il convient de noter qu'en juillet 1997, une cour d'appel aux États-Unis a renversé ces nouvelles réglementations, arguant que l'EPA était contraint, conformément à la loi américaine, d'examiner les demandes d'exemption individuelles au cas par cas¹¹⁸⁹. Cette décision judiciaire a donc pu impacter le permis obtenu par S.D. Myers en 1995.

392. Le tribunal d'arbitrage a conclu que le Canada avait violé l'article 1102 relatif au traitement national et l'article 1105 relatif à la norme minimale de traitement de l'ALENA. Il a ordonné des dommages et intérêts de 6,9 millions de dollars canadiens, une somme bien inférieure aux 53 millions de dollars américains demandés par S.D. Myers¹¹⁹⁰. Toutefois, le

¹¹⁸³ *Id.*, p.498

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

¹¹⁸⁶ Pour rappel, Ethyl a attaqué le Canada car l'interdiction du MMT n'a pas été promulguée dans le cadre de la loi sur la protection de l'environnement (« Environmental Protection Act »), ce qui a été perçu comme une mesure déguisée de protection environnementale.

¹¹⁸⁷ ES&E, « Environmental concerns must be addressed before Canada permits PCB waste exports », *ES&E*, mai 1996 [en ligne: <https://esemag.com/archives/environmental-concerns-must-be-addressed-before-canada-permits-pcb-waste-exports/>] [consulté le 30 juillet 2021]

¹¹⁸⁸ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p.499

¹¹⁸⁹ *Id.*, p.500

¹¹⁹⁰ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, paragr.52 ; v. également Résumé effectué par le gouvernement de Canada [en ligne : <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/SDM.aspx?lang=eng>] [consulté le 30 juillet 2021]

tribunal n'a pas soutenu la proposition que les mesures d'interdiction temporaire de seize mois pouvaient être qualifiées d'expropriation aux termes de l'article 1110 de l'ALENA¹¹⁹¹.

393. Après avoir étudié le contexte de l'affaire S.D. Myers, il est intéressant de noter que l'avocat qui représentait S.D. Myers ainsi que le Senior Counsel qui représentait le Canada, ont tous deux rédigé leurs points de vue dans le *Hastings International and Comparative Law Review*.

- Avocat de S.D. Myers : mesure protectionniste favorisant l'industrie nationale

394. M. Weiler, à l'époque avocat et Docteur en sciences juridiques (SJD) de la faculté de droit de l'Université du Michigan, a estimé que l'affaire *S.D. Myers c. Canada* ne relevait pas d'une question de protection de l'environnement¹¹⁹². Selon lui, la problématique de la protection de l'environnement n'a pas été au cœur de l'arbitrage, y compris dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*¹¹⁹³. Il a critiqué le décret environnemental de dernière minute dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*, affirmant qu'il rendait l'investissement inutile et que la décision du gouvernement local avait été prise uniquement pour protéger les intérêts des entreprises locales¹¹⁹⁴. Concernant le cas de S.D. Myers, il considère qu'il s'agit d'une mesure discriminatoire ouvertement prise par le gouvernement pour entraver la capacité d'un investisseur américain et de son investissement à rivaliser sur le marché canadien dans le domaine de la destruction des déchets de PCB¹¹⁹⁵. Selon M. Weiler, il n'y a pas eu de véritable conflit entre l'objectif de protection de l'environnement et le principe libéral de l'investissement¹¹⁹⁶. Au contraire, la politique environnementale a été utilisée comme un bouclier pour dissimuler un traitement arbitraire ou discriminatoire envers l'investisseur étranger¹¹⁹⁷.

395. En effet, M. Weiler a expliqué que S.D. Myers n'était pas un producteur de déchets de PCB, et qu'il ne s'agissait pas non plus de stockage de déchets PCB, comme c'était le cas pour de nombreuses entreprises canadiennes en 1995¹¹⁹⁸. Contrairement au marché national canadien,

¹¹⁹¹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, paragr. 284

¹¹⁹² Weiler T., « A First Look at the Interim Merits Award in *S.D. Myers, Inc. v. Canada*: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection, », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol 24, n°2, le 1er Janvier 2001, p.174

¹¹⁹³ *Id.*, p.175

¹¹⁹⁴ *Ibid.*

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

où il n'existait pas de service de traitement et de destruction des déchets de PCB¹¹⁹⁹, S.D. Myers était un pionnier en la matière aux États-Unis depuis plusieurs années¹²⁰⁰. Disposant d'une installation en Ohio, le centre de traitement avait géré bien plus de déchets de PCB que son unique concurrent canadien, une ancienne entreprise gouvernementale provinciale possédant un incinérateur situé dans le nord de l'Alberta¹²⁰¹. La société S.D. Myers disposait de la capacité de traiter de manière sécurisée et économique les déchets de PCB détenus par des entreprises canadiennes¹²⁰². Cependant, les fonctionnaires canadiens ont manifesté des tendances discriminatoires dès le début en faveur de leur industrie nationale dans le domaine du traitement des PCB¹²⁰³. À cet égard, le tribunal a conclu que « les éléments de preuve établissent que la politique du Canada a été façonnée dans une très large mesure par le désir et l'intention de protéger et de promouvoir la part de marché des entreprises qui procéderaient à la destruction des PCB au Canada et qui appartiendraient à des ressortissants canadiens »¹²⁰⁴. Plus spécifiquement, « d'autres facteurs ont été pris en compte, en particulier au niveau bureaucratique, mais l'intention protectionniste du ministre responsable dans cette affaire s'est reflétée dans la prise de décision à chaque étape qui a conduit à l'interdiction »¹²⁰⁵.

396. Le concurrent de S.D. Myers a engagé un lobbyiste, qui faisait partie du personnel, afin d'approcher le ministre de l'Environnement. Ce lobbyiste a même obtenu une promesse de la part du ministre : si S.D. Myers obtenait un permis d'importation de la part des États-Unis, le ministre fermerait immédiatement la frontière¹²⁰⁶. Le concurrent canadien de S.D. Myers a ainsi

¹¹⁹⁹ *Ibid.*

¹²⁰⁰ *Id.*, p.176

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ *Ibid.*, cité d'après Weiler T., « A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection », *op.cit.*, p. 176

- « [Destroying PCBs] in either country is positive for the environment and offers greater cost-effective choice of PCB destruction for PCB owners.
- The export of PCB wastes to the United States for destruction is "consistent with the Canada-USA agreement on the Transboundary Movement of Hazardous Wastes".
- Alternatives to preventing Myers from being able to export PCB wastes to the United States for treatment and destruction include merely imposing sufficient insurance requirements on waste exporters, or allowing the increased competition to encourage new Canadian entrants into the market for PCB waste destruction»

Ces notes d'information ont été rendues publiques lors d'un litige national.

¹²⁰⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, paragr. 162

Texte original: « The evidence establishes that CANADA's policy was shaped to a very great extent by the desire and intent to protect and promote the market share of enterprises that would carry out destruction of PCBs in Canada and that were owned by Canadian nationals. »

¹²⁰⁵ *Ibid.*

Texte original: « Other factors were considered, particularly at the bureaucratic level, but the protectionist intent of the lead minister in this matter was reflected in decision-making at every stage that led to the ban. »

¹²⁰⁶ Weiler T., « A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection », *op.cit.*, p. 177

régulièrement tenu les ministres et les fonctionnaires informés de l'avancement de la demande de permis aux États-Unis et des audiences devant l'EPA. Dans l'une des preuves divulguées, une note datée du 30 octobre 1995 a montré que le ministre a même reçu des conseils sur les réactions potentielles de S.D. Myers, afin que la décision d'interdiction ait pu passer plus facilement¹²⁰⁷. Par conséquent, le tribunal a conclu « qu'il n'y avait aucune raison environnementale légitime justifiant l'introduction de l'interdiction. Dans la mesure où il y avait un objectif environnemental indirect - maintenir la vigueur de l'industrie canadienne afin d'assurer une capacité d'élimination continue - il aurait pu être atteint par d'autres mesures »¹²⁰⁸.

- Senior Counsel du Canada : l'investisseur recherchant des dommages subis à l'extérieur du Canada

397. M. De Pencier, conseiller du Canada sur les affaires liées au chapitre 11 de l'ALENA, a émis des doutes quant à l'intention de S.D. Myers de réclamer des indemnités auprès du Canada pour des dommages subis en dehors du pays¹²⁰⁹. Le Canada s'était également opposé à la perspective que le commerce transfrontalier de services d'exportation fournis par la filiale de S.D. Myers au Canada ait pu être considéré comme un investissement¹²¹⁰. En effet, les activités commerciales ne sont pas incluses dans la définition d'investissement, leur protection étant couverte par les chapitres 3 et 12 de l'ALENA plutôt que par le chapitre 11¹²¹¹. En outre, S.D. Myers a invoqué l'article 1102 de l'ALENA relatif au traitement national. Cependant, ni S.D. Myers ni sa filiale n'ont effectué de traitements de PCB sur le territoire canadien, et aucune

¹²⁰⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, paragr. 179

Texte original: « In the same note of October 30, 1995 Mr. Cornwall outlined the “cons” of the Minister’s possible closing of the border as follows:

Interim orders are design [sic] to provide immediate action to resolve ‘significant danger’ to the environment and/or human health. It can be argued that the opening of the U.S. border poses no such significant danger.

S.D. Myers will certainly seek redress through NAFTA intervention, since they have invested/lobbied heavily to get the border opened. The company can be expected to object formally to any action taken under CEPA to close the border; It will be difficult to argue that the transportation of PCBs to the U.S.A. poses a greater danger than transporting PCBs to Swan Hills, Alberta.

Industry Canada and Foreign Affairs are likely to object to the closing of the Canadian border because it will appear to be an unjustifiable restriction on international trade. Current practice of returning U.S. owned PCBs in Canada to their originators in the U.S. will be jeopardized if the Canadian border is completely shut. An ‘escape hatch’ will have to be provided. »

¹²⁰⁸ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, paragr. 195

Texte original: « The Tribunal finds that there was no legitimate environmental reason for introducing the ban. Insofar as there was an indirect environmental objective - to keep the Canadian industry strong in order to assure a continued disposal capability - it could have been achieved by other measures. »

¹²⁰⁹ De Pencier J., « Investment, Environment and Dispute Settlement: Arbitration under NAFTA Chapter Eleven », *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.*, *op.cit.*, p. 411

¹²¹⁰ *Ibid.*

v. également Partial Award, paragr. 289

¹²¹¹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, paragr. 289

situation similaire n'a été constatée, même en comparaison avec son concurrent présumé¹²¹², lorsque Chem-Security and Cintec ont effectué des traitements de PCB au Canada¹²¹³. En résumé, S.D. Myers était une société américaine cherchant à obtenir des dommages et intérêts du Canada pour les mesures environnementales canadiennes affectant ses opérations et activités aux États-Unis¹²¹⁴. En effet, la filiale canadienne ne possédait pas les déchets de PCB canadiens. M. De Pencier a donc estimé les revendications de S.D. Myers avaient pour objectif d'élargir son influence sur les investissements d'autres « investisseurs », et non sur celui de la filiale canadienne¹²¹⁵. Concernant la nature des mesures, il est considéré que ni l'interdiction d'importation ni l'interdiction à l'exportation ne faisaient partie des exigences de performance interdites énumérées par l'ALENA¹²¹⁶, et que les mesures gouvernementales susceptibles de faire l'objet d'une plainte au titre du chapitre 11 doivent être directement liées à l'investissement¹²¹⁷.

398. Naturellement, la prérogative du Canada en tant que pays souverain de promulguer une législation visant à préserver la santé et la protection de l'environnement a une fois de plus été soulevée par M. De Pencier¹²¹⁸. Dans ce contexte, en réponse à la réclamation d'expropriation de la part de S.D. Myers, le Canada a soutenu que S.D. Myers a continué ses activités et a effectué sept expéditions par bateau après que la mesure contestée a eu été mise en place¹²¹⁹. Parallèlement, il était essentiel pour le Canada de respecter ses engagements internationaux envers la Convention Bâle, à laquelle les États-Unis ne participaient pas¹²²⁰. En conséquence, le Canada ne pouvait pas exporter les déchets dangereux tels que les PCB sans avoir préalablement vérifié si ces exportations seraient traitées et éliminées plutôt que simplement enfouies en décharge¹²²¹. Le Canada n'a levé l'interdiction d'exportation qu'après avoir reçu une notification diplomatique des États-Unis confirmant que l'accord d'exportation englobait également les déchets de PCB¹²²². D'après M. De Pencier, malgré le lobbying qui a eu lieu, l'impératif de se conformer à ses engagements internationaux en vertu de la Convention de Bâle demeurait l'une des raisons principales justifiant l'action du Canada¹²²³. Une fois de plus, tout

¹²¹² *Id.*, p.413

¹²¹³ *Ibid.*

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ *Ibid.*

¹²¹⁶ *Ibid.*

¹²¹⁷ *Ibid.*

¹²¹⁸ *Id.*, p. 414

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Id.*, p. 415

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² *Id.*, p. 415-416

¹²²³ *Id.*, p. 416

comme dans le cas d'Ethyl, l'affaire S.D. Myers présente une dimension économique indéniable, mais avec peu de véritables questions environnementales¹²²⁴.

399. Selon le Professeur Sornarajah, les tribunaux arbitraux ont adopté des interprétations « expansionnistes » dans ces différentes sentences¹²²⁵, ce qui a abouti à la création d'un système inflexible de protection des investissements par l'arbitrage¹²²⁶. Cette approche nuit à la capacité des États d'exercer leur pouvoir pour prendre des mesures en faveur de l'intérêt public¹²²⁷.

400. Il découle donc de ce qui précède que les États-Unis ont réussi à exporter leur idéologie nationale, incarnée par la notion de liberté lockéenne, à l'échelle internationale. La rivalité entre les normes internationales proposées par les pays latino-américains et celles des États-Unis reflète un conflit de valeurs entre la souveraineté étatique et le néolibéralisme. Les nations latino-américaines ont élaboré le droit international en suivant la doctrine Calvo, accordant une importance primordiale au droit de réguler les investisseurs étrangers au sein de leur ordre juridique national. À l'inverse, les États-Unis ont initié la création d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, offrant ainsi aux investisseurs internationaux la possibilité de recourir à l'arbitrage international et contournant l'ordre juridique national. L'intégration de ce mécanisme dans l'ALENA, signé en 1992 entre les États-Unis, le Canada et le Mexique, témoigne du succès éclatant des États-Unis dans leur quête de domination des normes internationales face aux pays latino-américains. Après la conclusion de l'ALENA, la prolifération des TBI favorisant la protection des intérêts des investisseurs durant les années 1990 illustre également la suprématie du libéralisme. Ces traités d'investissement sont essentiellement axés sur la protection des investisseurs étrangers et accordent peu d'attention aux intérêts des États hôtes¹²²⁸. Les arbitres des contentieux des investissements tranchent les différends en se basant sur « les normes et les principes du droit international des investissements qui sont ancrés dans les accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux investissements »¹²²⁹. L'objectif premier de ces traités est de protéger les investissements, un objectif qui prime sur toutes les autres considérations d'intérêt général (comme la préservation

¹²²⁴ *Id.*, p. 418

¹²²⁵ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 413

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ *Ibid.*

Texte original: « The creation of an inflexible system of investment of investment protection through arbitral interpretation undermines the exercise of power of states to take measures to protect the public interest. »

¹²²⁸ Robert-Cuendet S., *Protection de l'environnement et investissement étranger*, 726 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, p.13

¹²²⁹ Monebhurrin N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, 558 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p. 343

de l'environnement ou la santé publique, etc...). Les sentences arbitrales ont indubitablement « aggravé »¹²³⁰ le déséquilibre entre la protection de l'intérêt privé des investisseurs étrangers et la nécessité de protection de l'intérêt général par l'État.

Conclusion du Chapitre

401. Le conflit de valeurs entre le libéralisme et la souveraineté s'étend sur plusieurs dimensions. D'abord, il englobe des interprétations divergentes de la notion de « liberté » selon les États. Sous l'influence de la théorie lockéenne, les États anglo-saxons considèrent que la liberté concerne principalement la libre disposition de la propriété. Dans cette perspective, le rôle du pouvoir politique consiste à protéger la propriété pour garantir cette liberté. L'intervention directe dans les activités économiques n'est pas préconisée ; au contraire, le gouvernement vise à préserver la propriété individuelle et l'intérêt privé. En revanche, la France, sous l'empreinte prédominante de la théorie de Rousseau, interprète la liberté comme un moyen d'atteindre l'égalité. L'accent est mis sur l'égalité des voix de tous les citoyens. Bien que chacun soit « libre » de s'exprimer, la notion de volonté générale, qui représente l'ensemble de ces voix, est au cœur de la théorie rousseauiste. Cette volonté générale, ou l'« intérêt général », confère une puissance à la souveraineté de l'État et lui octroie le droit d'intervenir dans la sphère publique, y compris dans les domaines économiques.

402. Toutefois, les États-Unis ont réussi à insuffler leur interprétation de la liberté dans le domaine du droit international de l'investissement. Les normes internationales en matière d'investissements internationaux ne se préoccupent que de la protection des investissements internationaux, en accord avec la philosophie lockéenne.

403. Les normes internationales proposées par les États-Unis ont engendré une autre dimension de conflit de valeurs entre le libéralisme et la souveraineté étatique. Cette divergence se manifeste sur le plan juridique d'une part par l'affrontement entre le droit interne, qui tente à encadrer les activités des investisseurs étrangers au sein des États hôtes, et le droit international, qui s'efforce à protéger ces investisseurs ; d'autre part, par la confrontation entre les objectifs de préservation de l'ordre public d'un État (tels que la protection de l'environnement et de la santé publique) et l'objectif de promotion des investissements internationaux du droit international de l'investissement.

¹²³⁰ Robert-Cuendet S., *Protection de l'environnement et investissement étranger, op.cit.*, p.14

404. Le triomphe du libéralisme dans ce conflit avec la souveraineté a contribué à renforcer la position de superpuissance des États-Unis à la suite de la guerre froide, tout en favorisant la propagation de politiques libérales pour les entreprises nationales sur la scène mondiale. Simultanément, le besoin en capitaux pour le développement des États a également encouragé l'adoption du néolibéralisme par d'autres pays, étant donné que ces capitaux sont souvent détenus par des multinationales. Cette victoire a été davantage consolidée par la prolifération des TBI, qui offrent le consentement des États à la possibilité pour les investisseurs étrangers de recourir au règlement des différends sous forme d'arbitrage. De plus, elle a été renforcée par les arbitres chargés des contentieux des investissements, qui ont souvent adopté une interprétation favorable aux principes libéraux dans leur traitement des TBI.

CHAPITRE II. LES LIMITES DU LIBERALISME

405. Pendant l'apogée du libéralisme, son triomphe semble imbattable. Cette politique est traduite par la création des règles et des normes en droit international, composée par environ 3000 TBI ainsi que plusieurs traités régionaux ayant des dispositions concernant l'investissement¹²³¹. Le libéralisme bénéficie également du soutien et des garanties des institutions internationales ainsi que de la préférence des arbitres pour l'idéologie libérale. Toutefois, « la conclusion définitive du traité ne signe pas la fin d'histoire mais son début : son application et son interprétation unilatérales sont, sous certaines conditions, appelées à le modifier au cours du temps »¹²³². D'une part, les États sont libres de décider s'ils souhaitent ou non rejoindre un traité multilatéral portant sur un sujet spécifique. En l'absence d'un organisme supranational, tous ces sujets internationaux tels que la protection de l'environnement, les droits de l'homme, les changements climatiques, etc., ont été abordés par le biais de différents traités internationaux. Cependant, ces traités manquent souvent de coordination et de cohérence entre eux. Parfois, concernant le même sujet, diverses conventions sous forme bilatérales, régionales ou quasi-mondiales coexistent, tels que les traités en matière fiscale. Les 3000 TBI sont conclus selon un nombre limité de modèles mais chacun a ensuite fait l'objet de modifications. La fragmentation du droit international a pour conséquence de réduire son effectivité.

406. Ensuite, l'importance accordée au droit international par les gouvernements ne se traduit pas nécessairement par le respect du droit international, d'autre part¹²³³. Dans un régime juridique loin d'être harmonisé, chaque pays interprète le traité international auquel il participe selon son propre intérêt étatique. Le pays utilise « la reconnaissance ou de la protestation pour créer des opposabilités ou pour les récuser, interprète lui-même ses engagements et enfin les exécute selon des modalités librement à effet relatif »¹²³⁴. En conséquence, le droit international ne peut pas nécessairement et efficacement empêcher le pays souverain d'effectuer les contrôles sur les investisseurs étrangers, même pendant la période de gloire du libéralisme. En effet, la reconnaissance de l'existence du droit international, son exécution et son application dépendent largement de l'État souverain, tandis que l'opinion d'un pays sur le droit international se reflète dans son droit interne.

¹²³¹ Alschner W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *op.cit.*, p.6

¹²³² Alland D., *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 5^{ème} éd. 2018, p.181-182

¹²³³ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009 *op.cit.*, p.100

¹²³⁴ *Id.*, p. 121

407. Le libéralisme, apparemment indépassable, ne peut pas réellement empêcher les pays souverains d'appliquer des barrières à la liberté d'investissement étranger par le biais de leur droit interne. En effet, la traduction du libéralisme en normes internationales reste toujours limitée face à la souveraineté, tant aux États-Unis que dans d'autres pays développés comme la France.

408. Nous allons d'abord analyser les contrôles établis par les pays souverains pendant l'apogée du néolibéralisme de manière générale (Section 1), et ensuite discuter des cas spécifiques des États-Unis et la France (Section 2).

Section 1. Les contrôles étatiques pendant l'apogée du néolibéralisme

409. Les États-Unis cherchent à promouvoir le néolibéralisme à l'échelle mondiale afin de faciliter l'accès de leurs entreprises internationales aux marchés étrangers¹²³⁵. À cette fin, un vaste réseau de normes s'est développé, composé de traités bilatéraux, régionaux et multilatéraux en matière d'investissements internationaux. La plupart des pays du monde, qu'ils soient développés ou en développement, se sont engagés à divers degrés dans ces traités internationaux.

410. Parallèlement, malgré la prédominance du libéralisme, les contrôles étatiques sur les investissements étrangers persistent. Ces contrôles peuvent revêtir la forme de restrictions basées sur la nationalité des investisseurs (§1) ou d'autres outils juridiques qui ne font pas de distinction fondée sur la nationalité des investisseurs (§2).

§1. Les contrôles distinguant la nationalité des investisseurs

411. Les outils juridiques mis en place par les États souverains afin de contrôler les investissements n'ont jamais cessé d'exister. Les contrôles traditionnels appliqués par les pays en développement ont fait l'objet de nombreuses recherches (I). Notre attention se portera principalement sur le contrôle établi par les pays développés, soit le concept de « sécurité nationale », qui est perçu comme une valeur concurrentielle du libéralisme (II).

I. Le contrôle traditionnel

412. De manière générale, l'élimination des barrières aux investissements internationaux a toujours été un sujet important du droit international depuis le début des années 1990, ou plus précisément après la Guerre froide. Les pays occidentaux, en tant que principaux exportateurs de capitaux, ont cherché à établir un consensus international afin de promouvoir le libéralisme en matière d'investissement international, de manière à ce que les pays récepteurs de capitaux acceptent les investissements provenant des pays occidentaux. Dans les années 1990, une tendance marquée s'est manifestée avec l'accroissement de l'ouverture des États envers les industries favorisant l'investissement étranger¹²³⁶, un développement qui a été perçu comme un indicateur positif sur la scène internationale¹²³⁷.

¹²³⁵ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.638

¹²³⁶ UNCTAD, World Investment Report 1995, p. 273

¹²³⁷ *Ibid.*

413. Toutefois, pendant cette phase d'acceptation graduelle du libéralisme par les pays en développement, les contrôles permettant à l'État d'accueil de s'assurer de l'impact d'investissement étranger sur son économie continuent à exister¹²³⁸. En effet, ces pays cherchent à stimuler leur développement économique en attirant les investissements directs¹²³⁹. Simultanément, ils mettent également en place des mesures de contrôle, voire des mesures protectionnistes, afin d'intervenir dans les activités économiques des investisseurs étrangers et de protéger la sécurité économique fragile de l'État¹²⁴⁰. Afin d'attirer les investisseurs internationaux, le pays d'accueil établit des conditions favorables pour que l'investisseur étranger puisse bénéficier d'un « régime plus favorable à ceux identifiés comme profitables à l'économie nationale »¹²⁴¹. Par exemple, en Chine, il était prévu que dans le cadre d'une acquisition, l'investisseur étranger devait détenir au moins 25% de participation pour bénéficier du statut d'investisseur étranger. Sinon, une autorisation devait être demandée pour en bénéficier¹²⁴². Le statut d'investisseur étranger permettait d'obtenir divers avantages, tels que la réduction ou la déduction des droits de douane sur les matériaux importés destinés à la production. Le seuil de 25% de participation assurait un investissement plus stable et favorisait l'introduction de nouvelles technologies. Parallèlement, des contrôles sont en place pour le

¹²³⁸ Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement », *op.cit.*, p. 44

¹²³⁹ Ruan Y., *Le droit de l'investissement en Chine*, Paris, Vérone Edition, 2020, p.125

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement », *op.cit.*, p. 44

¹²⁴² Provisions of the Ministry of Commerce on M&A of a Domestic Enterprise by Foreign Investors (China)

Article 9 If the contribution made by a foreign investor to the registered capital of the foreign investment enterprise established after the merger or acquisition is more than 25%, such enterprise shall be treated as a foreign investment enterprise.

If the contribution made by a foreign investor to the registered capital of the foreign investment enterprise established after the merger or acquisition is less than 25%, the enterprise shall not be treated as a foreign investment enterprise, and it shall be subject to relevant provisions on contracting a foreign loan applicable to a non-foreign investment enterprise when the enterprise intends to contract a foreign loan, unless it is otherwise provided in relevant laws and regulations. The approval authority shall, when issuing the approval certificate of foreign investment enterprise (hereinafter referred to as "Approval Certificate"), indicate on the certificate the following words: "foreign investment contribution is less than 25%". The registration administrative authority and the foreign change administrative authority shall also, when issuing the business license of foreign investment enterprise and the foreign exchange registration certificate, indicate on them the words of "The foreign investment contribution is less than 25%".

If any domestic company, enterprise or natural person merges its affiliated domestic company in the name of a company legally established or controlled by the aforesaid domestic company, enterprise or natural person in foreign countries or regions, the foreign investment enterprise established after the merger shall not be treated as a foreign investment enterprise, unless that the overseas company purchases any increased capital of domestic company, or the enterprise established after the merger by the overseas company increases capital to a proportion of 25% of its registered capital. If the contribution made by a foreign investor other than the actual controller is more than 25% of the registered capital of the enterprise established according to this paragraph, the enterprise may be treated as a foreign investment enterprise.

The foreign investment enterprise established after the merger of domestic listed companies by the foreign investor shall be treated in accordance with China's relevant laws and regulations."

mode de financement¹²⁴³, les restrictions sur le rapatriement des bénéfices et des dividendes¹²⁴⁴. La Chine applique des restrictions à la libre circulation des capitaux et instaure des contrôles pour éviter les entrées et sorties de capitaux à court terme qui pourraient avoir des effets négatifs sur la macroéconomie¹²⁴⁵. Ainsi, les pays en développement déterminent souvent les industries qui peuvent bénéficier de l'investissement étranger. Par exemple, la Chine a établi depuis les années 1990 des listes d'industries dans lesquelles les investisseurs sont autorisés, limités ou interdits d'investir. Cette pratique se poursuit encore à ce jour¹²⁴⁶. Les procédures d'autorisation administrative ont également été mises en place afin d'« agir directement sur le volume et les conditions d'investissement correspondant à leurs besoins et à leurs objectifs de politique économique »¹²⁴⁷. En Iran, une autorisation particulière n'est pas requise pour un investisseur étranger¹²⁴⁸, mais l'investissement doit être réalisé « dans le but de développer et promouvoir les activités de production dans certains secteurs – industries, mines, agriculture, services » en respectant tous les lois et règlements du droit interne¹²⁴⁹.

414. Néanmoins, en parallèle, le droit international continue d'explorer des voies pour « percer, éluder, éclipser ou dépasser la souveraineté »¹²⁵⁰, y compris ces différents types de contrôles nationaux. La suppression de toutes sortes de barrières aux investissements étrangers est traditionnellement considérée comme bénéfique pour les pays d'accueil par les chercheurs. Selon le rapport annuel de 2010 de la CNUDCI, plus de 90% des modifications réglementaires nationales sont destinées à être plus accueillantes pour les investisseurs étrangers¹²⁵¹, une tendance qui s'aligne avec la prolifération des TBI¹²⁵².

¹²⁴³ En Inde, il a été prévu que l'investissement doit être financé à hauteur d'au moins 40 % par des sources locales. En revanche, en Argentine, les investisseurs étrangers ont eu un accès limité aux financements locaux. v. UNCTAD, World Investment Report 1995, p. 273

¹²⁴⁴ UNCTAD, World Investment Report 1995, p. 273

¹²⁴⁵ Ruan Y., *Le droit de l'investissement en Chine*, Paris, Vêrone Edition, 2020, p.136-167

¹²⁴⁶ Liste négative pour l'accès aux investissements étrangers de la Chine, disponible sur [en ligne : <http://www.gov.cn/fuwu/zhuanti/wstzfmqd.htm>] [consulté le 16 août 2022]

¹²⁴⁷ Laviee J.P., *Protection et promotions des investissements*, *op.cit.*, paragr. 22

¹²⁴⁸ Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement », *op.cit.*, p. 44

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p. 223

¹²⁵¹ UNCTAD, World Investment Report 2010, p. 81-82

¹²⁵² Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p. 223

II. Contrôle au titre de la « sécurité nationale »

415. La souveraineté est considérée comme la source du concept de « sécurité nationale »¹²⁵³. Ce concept se développe progressivement afin de concurrencer le libéralisme. Sa création (A) sert à justifier l'intervention de l'État dans les investissements étrangers, dans le cadre d'une politique de domination du libéralisme. Cependant, au fil du temps, le champ de cette notion continue de s'élargir (B).

A. La genèse de la notion de « sécurité nationale » en droit

416. Hormis des contrôles visant à éviter d'un résultat brutal causé par un libéralisme soudain provenant des pays en développement, les pays occidentaux ont développé leurs propres mesures de contrôle dans une autre direction. Il s'agit principalement de contrôles liés à la sécurité nationale, instaurés par les États-Unis. Dans les années qui suivent, et sous l'influence de ces mesures mises en place par les États-Unis, la notion de sécurité nationale et les mesures qui en découlent ont été adoptées par d'autres pays, notamment les pays développés, pour défendre leur souveraineté.

417. Généralement, la période allant de 1990 à 2000 est considérée comme l'apogée du néolibéralisme¹²⁵⁴. Cependant, dès les années 1990, certains gouvernements ont commencé à réfléchir à d'autres valeurs et objectifs concurrents. Il n'est pas aisé de trouver un équilibre entre le libéralisme et la nécessité de protéger la sécurité nationale, les droits sociaux, la culture locale et l'environnement, ainsi que la nécessité de promouvoir le développement¹²⁵⁵. En effet, la contradiction entre la « sécurité nationale » et le « libéralisme aux investissements étrangers » est apparue simultanément avec le triomphe du libéralisme¹²⁵⁶. Plus précisément, la notion de sécurité nationale a gagné en importance pendant cette période pour justifier et légitimer les mesures de protection qui vont à l'encontre du libéralisme. Par conséquent, malgré la promotion du libéralisme par les pays occidentaux, des exclusions ou des limitations à l'accès à certains secteurs pour les investisseurs étrangers persistent. En ce sens, les pays développés ne font pas exception à cette réalité. Cela concerne notamment les industries liées à la défense,

¹²⁵³ 彭阳(Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对 », 国际法研究, n°5, 2022, p.97 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2022, p. 97)

¹²⁵⁴ Third World Network, « Latin American States form alliance to tackle investment treaties », *TWN*, le 30 avril 2013 [en ligne: <https://www.twn.my/title2/wto.info/2013/twninfo130408.htm>] [consulté le 5 octobre 2021]; Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, op.cit., p.3

¹²⁵⁵ UNCTAD, *World Investment Report 1997*, p. xxxv

¹²⁵⁶ *Id.*, p. 231

à la sécurité publique¹²⁵⁷, ainsi que des secteurs spécifiques tels que l'industrie bancaire, l'assurance et l'extraction des ressources naturelles. En effet, selon le rapport annuel d'investissement de la CNUDCI de 1997, presque tous les gouvernements ont mis en place certains niveaux de contrôle pour maintenir la capacité de production nationale dans les industries considérées comme essentielles en termes de sécurité nationale¹²⁵⁸. La limitation de l'accès des investisseurs à ces industries vise à minimiser les risques de rupture d'approvisionnement en cas de conflit et à préserver certaines connaissances, notamment dans des domaines de haute technologie, face à d'éventuels adversaires¹²⁵⁹.

418. Il est important de rappeler que la notion de sécurité nationale aux États-Unis n'a pas été créée par hasard. Selon la Constitution, l'administration fédérale des États-Unis n'a pas explicitement le pouvoir de réglementer les investissements étrangers¹²⁶⁰. Ainsi, toutes les mesures visant à réglementer dans ce domaine doivent être motivées et justifiées. Concernant les investissements réalisés par les entreprises internationales, deux bases juridiques ont été utilisées : le pouvoir de réglementer le commerce interétatique et le commerce étranger, ainsi que la défense nationale¹²⁶¹. La notion de sécurité nationale est donc apparue dans le cadre de ce concept de défense nationale afin de permettre son inclusion dans le domaine de compétence de l'administration fédérale. Il est donc dans l'intérêt du gouvernement fédéral d'élargir la portée de la notion de sécurité nationale plutôt que de créer de nouveaux outils.

419. La notion de sécurité nationale¹²⁶² a été mise en avant pour la première fois dans le rapport annuel de la CNUDCI en 1992, attirant ainsi l'attention du monde. Aux États-Unis, cette notion est liée aux investissements étrangers depuis l'*Executive Order 11858* de 1975, portant création du CFIUS (*The Committee on Foreign Investment in the United States*) afin de surveiller l'impact des investissements étrangers entrant dans le pays. Le CFIUS soumet également des recommandations et des analyses au Conseil de sécurité nationale et au Conseil de sécurité. L'instrument de sécurité nationale fut créé dans le but de pouvoir suspendre les acquisitions menées par les entreprises japonaises, qui étaient considérées comme les plus grandes concurrentes des entreprises américaines dans les années 1980 et 1990¹²⁶³. Cette

¹²⁵⁷ *Ibid.*

¹²⁵⁸ *Id.*, p. 231

¹²⁵⁹ *Ibid.*

¹²⁶⁰ Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions, *CRS Report for Congress*, RL33103, 17 juin 2013., p.3

¹²⁶¹ La Constitution des États-Unis, L'article I, §8, clause 12

¹²⁶² Executive Order 11858, Section 1 (b)

¹²⁶³ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.6

période a été marquée par une forte présence économique japonaise sur les marchés américains, suscitant des préoccupations quant à la sécurité économique et industrielle des États-Unis. L'amendement Exon-Florio sur le *Defense Production Act* approuvé par le Congrès des États-Unis et adopté en 1988, marque le commencement officiel de l'emploi de la notion de sécurité nationale. Selon les chiffres indiqués dans le rapport d'investissement annuel de la CNUDCI, depuis l'entrée en vigueur de l'acte d'Exon-Florio, le contrôle par le CFIUS a été multiplié de 14 en 1988 à 200 en 1989 et puis à 295 en 1990¹²⁶⁴. En 1989, la première opération bloquée par le président des États-Unis et la première décision de désinvestissement concernaient l'acquisition par la société « China National Aero-Technology Import and Export Corporation », spécialisée en aérospatial, de la société MAMCO¹²⁶⁵, cette dernière impliquait un fabricant américain de pièces d'avion¹²⁶⁶.

420. Il est important de noter que la forme des acquisitions a suscité une attention particulière de la part des États-Unis. En effet, à la fin du XVIIIe siècle et à la fin du XXe siècle¹²⁶⁷, plusieurs vagues de fusions et d'acquisitions ont eu lieu, influencées à la fois par le développement des technologies et par les marchés financiers¹²⁶⁸. Dans ce contexte, les industries américaines ont continuellement cherché des moyens de manipuler le marché à travers des accords de détermination des prix¹²⁶⁹. Au XVIIIème siècle, cette évolution s'est d'abord manifestée par le biais d'accords informels, puis ultérieurement par le biais de cartels et d'associations professionnelles nationales¹²⁷⁰. Cependant, plusieurs décisions de la Cour suprême ont statué que les cartels constituaient des pratiques anti-concurrentielles¹²⁷¹. Par conséquent, les sociétés américaines ont eu recours aux fusions et acquisitions comme alternative¹²⁷². Le droit des sociétés américain a été développé pour permettre cette nouvelle modalité de gestion, notamment la création de sociétés holding¹²⁷³. Parallèlement, le droit de la concurrence s'est développé alors que les sociétés américaines cherchaient de nouveaux moyens de fusion et d'acquisition pour contourner les lois antitrust. Les effets négatifs de ces pratiques menées par

¹²⁶⁴ UNCTAD, World Investment Report 2000, p. 150

¹²⁶⁵ *Ibid.*

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ *Id.*, p.156-157

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ *Id.*, p. 156

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² *Ibid.*

¹²⁷³ *Ibid.*

des entreprises internationales n'ont été discutés au sein de la communauté juridique du droit international qu'au début du XXe siècle¹²⁷⁴.

421. Dans ce contexte, lorsqu'ils utilisent les mêmes moyens pour acquérir des sociétés américaines, les investisseurs étrangers font face à une attitude défavorable de la part des Américains, qui cherchent à protéger la propriété détenue par les nationaux. Cette attitude s'explique également par le fait que les sénateurs, ayant des liens étroits avec les entreprises qui financent leurs activités politiques dans leurs circonscriptions électorales, jouent un rôle actif dans la surveillance des transactions de fusion et d'acquisition transfrontalières. Le droit de la concurrence et la notion de sécurité nationale sont donc des outils juridiques créés pour répondre à certaines préoccupations économiques, telles que les fusions et acquisitions dans le cas du droit de la concurrence, ou les sociétés japonaises à la fin des années 1990, qui sont devenues des concurrentes des entreprises américaines. En revanche, l'intérêt des autres pays développés pour les acquisitions transfrontalières ne s'est développé que plus tardivement. Une des raisons expliquant ce phénomène est que les investisseurs autres qu'américains ont commencé à recourir aux fusions et acquisitions qu'à partir de la fin des années 1990¹²⁷⁵.

422. En même temps, les États-Unis ont adopté une stratégie visant à aligner le droit international sur leur droit interne¹²⁷⁶. Il n'est pas surprenant de constater que l'on retrouve, dans le texte proposé de l'Accord multilatéral sur l'investissement, des exceptions générales telles que la sécurité nationale et la nécessité d'« assurer l'intégrité et la stabilité de son système financier » comme des exceptions générales¹²⁷⁷. Ces exclusions permettent plus précisément aux États-Unis de prendre les mesures nécessaires pour filtrer les investissements étrangers tout en restant en accord avec leur politique de libéralisme.

423. A la fin des années 1990, le nombre des transactions liées aux acquisitions transfrontières a connu une augmentation rapide, en particulier à partir de 1997 après la crise financière. Cela s'explique en partie par le fait que de nombreuses entreprises asiatiques étaient en faillite ou en situation de quasi-faillite¹²⁷⁸. Dans ces pays asiatiques, la politique du

¹²⁷⁴ UNCTAD, World Investment Report 2003, p. 88

¹²⁷⁵ UNCTAD, World Investment Report 1998, p. 212

¹²⁷⁶ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 502-509

¹²⁷⁷ Exceptions to MAI rules.

General exceptions: any country would be able to take measures necessary to protect its national security or to ensure the integrity and stability of its financial system.

v. citation dans UNCTAD, World Investment Report 1998, p. 66

¹²⁷⁸ UNCTAD, World Investment Report 1998, p. 212

libéralisme a été adoptée pour sauver ces entreprises en encourageant les investissements étrangers¹²⁷⁹. En revanche, dans les pays occidentaux, on a considéré que le processus de fusion et d'acquisition était plus risqué du point de vue de la sécurité nationale, car les technologies à usage militaire pourraient tomber entre les mains étrangères¹²⁸⁰. Aux États-Unis, l'amendement Exon-Florio a été mis en place dès le départ pour traiter spécifiquement les transactions de fusion et d'acquisition, en raison des préoccupations croissantes liées à ce type de transactions menées par les entreprises japonaises¹²⁸¹. Bien que les investissements de la constitution d'une nouvelle entreprise (« *greenfield investment* » en anglais) soient considérés comme moins risqués, ils offrent néanmoins aux investisseurs étrangers la possibilité de surveiller le développement des technologies dans le pays d'accueil¹²⁸². Au contraire, les pays en développement de cette période ne faisaient pas de distinction entre les transactions de fusion et d'acquisition et les investissements de la constitution d'une nouvelle entreprise, principalement parce qu'ils ne possédaient pas d'industries stratégiques développées¹²⁸³. En réaction à cela, les pays développés, notamment les États-Unis, ont commencé à filtrer les investissements étrangers lorsque les investisseurs étrangers cherchaient à acquérir des entreprises américaines. Cette mesure visait à préserver les intérêts économiques et sécuritaires du pays.

424. En résumé, vers la fin des années 1990, les pays occidentaux ont commencé à exercer un contrôle plus strict sur les investissements étrangers, notamment en mettant l'accent sur la protection des « champions nationaux », autrement dit l'entreprise qui « soulève des enjeux en termes d'emploi, est susceptible de générer des questions parlementaires pour le gouvernement ou une forte réaction de la part des acteurs sociaux »¹²⁸⁴. Cette évolution s'est produite malgré la domination de la théorie libérale. Toutefois, la sécurité nationale est à cette époque limitée aux industries militaires selon le consensus international et les mesures visant essentiellement les fusions et acquisitions. En effet, selon le rapport d'investissement annuel du CNUDCI de 2000, les pays qui ont employé les mesures de filtrage des fusions-acquisitions transfrontalières étaient le Canada, les États-Unis, la Malaisie, le Nouvelle Zélande, et la Suède¹²⁸⁵. Il convient cependant de noter que le mécanisme de contrôle des fusions et acquisitions étrangères en

¹²⁷⁹ UNCTAD, World Investment Report 2000, p. 148

¹²⁸⁰ UNCTAD, World Investment Report 1998, p. 231

¹²⁸¹ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.7

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ UNCTAD, World Investment Report 2000, p. 146

¹²⁸⁴ Bine P., « Contrôle des investissements étrangers en France : le rôle de l'avocat », *Dalloz Actualité*, le 13 mai 2023

¹²⁸⁵ *Ibid.*

Malaisie était principalement axé sur l'industrie d'extraction des ressources naturelles, ce qui représente une perspective différente de celle des pays occidentaux. Enfin, les résultats des demandes d'autorisation pour ce type d'opérations étaient souvent confidentiels et n'étaient pas rendus publics¹²⁸⁶, ce qui rendait la procédure de contrôle opaque.

B. De 2005 à 2008 : renforcement du contrôle étatique

425. En 2004, les investissements directs étrangers ont connu une augmentation de 27%, suivie d'une augmentation de 29% en 2005, selon l'information divulgué par la CNUDCI¹²⁸⁷. Cette croissance des transactions de fusion et d'acquisition a suscité une réflexion initiale sur les mesures visant à filtrer les investissements étrangers. Deux transactions très médiatisées aux États-Unis, à savoir le retrait de la proposition d'achat de l'entreprise américaine Unocal par l'entreprise chinoise CNOOC et le désinvestissement de Dubai Port World¹²⁸⁸, ont remis la notion de sécurité nationale au centre de l'attention des pays occidentaux. Ces deux cas impliquaient des investisseurs originaires de pays en développement (la Chine et Dubai) et ont suscité de grandes préoccupations politiques aux États-Unis.

426. En même temps, l'intervention gouvernementale sur les opérations intra-européennes a également attiré l'attention et est considéré comme un mouvement de nature protectionniste¹²⁸⁹. Ainsi, en ce sens, le gouvernement espagnol a tenté d'empêcher l'acquisition d'Endesa par Eon en 2007¹²⁹⁰. En effet, il a imposé des conditions strictes à Eon, mais a été contraint de reculer lorsque la Commission européenne l'a menacé de poursuites judiciaires¹²⁹¹. De même, le gouvernement français a promu la fusion entre Gaz de France et Suez pour éviter une acquisition offensive de la part de la société italienne ENEL, afin de rendre l'entreprise cible trop importante à acquérir¹²⁹². D'autres pays tels que l'Allemagne, l'Italie et le Japon ont également développé des mesures défensives pour durcir la réglementation en matière de concentrations, notamment en utilisant des mesures de « *poison pill* » ou « pilule de poison » en français pour contre carrer une prise de contrôle non souhaitée¹²⁹³. Le contrôle sur les investissements étrangers s'intensifie avec la croissance des transactions de fusions et acquisitions transfrontalières. Cependant, l'intervention de la Commission européenne

¹²⁸⁶ *Ibid.*

¹²⁸⁷ UNCTAD, World Investment Report 2006, p. xvii

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ UNCTAD, World Investment Report 2006, p. 93

¹²⁹⁰ Macalister T., « Endesa accepts raised offer from Eon », *The Guardian*, le 26 mars 2007

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² UNCTAD, World Investment Report 2006, p. 93

¹²⁹³ *Ibid.*

démontre que malgré le souhait des pays européens de favoriser leurs entreprises nationales, la politique libérale reste dominante en Europe.

427. Avec la croissance des opérations transfrontalières et l'arrivée des investisseurs des pays en développement, les pays européens ainsi que la Commission européenne adoptent la même stratégie comme les États-Unis, et décident d'intervenir afin de filtrer les investisseurs non désirables. Ils ont utilisé l'outil créé par les États-Unis, à savoir le concept de sécurité nationale. En effet, en recevant des investissements directs en provenance des pays en développement, les pays développés ont craint la perte de biens stratégiques¹²⁹⁴ et la suppression d'emplois¹²⁹⁵.

428. Parmi ces investisseurs, ce sont surtout les investisseurs chinois qui ont été ciblés par les pays développés. En effet, pendant cette période, il s'agissait principalement d'entreprises d'État ou d'entreprises publiques chinoises qui ont participé à des offres d'acquisition dans des industries considérées comme « sensibles ».

429. Dans l'industrie pétrolière, gazière et minière, la proposition d'acquisition de la société américaine Unocal par la CNOOC (China National Offshore Oil Corporation) a été bloquée par les États-Unis¹²⁹⁶. De même, la proposition de Minmetals, une société chinoise, d'acquérir Noranda, une société canadienne¹²⁹⁷, a suscité des préoccupations concernant la sécurité nationale et les questions relatives aux droits de l'Homme¹²⁹⁸. Cependant, le Professeur Dhir doute que le gouvernement canadien puisse intervenir sur la base des questions liées aux droits de l'Homme, car il n'existe pas de base légale pour un contrôle des investissements étrangers fondé sur ce motif¹²⁹⁹.

430. Dans l'industrie des technologies de l'information et de la communication, l'achat de la division des ordinateurs d'IBM par la société chinoise Lenovo en 2005 a suscité des craintes et a été soumis à la procédure de contrôle de CFIUS au titre de la sécurité nationale¹³⁰⁰. Finalement, la transaction a été approuvée et a été menée à bien avec succès¹³⁰¹. Il est à noter que la

¹²⁹⁴ Le cas de la proposition d'achat d'Unocal par CNOOC (China National Offshore Oil Company) a suscité un grand intérêt. L'Unocal était la septième compagnie pétrolière américaine à l'époque.

¹²⁹⁵ UNCTAD, World Investment Report 2006, p. 222

¹²⁹⁶ *Id.*, p. 223

¹²⁹⁷ Dhir A., « Of Takeovers, Foreign Investment and Human Rights: Unpacking the Noranda-Minmetals Conundrum », *Banking & Finance Law Review*, n°22, 2006, p.79-80

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Id.*, p. 81

¹³⁰⁰ Spooner J. G., « IBM-Lenovo deal said to get national security review », *CNET*, le 24 janvier 2005 [en ligne : <https://www.cnet.com/tech/computing/ibm-lenovo-deal-said-to-get-national-security-review/>] [consulté le 12 février 2022]

¹³⁰¹ UNCTAD, World Investment Report 2006, p. 242, note n°38

communauté des affaires aux États-Unis ne semble pas s'opposer aux entreprises asiatiques¹³⁰². En effet, il semble que les actionnaires locaux apprécient d'avoir davantage d'acquéreurs¹³⁰³, contrairement à l'attitude adoptée par le gouvernement fédéral des États-Unis.

431. De même, dans d'autres industries, en juin 2005, le groupe Haier, premier fabricant d'appareils électroménagers en Chine, a participé à un appel d'offres pour l'achat de Maytag, le troisième plus grand fabricant d'appareils électroménagers aux États-Unis¹³⁰⁴. Néanmoins, l'offre d'achat a été retirée par le groupe Haier, en raison des inquiétudes concernant la suppression d'emplois dans l'industrie manufacturière¹³⁰⁵. Finalement, Maytag a été acquis par Whirlpool¹³⁰⁶.

432. Il semble que les syndicats ne sont pas seulement préoccupés par les investisseurs chinois, mais plus largement par tous les investisseurs ayant des actionnaires originaires de pays en développement. Dans le cas de l'achat d'Arcelor, une société luxembourgeoise, par Mittal Steel, une société néerlandaise et anglaise, les représentants syndicaux de Belgique, de France, d'Allemagne et d'Espagne ont fait une déclaration conjointe s'opposant à la transaction par crainte de suppressions d'emplois, car cinq des neuf membres du conseil d'administration sont indiens¹³⁰⁷. Malgré ces pressions, les deux sociétés sont finalement parvenues à un accord de fusion¹³⁰⁸. Les investisseurs russes ont également fait l'objet de réactions négatives. Gazprom, une entreprise d'État russe, a proposé l'achat de Centrica, le plus grand fournisseur de gaz au Royaume-Uni¹³⁰⁹. Cette opération a suscité beaucoup d'agitation quant à l'idée de laisser une entreprise étrangère prendre le contrôle des marchés de distribution du gaz¹³¹⁰. Finalement, le président député Alexander Medvedev a déclaré qu'aucune opération n'avait été envisagée au Royaume-Uni en 2007¹³¹¹.

433. Les mesures de sécurité nationale se développent si rapidement qu'on peut se demander si ces exceptions au nom de la sécurité nationale, ou d'autres notions similaires comme la « sécurité publique », pourraient être utilisées abusivement par le pays d'accueil¹³¹². En effet,

¹³⁰² *Id.*, p. 227

¹³⁰³ *Ibid.*

¹³⁰⁴ UNCTAD, World Investment Report 2006, p.224

¹³⁰⁵ *Ibid.*

¹³⁰⁶ *Ibid.*

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ *Ibid.*

¹³⁰⁹ *Id.*, p.223

¹³¹⁰ *Ibid.*

¹³¹¹ Reuters, « Gazprom not in talks on UK acquisitions », *Reuters*, le 1^{er} décembre 2007

¹³¹² UNCTAD, World Investment Report 2006, p.225

ces pays peuvent interpréter librement leurs intérêts nationaux et la notion de sécurité, ce qui pourrait créer un régime discriminatoire *de facto* excluant les investisseurs étrangers¹³¹³. Les dirigeants des cibles d'acquisitions, originaires des pays développés, ne sont pas encore prêts à voir une croissance des activités de fusion et d'acquisition avec des ressources provenant des pays en développement¹³¹⁴.

434. En effet, cette vague d'inquiétude suscitée par les acquisitions réalisées par des investisseurs originaires de pays en développement a engendré une réaction au niveau législatif dans les pays occidentaux. En 2007, onze pays développés ont modifié leurs lois ou politiques en matière d'investissements étrangers, mettant principalement l'accent sur la sécurité nationale afin de renforcer le filtrage des investissements étrangers indésirables¹³¹⁵.

435. En effet, les États-Unis ont été à l'origine des mesures prises au nom de la sécurité nationale. En 2007, les législateurs ont introduit la loi FINSA, car le Congrès américain a estimé que l'Exon-Florio ne suffisait plus à adresser les problèmes de sécurité nationale après les cas de la CNOOC et de Dubai Port World. La notion de sécurité nationale, qui ne concernait initialement que les industries militaires, a été élargie pour englober tous les secteurs considérés comme « stratégiques », voire les infrastructures critiques et la sécurité de la distribution de l'énergie. Dans cette optique, l'Allemagne et le Japon prévoient d'introduire des mesures spécifiques concernant les investissements étrangers l'année prochaine¹³¹⁶.

436. En plus des initiatives de renforcement des contrôles sur les investisseurs étrangers en droit national, les pays occidentaux ont également introduit la notion de sécurité nationale comme exception au libéralisme au sein des institutions internationales. Lors des réunions de niveau ministériel de l'OCDE du 5 juin 2008, les ministres des pays membres ont exprimé que les pays d'accueil des investissements ne devraient pas prendre de mesures complémentaires de restriction, sauf dans les cas où les mesures générales applicables aux investisseurs étrangers et nationaux ne suffisent plus à répondre aux préoccupations légitimes liées à la sécurité nationale¹³¹⁷. Cette recommandation était accompagnée d'une liste des industries concernées.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ *Id.*, p.227

¹³¹⁵ UNCTAD, World Investment Report 2008, p. 13

¹³¹⁶ *Id.*, p. 77

¹³¹⁷ Cité dans UNCTAD, World Investment Report 2008, p. 25: « Recipient countries should not erect protectionist barriers to foreign investment. Recipient countries should not discriminate among investors in like circumstances. Any additional investment restrictions in recipient countries should only be considered when policies of general application to both foreign and domestic investors are inadequate to address legitimate national security concerns. Where such national security concerns do arise, investment safeguards by recipient countries should be transparent and predictable, proportional to clearly-identified national security risks, and subject to accountability in there

Parmi ces industries stratégiques, on trouve des secteurs traditionnellement considérés comme liés à la sécurité nationale, tels que le nucléaire et les activités militaires, mais aussi des secteurs tels que la radio et la télévision, ainsi que l'extraction des ressources naturelles¹³¹⁸. Ainsi, on peut considérer que les réactions de ces pays occidentaux sont similaires à celles des États-Unis face à la croissance des acquisitions réalisées par des investisseurs étrangers¹³¹⁹.

§ 2. Les contrôles sans critère de nationalité

437. Différentes mesures ont été mises en place pour permettre l'intervention gouvernementale et répondre aux préoccupations liées aux fusions, acquisitions et changements de contrôle. Parmi ces mesures figurent notamment l'utilisation de l'action spécifique (« *golden share* ») (I), les réglementations en matière de concurrence (II), et des dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises (III). Il est important de noter que ces mesures pourront être appliquées aussi bien aux transactions nationales qu'aux transactions transfrontalières.

I. L'action spécifique

438. L'outil de la « *golden share* » a été créé par le gouvernement britannique dans le but de conserver un droit de veto sur le changement de contrôle d'une entreprise stratégique ou dans d'autres circonstances spécifiques. Il a été développé dans le contexte de la privatisation des entreprises publiques dans les années 1980. La création de cet outil est définie comme « une action permettant à son détenteur d'influencer très fortement la société, essentiellement en cherchant à se prémunir de certaines décisions potentiellement néfastes »¹³²⁰ et permet ainsi de « conserver une forme de contrôle sur les sociétés cédées au secteur public »¹³²¹. Plus précisément, il permet à l'État, qui ne détient qu'une « faible fraction »¹³²², de « maintenir son contrôle sur le capital d'une société »¹³²³. L'utilisation de la *golden share* semble donc instaurer « un déséquilibre politique structurel au sein du capital »¹³²⁴.

439. Ce mécanisme a été employé par plusieurs pays européens, tel que la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et le Portugal. En France, le régime de la *golden share* ou

application » (« OECD Declaration on Sovereign Wealth Funds and Recipient Country Policies », Meeting of the Council at Ministerial Level, 4-5 June 2008, C/MIN(2008)8/FINAL).

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ UNCTAD, World Investment Report 2008, p. 71

¹³²⁰ Dureau-Hazera C., Thomas P., « Les *golden share* dans les sociétés françaises », *RD banc. fin.*, Mai-Juin 2016, n°12, p.1

¹³²¹ *Ibid.*

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ *Ibid.*

des « actions spécifiques » a été introduit par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux privatisations. Cependant, ces pratiques ont été considérées comme restreignant la libre circulation des capitaux prévue par l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ce qui a conduit la Commission européenne à saisir nombreux recours contre l'utilisation de la *golden share* par ces pays européens¹³²⁵. En effet, la mise en œuvre de ce mécanisme par les États membres est sous surveillance sévère de l'Union européenne.

440. Dans certains pays ou régions, comme Malte, Chypre et certains États américains tels que la Californie, le Delaware et la région de Hong Kong, la *golden share* est émis dans une « grande diversité de situations »¹³²⁶ et n'est pas utilisé comme un outil juridique étatique. En France, les *golden share* privées ne prévoient que le droit de veto¹³²⁷. En plus, la *golden share* dans des sociétés privées « n'a jamais été abordée ni par la pratique ni par la doctrine »¹³²⁸. En conséquence, la *goldens share* n'a pas la même signification dans le vieux continent que dans d'autres États et régions du globe. Les pays européens ont adopté l'idée émanant du Royaume-Uni et considèrent la *golden share* comme l'une des mesures disponibles parmi une boîte à outils juridiques disponibles en leur qualité d'« État actionnaire », leur permettant d'intervenir dans les entreprises stratégiques des secteur sensibles¹³²⁹. Toutefois, ce n'est pas le cas en Australie, au Canada ou aux États-Unis. Ces États n'ont pas introduit la *golden share* comme un outil juridique permettant aux États d'intervenir directement dans les décisions internes des entreprises. En effet, en tant qu'« État actionnaire », la France détient des actions privilégiées dans des entreprises telles que Thalès¹³³⁰, Engie¹³³¹ et Nexter system¹³³², tandis que le Royaume-Uni en possédait dans 24 entreprises jusqu'en 2015¹³³³.

¹³²⁵ CJCE, 13 mai 2003, aff C-98/01, Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ; CJCE, 4 juin 2022, aff C-503/99, Commission c/Belgique ; CJCE 2002, 4 juin 2002, aff. C-483/99, Commission c/France ; CJUE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, Commission c/Italie ; CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-112/05 Commission c/Allemagne ; CJCE, 11 novembre 2010, aff.C-543/08, Commission c/Portugal ; CJCE, 10 novembre 2011, aff.C-212/09, Commission c/Portugal

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ *Id.*, p.2

¹³²⁸ Dureau-Hazera C., Thomas P., « Les *golden share* dans les sociétés françaises », *op.cit.*, p.2

¹³²⁹ Lignières P., « Etat actionnaire », *JCP G*, n°50, 8 décembre 2014, p.2294

¹³³⁰ Décret n°97-190 du 4 mars 1997 instituant une action spécifique de l'Etat au capital de Thomson CSF Thomson-CSF est renommée Thales depuis 2000.

¹³³¹ Décret n° 2007-1790 du 20 décembre 2007 instituant une action spécifique de l'Etat au capital de Gaz de France SA ; Article L111-69 et D.111-20 et suivants du Code de l'énergie

¹³³² Décret n° 2015-1586 du 4 décembre 2015 instituant une action spécifique de l'Etat au capital de Nexter Systems SA

¹³³³ Pailleret A., Bryden D., Hildebrand B., « Investissements étrangers dans le secteur de la défense – Encadrement en France, au Royaume-Uni et en Allemagne », *op.cit.*, p.41

441. En ce qui concerne la *golden share* étatique, cet outil juridique n'a pas été créé spécifiquement pour contrôler les opérations transfrontalières, ni est-il « dédié au contrôle des investissements étrangers »¹³³⁴. Son objectif initial est de prévoir une mesure de contrôle pour tout changement de contrôle, qu'il soit effectué par des investisseurs nationaux ou étrangers. Toutefois, rien n'empêche que le gouvernement le transforme en un outil pour « s'opposer à un investissement étranger dans le capital » d'une entreprise¹³³⁵. Dans la pratique, il a été observé que les investisseurs étrangers ont été principalement ciblés par l'utilisation de la *golden share*¹³³⁶.

442. Après avoir été attaqué par la Commission européenne sur ses pratiques de *golden share*, la France a introduit la loi Macron¹³³⁷ pour être en conforme avec le droit européen. Cette loi a réduit l'utilisation de cet outil, limitant son application aux seuls motifs d'ordre public ou de sécurité publique¹³³⁸. Quant au pays qui a créé cette mesure, le Royaume-Uni, celui-ci a renoncé à son droit de veto au titre de la *golden share* de QinetiQ en 2012¹³³⁹, et a exprimé son accord pour la révision des dispositions relatives à la *golden share* dans l'accord des actionnaires avec Rolls-Royce¹³⁴⁰.

443. D'une part, il est reconnu que les règles concernant la *golden share* sont considérées comme « peu efficaces »¹³⁴¹. D'autre part, il convient de souligner que cette mesure n'a pas pour objectif principal de cibler spécifiquement les investissements étrangers. Par conséquent, bien que la *golden share* soit également un outil juridique permettant un contrôle étatique sur les investissements, son examen détaillé ne sera pas abordé dans le cadre de cette thèse.

¹³³⁴ Mahler F., « Contrôle des investissements étrangers au sein de l'Union européenne – Etats des lieux et perspectives », *JCP E*, n°5, 1^{er} février 2018, p.47

¹³³⁵ Dureau-Hazera C., Thomas P., « Les *golden share* dans les sociétés françaises », *op.cit.*, p.2

¹³³⁶ Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, 6^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2021, p. 287, paragr. 340

¹³³⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, Texte n° 1

¹³³⁸ Dureau-Hazera C., Thomas P., « Les *golden share* dans les sociétés françaises », *op.cit.*, p.2

¹³³⁹ Straus R., « Ministry of Defence gives up QinetiQ veto right to help firm compete more effectively », *Thisismoney*, le 30 mars 2012[en ligne: <https://www.thisismoney.co.uk/money/markets/article-2122735/Ministry-Defence-gives-QinetiQ-veto-right-help-firm-compete-effectively.html>] [consulté le 9 septembre 2022]

¹³⁴⁰ Paillet A., Bryden D., Hildebrand B., « Investissements étrangers dans le secteur de la défense – Encadrement en France, au Royaume-Uni et en Allemagne », *JCP E*, n°27, 2 juillet 2015, p. 41

¹³⁴¹ Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, *op.cit.*, p. 287, paragr. 340

II. Le droit de la concurrence

444. Les États-Unis sont considérés comme les inventeurs¹³⁴² et les leaders du droit de la concurrence depuis l'apparition de leur première loi anticartel, le *Sherman Act* en 1890. Il est également reconnu que cette loi « a inspiré à la fois le droit national [de la France] de la concurrence et le droit communautaire de la concurrence »¹³⁴³. Aujourd'hui, le droit de concurrence a été largement développé par plus de 90 pays depuis les années 1990¹³⁴⁴.

445. L'objet principal du droit de la concurrence est de « lutter contre le pouvoir de monopole ou de marché, c'est-à-dire la capacité dont dispose une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui contrôle une part relativement importante du marché, d'induire une hausse des prix en réduisant les quantités offertes et en obligeant ainsi les consommateurs à se détourner vers d'autres biens, au risque de gaspiller des ressources économiques rares »¹³⁴⁵. A part des pratiques anticoncurrentielles, le droit de la concurrence intervient également en matière d'investissement pour réguler les concentrations jugées nuisibles à l'intérêt des consommateurs, ou autrement « le développement du bien-être du consommateur (« *consumer welfare* ») »¹³⁴⁶. L'objectif du contrôle des concentrations est de prévenir « la réduction de la concurrence sur le marché »¹³⁴⁷ en rétablissant « la concurrence, faussée par une répression *ex post* des pratiques anticoncurrentielles, que ce soit l'entente illicite ou l'abus de position dominante »¹³⁴⁸.

446. Il faut mettre en évidence qu'aux États-Unis, le *Sherman Act* ne fait pas de distinction entre les entreprises américaines et les entreprises étrangères. Au contraire, ce sont les « empires industriels américains des familles Carnegie, Rockefeller et autres »¹³⁴⁹ qui ont été visés par cette loi anticoncurrentielle. De même, cette loi « s'applique dans toute sa rigueur et sévérité à toutes les entreprises, que celles-ci battent pavillon français ou étranger »¹³⁵⁰.

¹³⁴² Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *Revue Droit & Affaires (LexisNexis)*, n°10, février 2012, n°7, p.99

¹³⁴³ Lucas F.-X., Poracchia D., *Manuel de droit commercial*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2021, p. 148

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ Vogel L., *Les fondamentaux du droit de la concurrence I Pratiques anticoncurrentielles*, Paris, Bruylant, 2020, p.7

¹³⁴⁶ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.99

¹³⁴⁷ Wu J., *Le contrôle des concentrations en Chine : Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence*, *op.cit.*, p.63, paragr.63

¹³⁴⁸ *Ibid.*

¹³⁴⁹ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.99

¹³⁵⁰ *Ibid.*

447. Toutefois, le contrôle des concentrations au titre de la sécurité nationale poursuit un objectif différent. Initialement créé par les États-Unis avec l'amendement Exon-Florio en 1988, cette intervention sur les achats par des investisseurs étrangers, notamment par les japonais à l'époque, a été conçue pour résoudre la préoccupation sur les acquisitions « risquant de menacer la sécurité nationale du pays »¹³⁵¹. Il est également important de noter que la notion « n'est définie clairement ni dans la loi ni dans les règlements d'applications »¹³⁵², et « demeure toujours imprécise »¹³⁵³.

448. En conséquence, on peut considérer que « l'objectif premier du droit de la concurrence n'est pas le développement des investissements internationaux »¹³⁵⁴ et que « la nationalité des entreprises qui investissent ou interviennent sur les marchés est en principe totalement indifférente aux autorités de concurrence »¹³⁵⁵. Théoriquement, le droit de la concurrence ne vise pas spécifiquement les investissements étrangers¹³⁵⁶.

449. La réglementation sur le contrôle des investissements étrangers et le contrôle des concentrations conformément au droit de la concurrence peuvent constituer « tous deux des contrôles *ex-ante* »¹³⁵⁷, mais tendent « à adresser des problématiques différentes »¹³⁵⁸. Il s'agit de la « protection des entreprises nationales « sensibles » de certaines acquisitions étrangères pour l'un, protection de la structure concurrentielle du marché pour l'autre »¹³⁵⁹.

450. Toutefois, cela n'empêche pas que dans la pratique, le droit de la concurrence est souvent perçu « comme un instrument de contrôle des investissements étrangers qui ne dirait pas son nom »¹³⁶⁰. Par exemple, l'interdiction de la concentration entre Coca-Cola et Orangina en 1999 par le ministre de l'Economie a été considérée comme « une décision « politique » »¹³⁶¹.

¹³⁵¹ Wu J., *Le contrôle des concentrations en Chine : Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence*, Aix-en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p.328, paragr. 991

¹³⁵² *Id.*, p.329, paragr. 993

¹³⁵³ *Id.*, p.331, paragr. 999

¹³⁵⁴ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.99

¹³⁵⁵ *Ibid.*

¹³⁵⁶ *Ibid.*

¹³⁵⁷ Catala Marty J., Doumoulakis L., Sauer C., « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *CDE*, n°5, septembre-octobre 2020, n°21, p.48

¹³⁵⁸ *Ibid.*

¹³⁵⁹ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.99

¹³⁶⁰ *Id.*, p.100

¹³⁶¹ *Ibid.*

451. Dans les années plus récentes, il peut être observé que le droit de concurrence a été employé plutôt par les pays occidentaux pour empêcher les fusions et acquisitions entre eux. Cela est illustré par des exemples tel que l'opposition de la Commission européenne à la fusion entre la Deutsche Börse et le London Stock Exchange (LSE) en 2017¹³⁶², l'objection du *British Competition and Markets Authority* à la fusion entre Experian Plc (groupe irlandais) et Clear Score Technology (groupe anglais) en 2019¹³⁶³, les objections du Royaume-Uni¹³⁶⁴ et du gouvernement norvégien¹³⁶⁵ au projet de fusion entre Prosafe SE (groupe norvégien) et Floatel (groupe américain) en 2020, et enfin l'intervention de la *U.S. Federal Trade Commission* et de la Commission européenne dans le projet d'acquisition de Takeda Pharmaceutical Co. Ltd (société japonais) par Johnson&Johnson via sa filiale TachoSil¹³⁶⁶.

452. Un autre exemple récent et bien connu en Europe concerne la fusion entre Alstom et Simens en février 2019, laquelle a été jugée par la Commission européenne comme ayant « réduit de manière significative la concurrence »¹³⁶⁷. Suite à l'objection exprimée à la fois à Paris et à Berlin, la Commission européenne a évolué pour assouplir le droit de la concurrence afin de permettre la création d'une entreprise championne européenne capable de rivaliser avec des géants tels que les GAFA¹³⁶⁸. Cette évolution est considérée comme une « prolongement du débat né du rejet début 2019 de la fusion entre les géants du rail Alstom et Siemens »¹³⁶⁹. Ironiquement, pendant la même période, tant les républicains que les démocrates aux États-Unis cherchent à démanteler les géants des GAFA¹³⁷⁰. La pression exercée par la France et l'Allemagne a été perçue comme un « un tournant pour le droit de la concurrence »¹³⁷¹. Un an après l'échec de la fusion entre Alstom et Simens, l'acquisition de Bombardier par Alstom a

¹³⁶² Perrotte D., « Bruxelles s'oppose à la fusion entre Deutsche Börse et LES », *Les Echos*, le 29 mars 2017

¹³⁶³ Velez R.F., « Experian drops planned acquisition of rival ClearScore », *S&P Global Market Intelligence*, le 28 février 2019 [en ligne: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/trending/e02IoZzTD37I6LGR47o3kg2>] [consulté le 24 février 2022]

¹³⁶⁴ Case Hub, « Prosafe/Floatel International », *Lexisnexis UK*, [s. d.] [en ligne: <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/prosafe-floatel-international-archived>] [consulté le 6 mars 2022]

¹³⁶⁵ Energy Facts Staff Writer, « Prosafe announced extension of merger agreement with Floatel International », *Energy Facts*, le 5 janvier 2020 [en ligne: <https://www.energyfacts.eu/prosafe-announced-extension-of-merger-agreement-with-floatel-international/>] [consulté le 6 mars 2022]

¹³⁶⁶ Tanchico E., « J&J drops planned \$400M acquisition of Takeda surgical patch – Reuters », *S&P Global Market Intelligence*, le 11 avril 2020, [en ligne: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/j-j-drops-planned-400m-acquisition-of-takeda-surgical-patch-8211-reuters-57999627>] [consulté le 6 mars 2022]

¹³⁶⁷ Steinmann L., « La Commission européenne justifie son rejet de la fusion Alstom-Siemens », *Les Echos*, le 7 février 2019

¹³⁶⁸ Perrotte D., « Concurrence : Paris et Berlin poussent Bruxelles à faire sa révolution », *Les Echos*, le 6 février 2020

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ Le Noan. E., associé du cabinet Altermind, « Vers un tournant interventionniste de la politique de concurrence », *Les Echos*, le 17 juin 2019

¹³⁷¹ Guillermand V., « Alstom-Bombardier, un tournant pour le droit de la concurrence », *Le Figaro*, le 6 août 2020

été autorisée par la Commission européenne en juillet 2020¹³⁷². Ce changement d'attitude peut être lié au contrat de tramway remporté par l'entreprise d'État chinoise CRRC à Porto, au Portugal, quelques jours après l'objection à la fusion Alstom-Siemens¹³⁷³.

453. Enfin, un exemple rare de blocage d'investisseur chinois au titre du droit de la concurrence, plutôt qu'au titre de la sécurité nationale, a été l'acquisition proposée par China International Marine Containers Ltd. (CIMC) de Maersk Container Industry (MCI). La transaction, d'une valeur de 987,3 millions de dollars, a été conclue en septembre 2021¹³⁷⁴. Pour expliquer le blocage, la division antitrust du département de la justice des États-Unis a indiqué que l'acquisition proposée aurait regroupé deux des quatre fournisseurs mondiaux de caisses isothermes et de conteneurs maritimes réfrigérés¹³⁷⁵.

454. Ainsi, les mesures au titre de la sécurité nationale ont été employées notamment contre les investissements non désirables des investisseurs d'origine de la Chine, le Russie, de nombreuses acquisitions ont été refusées ou retirées sous pressions politiques.

455. Dans cette perspective, il est important de reconnaître que le droit de la concurrence a un objectif distinct du droit international relatif aux investissements ou des mesures de filtrage des investissements étrangers. Cependant, il est possible que les autorités de concurrence aient de plus en plus tendance de traiter les outils du droit de la concurrence comme « des alliés objectifs des investissements internationaux »¹³⁷⁶, malgré le fait qu'ils « n'ont a priori pas de rôle à jouer »¹³⁷⁷ pour contrôler spécifiquement les investissements étrangers. Ainsi, il est toujours possible que les autorités administratives transforment la loi et la réglementation en un outil juridique pour atteindre leurs objectifs politiques. Comme l'a souligné Monsieur le Professeur Arnaud Raynouard, « le droit est un instrument au service de la société qu'il sert »¹³⁷⁸. Il est important de noter qu'« on peut abuser d'un droit, on peut détourner des instruments, mais par essence le droit positif est le droit qui répond aux besoins de la société »¹³⁷⁹. Le droit de la concurrence, l'outil de la *golden share*, ainsi que les barrières

¹³⁷² *Ibid.*

¹³⁷³ *Ibid.*

¹³⁷⁴ Donnelly J., « \$1 billion CIMC – Maersk reefer deal scrapped following competition concerns », *porttechnology*, le 25 août 2022[en ligne: <https://www.porttechnology.org/news/1-billion-cimc-maersk-reefer-deal-scrapped/>] [consulté le 27 octobre 2022]

¹³⁷⁵ *Ibid.*

¹³⁷⁶ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.101

¹³⁷⁷ *Ibid.*

¹³⁷⁸ Raynouard A., « L'affectation d'actifs entre réalité et personnalité : le droit de propriété « instrumentalisé » (trust, fiducie, fondation) ... ou « opérationnalisé » », *JCP N*, n°45, le 11 novembre 2022, p.26

¹³⁷⁹ *Ibid.*

environnementales créées par les pays occidentaux dans le cadre de l'OMC, pourraient tous d'être détournés de leurs objectifs initiaux dans un contexte d'anti-mondialisation et de populisme. Cependant, une telle interprétation politique ne peut conduire à considérer que ces lois, qui ne visent pas spécifiquement les investisseurs étrangers, sont l'objet principal de la présente thèse. Si l'on adopte une perspective taoïste, on peut conclure que tous les sujets juridiques sont liés les uns aux autres, mais il faut également admettre que certains sujets sont plus éloignés du sujet initial. En conséquence, la présente thèse ne traitera pas spécifiquement du développement du droit de la concurrence, qui n'est *a priori* pas destiné à surveiller les entrées des investisseurs étrangers et qui a déjà fait l'objet de nombreuses recherches approfondies.

III. Les mesures relatives à la responsabilité sociétale des entreprises

456. A part l'intervention directe dans les affaires des entreprises, un autre moyen d'encadrement par l'État consiste à intégrer la responsabilité sociale des entreprises (ci-après RSE) dans les objectifs des sociétés internationales.

457. Les mesures relatives à la responsabilité sociale des entreprises sont un sujet de préoccupation en droit international qui remonte aux années 1970. Les normes internationales comprennent les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 1976 et la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale d'Organisation internationale du travail (OIT) adoptée en 1977. De même, les Nations Unies ont tenté de négocier un Code de conduite des sociétés transnationales, qui a échoué dans les années 1970 en raison de conflits d'intérêts entre les pays développés et les pays en développement. En 2008, l'ONU a publié un cadre de référence, soit les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui prennent en compte les droits de l'Homme ainsi que l'impact environnemental et social en tant que points de référence sur lesquels les entreprises peuvent exercer une influence¹³⁸⁰. Au niveau du droit européen, la directive 2014/95/UE (ci-après directive 2014/95/UE ou directive RSE) a prévu que les informations incluses dans le rapport de gestion et le rapport consolidé doivent englober, en plus de l'analyse des aspects financiers des activités de l'entreprise, une analyse de la dimension sociale et environnementale de ces activités¹³⁸¹. La nouvelle directive publiée le 16 décembre 2022 (ci-

¹³⁸⁰ ONU, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, d'où tant le droit d'homme, p. 23

¹³⁸¹ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, préambule (6)

après directive (UE) 2022/2464) par la Commission européenne relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises est perçue comme une réforme de la directive de 2014 susmentionnée, instaurant le premier cadre européen de « reporting extra-financière »¹³⁸².

458. Dans les pays anglo-saxons, la RSE est généralement considérée comme une initiative volontaire et d'autorégulation des entreprises¹³⁸³, n'étant pas directement soumise au contrôle gouvernemental. La législation dans ce domaine est souvent sous forme de *soft law* et perçue comme étant « éthique et progressiste »¹³⁸⁴. En revanche, le *hard law* en matière de RSE est critiquée comme une sorte de « *window dressing* »¹³⁸⁵, soit une législation superficielle destinée à créer une impression favorable mais qui ne peut pas réellement être mise en place.

459. Aux États-Unis, la RSE n'est pas exigée par la loi ou par la réglementation américaine¹³⁸⁶. Toutefois, en raison des attentes des consommateurs, de nombreuses entreprises ont intégré la RSE dans leur politique interne et publient des rapports de RSE. Parmi les exemples notables, on peut citer Walt Disney, Cisco, General Motors, IBM, ou encore Warby Parker¹³⁸⁷. En fait, en 2017, 85 % des entreprises de l'indice S&P 500 ont publié des rapports sur le développement durable ou la responsabilité d'entreprise¹³⁸⁸.

460. Comme évoqué plus haut, les pratiques de RSE au Royaume-Uni sont de nature volontaire et ne sont pas une obligation juridique à part entière¹³⁸⁹. À cet égard, le gouvernement n'a qu'un rôle de sensibilisation et de renforcement des capacités en matière de RSE auprès des entreprises et des parties prenantes¹³⁹⁰. Plus spécifiquement, le RSE existe sous forme de *soft law* et fait référence au *U.K. Corporate Governance Code*. De plus, le *UK Companies Act de*

¹³⁸² Parence B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *JCP E*, n°5, 2 février 2023, p.23

¹³⁸³ Zhao J., Wen S., « Corporate Social Accountability », *SJIL*, vol 58, n°1, hiver 2022, p. 65

¹³⁸⁴ *Id.*, p.66

¹³⁸⁵ *Ibid.*

¹³⁸⁶ George E., « Can Corporate Social Responsibility Be Legally Enforced? », *University of Houston Energy Fellows*, le 11 octobre 2019, [en ligne: <https://www.forbes.com/sites/uhenergy/2019/10/11/can-corporate-social-responsibility-be-legally-enforced/?sh=236d0a5e3d44>][consulté le 11 septembre 2022]

¹³⁸⁷ Cote C., « What is a CSR Report & Why is it Important? », *Harvard Business School Online*, le 20 avril 2021, [en ligne: <https://online.hbs.edu/blog/post/what-is-a-csr-report>][consulté le 11 septembre 2022]

¹³⁸⁸ George E., « Can Corporate Social Responsibility Be Legally Enforced? », *op.cit.*

¹³⁸⁹ Lin L-W., « Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences », *Oxford Business Law Blog*, le 18 novembre 2020, [en ligne: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/11/mandatory-corporate-social-responsibility-legislation-around-world>][consulté le 11 septembre 2022]

¹³⁹⁰ Kinnear L., « Does Government Have a Role to Play in Corporate Social Responsibility? », *GivingForce*, [s. d.], [en ligne: <https://www.givingforce.com/blog/does-government-have-a-role-to-play-in-corporate-social-responsibility>][consulté le 11 septembre 2022]

2006 stipule que les administrateurs tiennent compte des intérêts des employés, des consommateurs, des fournisseurs, de l'environnement et de la communauté lorsqu'ils poursuivent les intérêts des actionnaires¹³⁹¹. Cependant, exigence de diligence a peu de contraintes en pratique.

461. L'Australie a promu la RSE par la publication de recherches réalisées par l'*Australian Centre for Corporate Responsibility*¹³⁹². Le sujet de la RSE est principalement abordé par les agents de conseil qui aident les entreprises à améliorer leurs pratiques. Selon un rapport décennal sur le développement de la RSE de 2004 à 2014 en Australie et en Nouvelle Zélande, les avancées dans ce domaine sont étroitement liées à l'acquisition de connaissances sur la RSE et à la promotion des meilleures pratiques au sein des organisations¹³⁹³.

462. Au Canada, la RSE est également conçue comme des « mesures volontaires prises par une entreprise, au-delà des règlements applicables, pour exercer ses activités en tenant compte des enjeux économiques, sociaux et environnementaux »¹³⁹⁴. Par ailleurs, la RSE est surtout promue par le gouvernement canadien au sujet des activités des entreprises multinationales canadiennes à l'étranger, par le biais du « Modèle d'affaires canadien »¹³⁹⁵. En 2018, le gouvernement du Canada a publié un guide intitulé « Outil de navigation relatif aux normes en matière de RSE », qui fait référence aux rapports de performance du Global reporting initiative (ou GRI), aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, ainsi qu'aux normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale de la société financière internationale publiées par l'International Finance Corporation¹³⁹⁶.

463. Toutefois, dans certains pays de droit civil, les mesures relatives à la RSE sont mises en œuvre par le *hard law*. La législation sur la RSE est relativement récente, survenue dans un contexte marqué par un regain d'intérêt pour l'idée de la souveraineté de l'État.

464. En Allemagne, la RSE a également été renforcée après plusieurs années de promotion des pratiques de développement durable. Cela s'est concrétisé par la promulgation de la loi allemande sur la chaîne d'approvisionnement (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG*) le

¹³⁹¹ Lin L-W., « Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences », *op.cit.*

¹³⁹² v. Site : <https://www.accr.org.au/>

¹³⁹³ ACCSR, The 10th Year-Progress and Prospects for CSR in Australia and New Zealand, p.3

¹³⁹⁴ Gouvernement du Canada, « Responsabilité sociale des entreprises », [s. d.], [en ligne: <https://www.rncan.gc.ca/nos-ressources-naturelles/mines-materiaux/mines/developpement-durable-ressources-minerales/responsabilite-sociale-entreprises/18694>] [consulté le 11 septembre 2022]

¹³⁹⁵ *Ibid.*

¹³⁹⁶ *Ibid.*

22 juillet 2021¹³⁹⁷. Cette loi impose des obligations de diligence raisonnable, notamment la mise en place d'un système de gestion des risques visant à identifier, prévenir ou réduire les risques de violations des droits de l'Homme et de dommages à l'environnement. Elle énonce également les mesures préventives et correctives nécessaires, rend les procédures de plainte obligatoires et exige des rapports réguliers. Cette loi est souvent considérée comme la première étape législative obligeant les entreprises établies en Allemagne à protéger les personnes et l'environnement affectés par leurs opérations dans la chaîne d'approvisionnement mondiale¹³⁹⁸.

465. En France, il est considéré que la législation relative à la RSE « se situe dans la continuation »¹³⁹⁹ du droit international susmentionné, notamment des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 1976. Toutefois, la RSE ne fait l'objet d'une loi qu'à partir de 2010, dans l'article 225 de la loi n° 2010-788¹⁴⁰⁰. Considéré comme « un des meilleurs élèves de la classe européenne »¹⁴⁰¹, la France a mis en place des mesures relatives aux RSE bien après l'apogée du libéralisme. Il est également prévu dans le même article 225, qu'« à partir du 1er janvier 2011, le Gouvernement présente tous les trois ans au Parlement un rapport relatif à l'application de ces dispositions par les entreprises et sur les actions qu'il promeut en France, en Europe et au niveau international pour encourager la responsabilité sociétale des entreprises ». Selon cette loi, les entreprises concernées doivent publier des informations autres que financières, notamment sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité ainsi que sur leurs engagements en faveur du développement durable. Cependant, ces mesures ne visent que les grandes entreprises, telle que les sociétés cotées, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions non cotées dont le total du bilan ou le chiffre d'affaires est au minimum de 100 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est au moins de 500¹⁴⁰². Il est donc admis que ces mesures de 2010 sont peu

¹³⁹⁷ v. Site : <https://www.csr-in-deutschland.de/EN/CSR/CSR-national/CSR-Policies-in-Germany/csr-policies-in-germany.html>

¹³⁹⁸ Konstantinov I., « German Supply Chain Act (LkSG): Due Diligence Obligations Explained », *Circularise*, le 19 avril 2022 [en ligne : [https://www.circularise.com/blog/german-supply-chain-act-due-diligence-obligations-explained#:~:text=The%20German%20Supply%20Chain%20Act%20\(LkSG\)%20is%20the%20first%20legislati,ve,the%20German%20Supply%20Chain%20Act](https://www.circularise.com/blog/german-supply-chain-act-due-diligence-obligations-explained#:~:text=The%20German%20Supply%20Chain%20Act%20(LkSG)%20is%20the%20first%20legislati,ve,the%20German%20Supply%20Chain%20Act)] [le 11 septembre 2022]

¹³⁹⁹ Poracchia D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », dans *Le nouvelles contraintes des sociétés*, Bastien Brignon et Isabelle Grossi (dirs.), Issy-les-Moulineaux, Joly éditions, 2018, p. 14

¹⁴⁰⁰ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

¹⁴⁰¹ Malecki C., « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *BJS*, octobre 2017, p. 632

¹⁴⁰² Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, l'article 1

contraignantes en ce qui concerne la responsabilité des entreprises, mettant plutôt l'accent sur l'encouragement des pratiques et des dialogues liés au développement durable dans le cadre du développement des entreprises. Plus récemment, la directive 2014/95/UE a été transposée en droit français par l'ordonnance du 19 juillet 2017¹⁴⁰³ et l'article 216 de la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017, qui seront discutés dans la deuxième partie de cette thèse. La nouvelle directive CSRD, publiée en décembre 2022 par la Commission européenne, est prévue d'être transposée en droit français d'ici la fin de l'année 2023¹⁴⁰⁴. Hormis la législation, le Code de gouvernement d'entreprise Middledent ainsi que le Code Afep-Medef ont également inclus des lignes directrices sur le sujet de la RSE¹⁴⁰⁵.

466. Pour l'instant, la plupart des pays n'ont émis que des guides ou des principes sur la RSE et cette question reste considérée comme une politique interne de gestion des entreprises¹⁴⁰⁶. En ce qui concerne les pays qui ont adopté des mesures par le biais du *hard law*, ces mesures font l'objet de critiques car « la fonction principale des lois obligatoires en matière de RSE semble largement symbolique plutôt que réglementaire ou juridictionnelle »¹⁴⁰⁷.

467. Enfin, comme le droit de la concurrence et l'outil de la *golden share*, l'objectif de la loi RSE n'est pas de filtrer ou d'encadrer les investissements étrangers. Au contraire, tant les entreprises nationales ou que celles créées par des investisseurs étrangers sont soumises de manière identique par ces lois.

468. Par conséquent, les lois et réglementations relatives à la RSE ne feront pas non plus l'objet de développements plus substantiels dans le cadre de cette thèse. Néanmoins, il est fort probable qu'avec le changement climatique, les mesures relatives aux environnements seront durcies.

469. Dans une telle perspective, il est essentiel de différencier les mesures qui font une distinction en fonction de la nationalité des investisseurs, qu'ils soient nationaux ou étrangers, de celles qui ne le font pas. En effet, parmi toutes les mesures de contrôle susmentionnées, le

¹⁴⁰³ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

¹⁴⁰⁴ Schlumberger E., « Chronique de droit européen des sociétés », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2023, p.7

¹⁴⁰⁵ Couret A., « Le Code de gouvernement d'entreprise Middledent 2021 », *BJS*, novembre 2021, p. 36

¹⁴⁰⁶ Zhao J., Wen S., « Corporate Social Accountability », *op.cit.*, p.67

¹⁴⁰⁷ Lin L-W., « Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences », *op.cit.*

Texte originale : « At least for now, the major function of mandatory CSR laws appears largely symbolic rather than regulatory or adjudicative. »

régime de filtrage des investissements étrangers créé au titre de la sécurité nationale cible spécifiquement les investisseurs étrangers, ce qui est au cœur du sujet de la présente thèse.

470. On retiendra de cette section que différents outils juridiques sont à la disposition d'un État pour intervenir sur le projet d'investissement international, malgré la prédominance de la politique libérale prônant une intervention minimale du gouvernement dans l'économie. Parmi les instruments de contrôle qui ne tiennent pas compte de la nationalité des investisseurs, on peut citer le droit de la concurrence, la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et la détention d'actions privilégiées (« *golden share* »). En ce qui concerne les contrôles qui ne s'appliquent qu'aux investisseurs étrangers, les États en développement établissent généralement une liste d'industries favorisées ou interdites pour les investissements, tandis que les États occidentaux ont développé un régime de contrôle des investisseurs étrangers au titre de la sécurité nationale pour superviser les acquisitions des entreprises stratégiques nationales.

Section 2. Les réserves au libéralisme d'investissement appliquées par certains États

471. Les États-Unis (§1) et la France (§2) adoptent des approches différentes en ce qui concerne la notion de liberté. Néanmoins, ces deux pays ont mis en place des mesures restrictives à l'égard des investisseurs étrangers dans leurs législations nationales, même en dépit de la domination de la théorie libérale à l'époque. Cela démontre une politique hybride et parfois conflictuelle dans leur approche.

§1. Les réserves sur la politique de libéralisme mises en place par les États-Unis

472. Les États-Unis ont déclaré après la deuxième Guerre mondiale que « l'Amérique a été le champion de la liberté partout où la liberté était appréciée, contestée ou perdue, couvrant toutes les situations pour tous les peuples »¹⁴⁰⁸. Cependant, le libéralisme économique n'est pas absolu, même aux États-Unis, malgré leur position de champion de la liberté. Au contraire, une forte intervention étatique existe toujours pour protéger les intérêts nationaux et les propriétés des citoyens. Selon les observations de Montesquieu, une nation commerçante peut être jalouse de la prospérité des autres et adopter des lois rigides en matière de commerce et de navigation : « [u]ne nation commerçante a un nombre prodigieux de petits intérêts particuliers ; elle peut donc choquer et être choquée d'une infinité de manières. Celle-ci deviendrait souverainement jalouse ; et elle s'affligerait plus de la prospérité des autres, qu'elle ne jouirait de la sienne »

¹⁴⁰⁸ Wills G., « Bully of the Free World », *Foreign affairs*, Vol 78, n°2, mars-avril 1999, p.50

Texte original: « America was the champion of freedom anywhere freedom was valued or challenged or losing-covering all situations for all peoples. »

¹⁴⁰⁹. De plus, « ses lois, d'ailleurs douces et faciles, pourraient être si rigides à l'égard du commerce et la navigation qu'on ferait chez elle, qu'elle semblerait ne négocier qu'avec des ennemies »¹⁴¹⁰. Enfin, « si cette nation envoyait au loin des colonies, [...] Comme on aime à établir ailleurs ce qu'on trouve établi chez soi, elle donnerait au peuple de ses colonies la forme de son gouvernement propre »¹⁴¹¹.

473. L'illustration de Montesquieu offre une explication pertinente des politiques adoptées par les États-Unis en matière d'affaires étrangères. Lorsqu'il s'agit de commerces et d'investissements entrant sur leur territoire, l'État intervient pour protéger les intérêts nationaux (I). En revanche, lorsqu'il s'agit de leur expansion commerciale à l'étranger, ils promeuvent le libéralisme. L'initiative des États-Unis dans la création de mécanismes multilatéraux démontre clairement leurs attitudes ambivalentes, avec la coexistence du protectionnisme exercé par le biais de leur souveraineté et la promotion du libéralisme conforme aux intérêts des entreprises multinationales.

474. D'une manière ou d'une autre, la relation entre le libéralisme et la souveraineté est assez ambiguë¹⁴¹². Les principes du libéralisme impliquent que les normes doivent être appliquées de manière universelle et égale à tous¹⁴¹³. Cependant, dans la pratique, les États-Unis appliquent le protectionnisme ou le nationalisme sous une forme ou une autre, malgré leur promotion du libéralisme.

475. La principale réserve créée en matière d'investissement étranger, permettant aux États-Unis d'exercer leur pouvoir réglementaire en vertu de leur souveraineté, est le concept de sécurité nationale. Afin de mettre en œuvre ce contrôle des investissements étrangers, une nouvelle institution gouvernementale a été créée : le CFIUS (« *Committee on Foreign Investment in the United States* ») (II).

476. Alors pourquoi une telle notion de sécurité nationale est-elle créée ? En effet, comme évoqué plus haut, et à la différence de la France, l'administration fédérale des États-Unis ne dispose que d'un pouvoir limité car aucune disposition législative explicite ne lui permet de réglementer les investissements étrangers¹⁴¹⁴. Ainsi, toute réglementation en matière

¹⁴⁰⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois I*, *op.cit.*, Chapitre XXVII, p.349

¹⁴¹⁰ *Id.*, p.350

¹⁴¹¹ *Ibid.*

¹⁴¹² *Ibid.*, p.92

¹⁴¹³ *Ibid.*

¹⁴¹⁴ Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *op.cit.*, p.3

d'investissement étranger par l'administration fédérale doit être justifiée conformément à la Constitution. La Constitution américaine a donné trois fondements permettant au pouvoir fédéral de réglementer le commerce et les investissements étrangers¹⁴¹⁵ : l'immigration et la naturalisation¹⁴¹⁶, le pouvoir de réglementer les entre les États et le commerce étranger¹⁴¹⁷ et enfin, la défense nationale¹⁴¹⁸. La sécurité nationale constitue donc une exception à la politique de libéralisme en matière de défense nationale, permettant à l'administration fédérale d'intervenir légitimement pour contrôler les investissements étrangers.

I. Du XVIIe siècle à 1975 : une stratégie protectionniste

477. Les États-Unis se sont présentés comme un État libéral et favorable aux commerces et investissements étrangers, alors qu'en réalité, ils étaient protectionnistes. Selon certains, le recours aux mesures protectionnistes par les États-Unis n'est pas pire que les autres États¹⁴¹⁹, mais « le fait est que ce n'est pas mieux »¹⁴²⁰. Le GATT a été signé sous l'initiative des États-Unis afin de réduire les tarifs douaniers, mais l'économie industrielle américaine s'était développée derrière des barrières de protection élevées, notamment les tarifs douaniers, à l'encontre du monde extérieur¹⁴²¹.

478. Historiquement, un plan économique dénommé « *American System* » a été élaboré par James Madison et Henry Clay¹⁴²², lequel préconisait d'établir des taxes de douanes afin de protéger l'industrie américaine et générer du revenu pour le gouvernement fédéral¹⁴²³. En ce sens, Alexander Hamilton a également présenté son rapport sur les Manufactures en décembre 1791, soulignant la nécessité d'établir des douanes protectrices et de limiter les importations pour protéger l'industrie naissante¹⁴²⁴. Ces idées ont ensuite été adoptées par le Congrès des États-Unis. La théorie de l'économiste Friedrich List, résumée par les Français comme « la protection douanière est notre voie, et le libre-échange est notre but »¹⁴²⁵, est considéré comme

¹⁴¹⁵ *Id.*, p.3

¹⁴¹⁶ La Constitution des États-Unis, L'article I, §8, clause 4

¹⁴¹⁷ La Constitution des États-Unis, L'article I, §8, clause 3

¹⁴¹⁸ La Constitution des États-Unis, L'article I, §8, clause 12

¹⁴¹⁹ Stewart T., *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986 - 1994)* Volume IV, Kluwer Law international, 1999, p. 860-862.

¹⁴²⁰ Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p.81

¹⁴²¹ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p. 90

¹⁴²² Bourgeoi R., « Le protectionnisme, une passion américaine ? », *Revue internationale et stratégique*, vol 108, n°4, 2017, p.91

¹⁴²³ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p. 90

¹⁴²⁴ Alexander Hamilton's Final Version of the Report on the Subject of Manufactures

¹⁴²⁵ Halgand D., « La théorie protectionniste », *20minutes*, le 14 février 2009 [en ligne : <https://www.20minutes.fr/economie/572473-20090214-economie-la-theorie-protectionniste>] [consulté le 18 février 2023]

inspirée du « système américain » établi par les pères fondateurs des États-Unis¹⁴²⁶. Tocqueville a également indiqué que l'industrie de manufacture aux États-Unis est née en raison de la rupture des communications libres entre les continents due aux guerres liées à la Révolution française en 1812¹⁴²⁷. Les américains ont parfaitement maîtrisé les outils du protectionnisme. Par ailleurs, après la Deuxième Guerre mondiale, les États-Unis ont initié le système de Bretton Woods afin de promouvoir certains objectifs nationaux et de protéger certains intérêts spécifiquement américains¹⁴²⁸. Il s'agissait en réalité d'une « opportunité pour les États-Unis d'établir leur suprématie »¹⁴²⁹.

479. En ce qui concerne plus particulièrement les investissements étrangers, le continent d'Amérique du nord a longtemps été une colonie où les Anglais et les Européens ont effectué des investissements. Après la Guerre d'indépendance des États-Unis, le nouveau gouvernement a tout de suite répondu afin de résoudre les créances étrangères non réglées de manière à garantir la solvabilité et à créer un climat favorable aux investissements étrangers¹⁴³⁰. En 1791, Alexander Hamilton, l'un des pères fondateurs des États-Unis, ministre du Trésor et président du pays, a rédigé un rapport intitulé « *Report on Manufactures* » mentionné précédemment. Dans ce rapport, il soutenait que l'apport de capitaux étrangers pourrait stimuler l'industrie manufacturière et l'agriculture du pays, créer davantage d'emplois et favoriser le développement d'entreprises utiles¹⁴³¹. Ses idées favorables aux capitaux et aux investissements étrangers ont dominé aux États-Unis du XVIIIe au XIXe siècle¹⁴³². En conséquence, au milieu du XIXe siècle, les étrangers possédaient plus de la moitié de la dette fédérale et plus d'un quart de la dette municipale¹⁴³³. De plus, l'investissement immobilier a attiré beaucoup d'intérêts de la part des investisseurs européens. Par exemple, le Texas a accordé 3 millions d'hectares en échange de la construction du bâtiment du Capitole de l'État à Austin¹⁴³⁴. Cependant, cette

¹⁴²⁶ Breslin S., « The 'China model' and the global crisis: from Friedrich List to a Chinese mode of governance? », *International Affairs*, vol 87, n°6, novembre 2011, p.1334

v. « This system entailed the creation of a national bank and sovereign credit to enable the government to guide development, the active promotion of agriculture, industry and science to integrate or "harmonize" the three domains into a single economic structure; continental integration through government-funded infrastructure developments; and high public land prices and external tariffs to raise income for government projects and also to protect domestic producers from competition from more developed states. »

¹⁴²⁷ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome II*, *op.cit.*, p.296

¹⁴²⁸ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p. 90

¹⁴²⁹ Buchmüller T., Jalladeau A., Duclos A., *et al.*, « Le Protectionnisme américain », *Ecole de Pensée sur la Guerre Economique*, 12 novembre 2018, p.5[en ligne : <http://www.epge.fr/wp-content/uploads/2019/01/Le-protectionnisme-am%C3%A9ricain.pdf>] [consulté le 5 mars 2021]

¹⁴³⁰ Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *op.cit.*, p.1

¹⁴³¹ v. Hamilton A., *Report on Manufactures*

¹⁴³² Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *op.cit.*, p.2

¹⁴³³ *Ibid.*, p.2

¹⁴³⁴ *Ibid.*

situation a connu un changement drastique après la Première Guerre mondiale. En effet, les investisseurs européens ont vendu leurs propriétés aux États-Unis afin de répondre à leurs besoins pendant la guerre¹⁴³⁵.

480. Malgré l'apparente dominance d'une politique favorable aux investissements étranger, « l'antipathie à l'encontre des investissements étrangers a connu une longue histoire aux États-Unis »¹⁴³⁶. Les premières et deuxièmes banques des États-Unis créées en 1791 et 1816, ont interdit dans leurs statuts l'élection de dirigeants étrangers¹⁴³⁷. De même, l'*Alien Land Law* de 1887¹⁴³⁸ cherchait à dissuader les immigrants indésirables de faire des affaires et de s'installer de manière permanente aux États-Unis en limitant leur pouvoir de posséder des biens immobiliers. Au XX^{ème} siècle, le Congrès des États-Unis a adopté plusieurs lois visant à restreindre les investissements étrangers. Parmi ces législations figurent le *Shipping Act* de 1914/1916, l'*Espionage Act* de 1917 et le *Trading with the Enemy Act* de 1917¹⁴³⁹, qui visent à limiter la propriété étrangère dans des secteurs industriels considérés comme stratégiques, tels que le transport maritime et les communications¹⁴⁴⁰. Le *Trading with the Enemy Act* autorise le Président à nationaliser les actifs des filiales américaines des entreprises allemandes ou à suspendre toute opération avec un pays étranger s'il le juge nécessaire pendant la guerre.

481. Ainsi, en doctrine, sous l'influence du vieux continent, les juristes américains ont également développé une théorie fondée sur la souveraineté face au libéralisme d'investissement illimité. Le droit d'exclusion et d'expulsion des étrangers indésirables par un pays souverain remonte au début du XIX^e siècle, et est considéré comme une doctrine importante du droit international, selon Monsieur Bouvé, agent du Bureau du droit d'auteur des

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ Carroll J.F., « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *Emory International Law Review*, vol. 23, 2009, p. 170

Texte original: Antipathy toward foreign investment has a long history in the United States.

¹⁴³⁷ Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *op.cit.*, p.2

¹⁴³⁸ Alien Land Law, ch. 340, §1, 24 Stat. 476, 3 mars 1887; ch. 363, 29 Stat. 618., 2 mars 1897

§1501. Lands in Territories

No alien or person who is not a citizen of the United States, or who has not declared his intention to become a citizen of the United States in the manner provided by law shall acquire title to or own any land in any of the Territories of the United States except as hereinafter provided. The prohibition of this section shall not apply to cases in which the right to hold or dispose of lands in the United States is secured by existing treaties to citizens or subjects of foreign countries, which rights, so far as they may exist by force of any such treaty, shall continue to exist so long as such treaties are in force, and no longer.

¹⁴³⁹ Carroll J.F., « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *op.cit.*, p. 170-172

¹⁴⁴⁰ Wilkins M., *The History of Foreign Investment in the United States 1914-1945*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p.634

États-Unis¹⁴⁴¹. Bien que cela puisse sembler relever du droit des étrangers en apparence, il faut tenir compte du fait que le droit des étrangers englobe également leurs droits liés à la propriété¹⁴⁴², qui sont un élément fondamental de la théorie de Locke.

482. Depuis la deuxième Guerre mondiale, les États-Unis se sont autoproclamés « leaders » du monde libre¹⁴⁴³. Cependant, dans les années 1970, la baisse de la valeur du dollar américain par rapport aux devises étrangères¹⁴⁴⁴, a entraîné une accélération et une diversification des investissements étrangers aux États-Unis¹⁴⁴⁵. Face à la perspective de voir le contrôle des industries dans des secteurs stratégiques américains échapper aux mains d'investisseurs étrangers, le concept de « sécurité nationale » a émergé¹⁴⁴⁶. Comme déjà évoqué plus haut, ces craintes sont notamment formulées vis-à-vis de « la domination japonaise » et des investissements originaires des pays de l'OPEP (OPEC en anglais, Organisation des pays exportateurs de pétrole en français)¹⁴⁴⁷. Dans ce contexte, le *Foreign Investment Study Act* de 1974 a été adopté par le Congrès américain, visant à réaliser une étude complète des investissements étrangers aux États-Unis¹⁴⁴⁸. Les résultats de cette étude ont conduit le gouvernement à conclure qu'il n'avait pas mis en place un mécanisme de surveillance suffisant des investissements étrangers¹⁴⁴⁹. Par conséquent, le CFIUS a été créé par le biais de l'*Executive Order 11858* en 1975, à une époque où les investissements étrangers étaient fortement encouragés¹⁴⁵⁰. Selon James K. Jackson, spécialiste de l'histoire du contrôle des investissements étrangers aux États-Unis¹⁴⁵¹, le CFIUS a été initialement créé pour dissuader le

¹⁴⁴¹ Jones O.G., « Reviewed Work: A Treatise on the Laws Governing the Exclusion and Expulsion of Aliens in the United States by Clement L. Bouvè », *The American Political Science Review*, Vol 7, n°2, mai 1913, p.310 - 312

¹⁴⁴² Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *op.cit.*, p.1

¹⁴⁴³ Wills G., « Bully of the Free World », *Foreign affairs*, Vol 78, n°2, mars-avril 1999, p.50

¹⁴⁴⁴ Travalini J.R., « Foreign Direct Investment in the United States: Achieving a Balance Between National Economy Benefits and National Security Interests », *Nw.J.Int'l L.&Bus.*, vol. 29, 2009, p. 783

¹⁴⁴⁵ Atkeson T., « Reviewed Work: A Guide to Foreign Investment Under United States Law », *The Business Lawyer*, vol 35, n°1, novembre 1979, p.343

¹⁴⁴⁶ De Moraes Gavioli M.G., « National Security of Xenophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINS") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p.3

¹⁴⁴⁷ Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *Albany Law Review*, vol 70, 2007, p.588-589

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁴⁹ Djuricic P.I., « The Exon-Florio Amendment: National Security Legislation Hampered by Political and Economic Forces », *DePaul Business Law Journal*, vol 3, 1991, p.180

¹⁴⁵⁰ Griffin P., « CFIUS in the Age of Chinese Investment », *Fordham L. Rev.*, vol 85, n° 4, 2017, p.1762

¹⁴⁵¹ James K. Jackson est un spécialiste très connu aux États-Unis en matière du CFIUS. Il a rédigé le rapport dans le cadre de « Congressional Research Service » et ses mises à jour dénommé « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) ».

Congrès de promulguer de nouvelles restrictions sur les investissements étrangers, en particulier ceux en provenance des pays de l'OPEP¹⁴⁵².

483. Depuis la création du CFIUS, une nouvelle page s'est tournée, et nous entrons maintenant dans une nouvelle phase : le conflit entre la sécurité nationale et la politique d'ouverture économique.

II. De 1975 à 2007 : l'élargissement continu du champ de contrôle des investissements

484. Pendant cette période, les États-Unis ont rencontré des difficultés pour défendre leur politique d'ouverture aux investisseurs étrangers, car elle n'était pas compatible avec les divers amendements introduits pour contrôler les investissements étrangers¹⁴⁵³. Il semblait impossible d'harmoniser la souveraineté et le libéralisme(A). Néanmoins, le concept de souveraineté, tout comme le principe de liberté, a permis de légitimer des contrôles sur les investissements étrangers en établissant de nouveaux outils juridiques (B).

A. Un conflit direct entre le libéralisme et la souveraineté

485. Pendant les années 1980, plus particulièrement de 1981 à 1989, sous la présidence de Ronald Reagan, des conflits ont émergé entre la promotion du libéralisme par son administration et les appels des membres du Congrès en faveur d'un renforcement des contrôles sur les investissements étrangers. Les membres du Congrès ont exigé un accès accru aux informations divulguées par le CFIUS¹⁴⁵⁴(1) et ont adopté une position plus ferme à l'égard des investissements étrangers, notamment sous la pression de l'importante présence des investissements japonais¹⁴⁵⁵(2).

1) Confidentialité des contrôles effectués par le CFIUS

486. Afin de comprendre l'origine du conflit, il est nécessaire d'expliquer le fonctionnement du CFIUS depuis sa création en 1975 et son rôle dans le contrôle des investissements étrangers. Initialement, le CFIUS n'intervenait pas dans le processus d'examen et d'approbation des

¹⁴⁵² Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.4

¹⁴⁵³ Elliot L.R., « United States Policy Toward Foreign Investment: We Can't Have It Both Ways », *American University International Law Review*, vol 4/2, 1989, p.281-282

¹⁴⁵⁴ Griffin P., « CFIUS in the Age of Chinese Investment », *op.cit.*, p.1761

¹⁴⁵⁵ *Id.*, p.1763

investissements étrangers au nom de la sécurité nationale¹⁴⁵⁶. Il servait plutôt de comité chargé de collecter et d'analyser les informations¹⁴⁵⁷ afin de fournir des conseils au Président des États-Unis¹⁴⁵⁸. L'administration était responsable de la coordination de l'élaboration des politiques¹⁴⁵⁹ et la surveillance des investissements¹⁴⁶⁰. Le CFIUS, créé en vertu de l'*Executive order* de 1975, est composé de hauts fonctionnaires, notamment le secrétaire d'État, le secrétaire au Trésor, le secrétaire à la Défense, le secrétaire au Commerce, le représentant commercial des États-Unis, le président du Conseil des conseillers économiques, le procureur général et le directeur du Bureau de la gestion et du budget¹⁴⁶¹.

487. Il est crucial de mentionner que le CFIUS, depuis sa création et jusqu'à aujourd'hui, fonctionne de manière « obscure »¹⁴⁶². En effet, la section 5 de l'*Executive order* susmentionné précise que toutes les informations « soumises ou reçues à titre confidentiel ne doivent pas être divulguées publiquement, sauf si la loi l'exige ; et ces renseignements ne seront utilisés par le comité que dans le but de remplir les fonctions et activités prescrites par ledit arrêté »¹⁴⁶³. Ce

¹⁴⁵⁶ Jusuf C., « Investments and Security: Balancing International Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States », *Cath.U.J.L&Tech*, vol 29, n°1, Automne 2020, p.149

¹⁴⁵⁷ Il convient de noter que les observateurs et les fonctionnaires du gouvernement ont immédiatement remis en question l'autorité juridique du CFIUS pour effectuer une collecte de telles informations et de données. En conséquence, la loi *International Investment Survey Act* de 1976 a été signée par le Président Ford l'année suivante. v. Jackson J.K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.6

¹⁴⁵⁸ Jusuf C., « Investments and Security: Balancing International Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States », *op.cit.*, p.148

¹⁴⁵⁹ Executive Order 11858 of May 7, 1975, appear at 40 FR 20263, Section 1 (b):

« (b) The Committee shall have primary continuing responsibility within the Executive Branch for monitoring the impact of foreign investment in the United States, both direct and portfolio, and for coordinating the implementation of United States policy on such investment. In fulfillment of this responsibility, the Committee shall:

(1) arrange for the preparation of analyses of trends and significant developments in foreign investments in the United States;

(2) provide guidance on arrangements with foreign governments for advance consultations on prospective major foreign governmental investments in the United States;

(3) review investments in the United States which, in the judgment of the Committee, might have major implications for United States national interests;

(4) consider proposals for new legislation or regulations relating to foreign investment as may appear necessary; and

(5) coordinate the views of the Executive Branch and discharge the responsibilities with respect to Section 721(a) and (e) of the Defense Production Act of 1950, as amended (50 U.S.C. App. 2061 et seq.) ("Defense Production Act").»

¹⁴⁶⁰ Blakey J.R., « The Foreign investment Risk Review Modernization Act: The Double-Edged Sword of U.S. Foreign Investment Regulations », *op.cit.*, p.983

¹⁴⁶¹ Executive Order 11858 of May 7, 1975, appear at 40 FR 20263, Section 1 (a)

¹⁴⁶² Jackson J.K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.5

¹⁴⁶³ Executive Order 11858 of May 7, 1975, appear at 40 FR 20263, Section 7:

« Sec. 5. Information which has been submitted or received in confidence shall not be publicly disclosed, except to the extent required by law; and such information shall be used by the Committee only for the purpose of carrying out the functions and activities prescribed by this order. Information or documentary

principe de confidentialité a toujours été maintenue malgré plusieurs amendements et la promulgation de nouvelles lois spécifiquement dédiés au CFIUS, notamment le *Foreign Investment and National Security Act* de 2007 (ci-après FINSA), et le *Foreign Investment Risk Review Modernisation Act* de 2018 (ci-après FIRRMA).

488. Ce modèle de fonctionnement confidentiel est devenu une source de conflit entre l'administration fédérale et le Congrès des États-Unis, ce dernier réclamant constamment davantage d'informations et de consultations à travers l'introduction d'amendements et de lois ultérieures¹⁴⁶⁴.

489. Par ailleurs, la question de la confidentialité entraîne plusieurs conséquences directes. Les enquêtes et les décisions du CFIUS ne sont pas rendues publiques, en raison de la nature du concept de sécurité nationale, qui est une notion vague et sans définition précise liée à la défense nationale¹⁴⁶⁵. De nombreux dossiers nécessitent l'intervention des services de renseignement et l'utilisation d'informations classifiées. Par conséquent, les décisions d'enquête menées par l'agence de renseignement ne sont pas soumises à un contrôle judiciaire *de facto*¹⁴⁶⁶. Dans l'affaire *Ralls*¹⁴⁶⁷ le tribunal a confirmé le fait que les tribunaux ne remettront pas en question les décisions de l'exécutif en matière de sécurité nationale¹⁴⁶⁸ car la plupart des preuves sont privilégiées ou classifiées¹⁴⁶⁹. Le CFIUS a également refusé de partager ces informations avec l'investisseur¹⁴⁷⁰. Selon des juristes américaines, le juge n'aurait non plus été d'accord si l'investisseur contestait les preuves classifiées et la conclusion du CFIUS concernant le risque pour la sécurité nationale fondé sur ces preuves¹⁴⁷¹.

490. En raison de ces préoccupations liées à la sécurité nationale et à la confidentialité, très peu de sources d'informations sont disponibles. Les informations restent confidentielles, sauf

material filed pursuant to Section 1(b)(5) or Section 7 of this Order shall be treated in accordance with paragraph (b) of Section 721 of the Defense Production Act. »

¹⁴⁶⁴ v. Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *Ohio State Law Journal*, vol. 67, 2006, p. 849-910

¹⁴⁶⁵ Wu J., *Le contrôle des concentrations en Chine : Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence*, *op.cit.*, p.331, paragr. 999

¹⁴⁶⁶ Lederman I., « The Right Rights for the Right People? The Need for Judicial Protection of Foreign Investors », *B.C.L.Rev.*, vol 61, 2020, p.721

¹⁴⁶⁷ *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv.*, U.S., 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

¹⁴⁶⁹ Lederman I., « The Right Rights for the Right People? The Need for Judicial Protection of Foreign Investors », *op.cit.*, p.744

¹⁴⁷⁰ *Id.*, p.720

¹⁴⁷¹ *Id.*, p.719

si elles sont divulguées par l'acheteur ou la société cible, notamment dans le cas où la société est cotée en bourse¹⁴⁷², ce qui permet au public d'être informé de l'affaire.

491. En 1980, les membres du Congrès ont exprimé leur inquiétude quant à l'efficacité du CFIUS, notant que le comité ne s'était réuni que dix fois entre 1975 et 1980¹⁴⁷³. En réponse à ces critiques, le CFIUS a mené des enquêtes sur un certain nombre de opérations d'investissement étranger de 1980 à 1987¹⁴⁷⁴. La plupart de ces enquêtes ont été initiées par le département de la Défense¹⁴⁷⁵, considéré comme le membre le plus enclin à la souveraineté et au protectionnisme au sein du CFIUS. En revanche, le représentant du département du Trésor, qui préside le CFIUS¹⁴⁷⁶, est considéré comme le membre le plus favorable au libéralisme, ce qui explique pourquoi certains sénateurs ont proposé un amendement moins libéral pour nommer le secrétaire de la Défense comme vice-président, afin de renforcer la protection de la souveraineté et le contrôle des investissements étrangers¹⁴⁷⁷.

492. Ces conflits témoignent de la politique visant à renforcer la souveraineté dans un pays qui se présente comme libéral, tel que les États-Unis.

2) Les contrôles visant les entreprises japonaises

493. Durant la période de 1980 à 1988, le CFIUS a exprimé des préoccupations spécifiques concernant les investissements effectués par les entreprises japonaises aux États-Unis. Cette période correspond également à la présidence de Ronald Reagan, qui a favorisé une politique libérale et ouverte aux investissements étrangers.

494. En 1983, une société japonaise a proposé l'acquisition d'une société américaine spécialisée dans la production d'acier¹⁴⁷⁸. Toutefois, ce dossier a été classifié par le département de défense des États-Unis, en raison du fait que ces produits seraient utilisés pour la fabrication

¹⁴⁷² De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p.12

Ainsi, une recherche est effectuée en utilisant la mention de l'approbation CFIUS dans la base de données de Bloomberg, v. Connell P., Huang T., « An Empirical Analysis of CFIUS: Examining Foreign Investment Regulation in the United States », *Yale J. Int'l L.*, vol 39, 2014, p. 152

¹⁴⁷³ Jackson J.K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.6

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ Tipler C.M., « Defining « National Security »: Resolving Ambiguity in the CFIUS Regulations », *U. Pa. J. Int'l L.*, vol 35, issue 4, le 13 octobre 2014, p. 1231

¹⁴⁷⁷ Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p. 883

¹⁴⁷⁸ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.6.

des avions militaires¹⁴⁷⁹. En conséquence, la société japonaise a dû retirer son offre¹⁴⁸⁰. En 1985, une autre entreprise japonaise a exprimé son intention d'acheter une société américaine fabriquant des roulements à billes destinés à un usage militaire¹⁴⁸¹. Cette transaction a été autorisée à condition que la production soit maintenue aux États-Unis¹⁴⁸².

495. En 1987, une transaction proposée par la société japonaise Fujitsu Corporation (ci-après Fujitsu) pour acquérir la société américaine Fairchild Semiconductor Company (ci-après Fairchild) a suscité des préoccupations au Congrès, qui a cherché à apporter des modifications au régime de contrôle des investissements étrangers¹⁴⁸³. Fairchild était une entreprise stratégique pour l'industrie de la défense des États-Unis en raison de sa fabrication de puces¹⁴⁸⁴. Les membres du Congrès craignaient que l'acquisition menée par une société japonaise pose des problèmes de sécurité nationale¹⁴⁸⁵. Ils ont exercé une pression politique pour mettre fin à la transaction¹⁴⁸⁶. Certains membres du Congrès ont critiqué le président Reagan pour ne pas avoir utilisé son pouvoir, accordé par la loi *International Emergency Economic Powers Act* (ci-après IEEPA), pour bloquer la transaction. Cependant, l'IEEPA permet au président de bloquer une transaction uniquement en cas de déclaration d'une situation d'urgence nationale¹⁴⁸⁷. Étant donné que le Japon était un allié des États-Unis dans le contexte de la Guerre froide, le président Reagan était réticent à faire une telle déclaration¹⁴⁸⁸. De plus, un blocage de la transaction, bien qu'il relève de la compétence du président, aurait été incompatible avec la politique libérale prônée par le président Reagan.

B. De 1988 à 2007 : les amendements législatifs afin de renforcer les contrôles

496. Durant cette période, le libéralisme commercial et les investissements internationaux semblaient triompher grâce aux initiatives et à la promotion des États-Unis sur la scène internationale. Toutefois, il est ironique de constater que les législations nationales du pays se

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*

¹⁴⁸¹ *Ibid.*

¹⁴⁸² *Ibid.*

¹⁴⁸³ Carroll J. F., « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *op.cit.*, p. 173

¹⁴⁸⁴ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINS") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 8

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*

¹⁴⁸⁶ Walters D.K.H., « Deal to Sell Fairchild Semiconductor to Fujitsu Canceled », *Los Angeles Times*, le 17 mars 1987 [en ligne : <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-03-17-fi-12290-story.html>] [consulté le 4 juin 2021]

¹⁴⁸⁷ Carroll J. F., « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *op.cit.*, p. 173

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*

sont renforcées en matière de contrôle des investissements étrangers grâce à plusieurs amendements, dont l'amendement Exon-Florio (1) et l'amendement Byrd (2). Le nombre de opérations soumises au contrôle du CFIUS a connu une augmentation croissante au fil du temps.

1) L'amendement Exon-Florio et les opérations revues par le CFIUS

497. Malgré le retrait de l'opération par Fujitsu¹⁴⁸⁹, les préoccupations suscitées par ce type d'acquisition proposée par les entreprises japonaises se sont intensifiées¹⁴⁹⁰, ce qui a conduit le Congrès des États-Unis à faire adopter l'amendement Exon-Florio dans le cadre de l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988. Initialement prévu comme une mesure temporaire devant prendre fin en septembre 1990¹⁴⁹¹, l'amendement Exon-Florio a été adopté de manière permanente en août 1991¹⁴⁹².

498. Selon l'amendement Exon-Florio, le Président est explicitement autorisé à bloquer les opérations privées sous couvert de sécurité nationale¹⁴⁹³ et ne requiert plus de déclaration d'urgence à l'égard du pays investisseur¹⁴⁹⁴. Les conditions pour que le Président exerce ce droit de blocage sont simplifiées. Il lui suffit de conclure que les autres lois existantes ne sont pas suffisantes ou appropriées pour protéger la sécurité nationale¹⁴⁹⁵, et que des preuves crédibles démontrent qu'un contrôle exercé par un intérêt étranger pourrait porter atteinte à la sécurité nationale des États-Unis¹⁴⁹⁶.

499. Grâce à l'amendement Exon-Florio, la sécurité nationale est devenue pour la première fois un élément essentielle du contrôle des investissements étrangers, justifiant ainsi les mesures prises à l'encontre de ces investisseurs. Cependant, la question de la définition de la sécurité nationale reste délicate, car l'amendement Exon-Florio ne fournit pas de définition précise. Il énumère plutôt trois éléments à prendre en considération par le Président et le CFIUS¹⁴⁹⁷. Ces

¹⁴⁸⁹ v. H.R.Rep.No100-40, pt.2, at48, 1987

En effet, la proposition de Fujitsu a été donnée comme un exemple de transaction portant atteinte à la sécurité nationale par le comité interne du rapport concernant le projet de loi E et la section 907, qui est une version antérieure d'Exon-Florio.

¹⁴⁹⁰ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.7

¹⁴⁹¹ Ellison F.M., « The Reauthorization of Exon-Florio: A Battle Between Spurring the U.S. Economy and Protecting National Security », *Ga. J. Int'L & Comp. L.*, vol 25, 1992, p. 686

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988, § 5021, 50 U.S.C.app. §2170(a)

¹⁴⁹⁴ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSAs") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 10

¹⁴⁹⁵ Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988, § 5021, 50 U.S.C.app. §2170(d)

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

¹⁴⁹⁷ Le CFIUS a été désigné par le président pour superviser l'exécution de l'amendement Exon-Florio par le biais de l'Executive Order 12661.

éléments sont assez obscurs, et peuvent faire l'objet d'une interprétation assez large : la nécessité de la production nationale pour répondre aux besoins futurs de la défense nationale (1) ; la capacité des industries nationales à répondre aux exigences de la défense nationale, y compris la disponibilité des ressources humaines, des produits, de la technologie, des matériaux et d'autres fournitures et services (2) ; et l'impact du contrôle des industries nationales et des activités commerciales par des citoyens étrangers sur la capacité des États-Unis à répondre aux exigences de la sécurité nationale (3)¹⁴⁹⁸. En effet, les audiences au Congrès concernant l'amendement Exon-Florio mis en évidence le choix délibéré des législateurs de ne pas fournir une définition précise de la sécurité nationale. Selon William Barreda, sous-secrétaire adjoint du Trésor, « l'intention du Congrès était très claire, à savoir que la sécurité nationale devrait être comprise dans un sens large »¹⁴⁹⁹, et que « la définition de la sécurité nationale aurait donné aux entités étrangères et aux avocats sophistiqués la possibilité de structurer les opérations de manière à contourner les définitions »¹⁵⁰⁰.

500. L'amendement Exon-Florio a également établi le régime de déclaration volontaire par l'acquéreur¹⁵⁰¹ et l'enquête menée par le CFIUS¹⁵⁰², procédure qui est toujours en vigueur malgré les amendements ultérieurs. Cette procédure se déroule en plusieurs étapes : tout d'abord, une période de 30 jours pendant laquelle le CFIUS examine la déclaration, puis, le cas échéant, une période de 45 jours pour mener une enquête approfondie¹⁵⁰³, et enfin, une période de 15 jours pour que le Président prenne une décision.

501. Le principe de la confidentialité a été encore confirmée par cet amendement. En effet toutes les informations et documents liés à la procédure du CFIUS et à la décision du Président sont protégés contre la divulgation au public, sauf dans les cas où cela serait pertinent pour une

¹⁴⁹⁸ Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988, § 5021, 50 U.S.C.app. §2170(e) :

« (1) domestic production needed for projected national defense requirements; (2) the capability and capacity of domestic industries to meet national defense requirements, including the availability of human resources, products, technology, materials and other supplies and services, and; (3) the control of domestic industries and commercial activity by foreign citizens as it affects the capability and capacity of the United States to meet the requirements of national security. »

¹⁴⁹⁹ Foreign Investment Hearings, cité dans Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p. 867

Texte original: « We have not defined national security. I think the intent of Congress was very clear, that national security should be looked at in a broad sense. »

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*

Texte original: « And that defining national security would have provided foreign entities and sophisticated lawyers a chance to structure transactions so as to get around the definitions. »

¹⁵⁰¹ Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988, § 5021, 50 U.S.C.app. §2170(a)

¹⁵⁰² *Ibid.*

¹⁵⁰³ *Ibid.*

action ou une procédure administrative ou judiciaire¹⁵⁰⁴. Cela explique pourquoi la plupart des opérations refusées par le gouvernement américain restent confidentielles et peu connues du public. Il est intéressant de noter que cette politique a été adoptée par d'autres pays qui ont mis en place des régimes similaires et opaques pour filtrer les investissements étrangers.

502. Le pouvoir du CFIUS, en tant qu'entité gouvernementale, s'est accru à mesure que le conflit entre la souveraineté et le libéralisme s'intensifiait. À l'époque de l'amendement Exon-Florio, le CFIUS n'était pas encore considéré comme l'organe compétent chargé d'approuver les déclarations et de mener des enquêtes sur les acquisitions étrangères au nom de la sécurité nationale. Ces pouvoirs lui ont été délégués par le président Reagan via l'*Executive Order* 12661¹⁵⁰⁵. Cet ordre exécutif a donné des précisions sur le processus d'enquête dans sa section 6 et a également prévu le droit de conclure un accord d'atténuation des risques pour la sécurité nationale (« *mitigation agreement* ») avec les parties concernées dans sa section 7. En complément de l'amendement Exon-Florio, l'*Executive Order* 12661 a autorisé le CFIUS à soumettre une enquête pour décision au Président dans trois cas. Le premier est lorsque le CFIUS recommande au Président de suspendre ou de bloquer l'opération¹⁵⁰⁶. Le deuxième cas est lorsque le CFIUS ne parvient pas à prendre une décision¹⁵⁰⁷. Le dernier cas est lorsque le CFIUS demande au Président de prendre une décision concernant l'opération¹⁵⁰⁸. Depuis le CFIUS est donc doté d'un pouvoir exécutif lui permettant de mener des enquêtes sur les investissements étrangers dans les affaires américaines et de conseiller le Président des États-Unis de suspendre ou de bloquer la transaction en question. Il est important de noter que le CFIUS est aujourd'hui une entité dotée d'une autorité bien plus étendue que lors de sa création en 1975, ce qui souligne l'importance de la souveraineté par rapport à la politique du libéralisme des investissements.

503. En vue de mettre en œuvre l'amendement Exon-Florio, le département du Trésor des États-Unis a publié ses règlements en novembre 1991¹⁵⁰⁹. Ces règlements ont confirmé le principe de confidentialité dans le cadre des procédures du CFIUS¹⁵¹⁰. De plus, le Congrès des États-Unis a exigé que le CFIUS fournisse un rapport tous les quatre ans sur les investissements étrangers. Ce rapport a pour objectif d'évaluer si des preuves crédibles démontrent une stratégie

¹⁵⁰⁴ Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988, § 5021, 50 U.S.C.app. §2170(b)

¹⁵⁰⁵ Executive Order 12661 du 1988

¹⁵⁰⁶ Executive Order 12661 du 1988, section 6(c)(i)

¹⁵⁰⁷ Executive Order 12661 du 1988, section 6(c)(ii)

¹⁵⁰⁸ Executive Order 12661 du 1988, section 6(c)(iii)

¹⁵⁰⁹ Regulations Pertaining to Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons, 31.C.F.R.Part 800.

¹⁵¹⁰ L'information transmis au CFIUS est confidentiel, et ne va pas s'est divulgué au public.

coordonnée par un ou plusieurs pays ou sociétés visant à acquérir des sociétés américaines impliquées dans la recherche, le développement ou la production de technologies critiques, pour lesquelles les États-Unis sont l'un des principaux producteurs¹⁵¹¹. Le rapport doit également évaluer l'existence d'activités d'espionnage industriel dirigées par des gouvernements étrangers contre des sociétés privées américaines dans le but d'obtenir des secrets commerciaux liés à des technologies critiques¹⁵¹².

504. L'amendement Exon-Florio ne représente qu'un début dans la demande constante du Congrès d'obtenir davantage d'informations sur les opérations contrôlées par le CFIUS.

505. Il est important de souligner que plusieurs projets de loi visant à renforcer le contrôle sur les investissements étrangers ont été introduits et soutenus par différents membres du Congrès. De plus, l'amendement Exon-Florio lui-même a subi plusieurs modifications avant d'être finalement approuvé par le Congrès et signé par le Président. Les projets de loi ainsi que les sections d'amendement Exon-Florio qui n'ont pas été retenues nécessitent également une discussion approfondie. En effet, au fil du temps, de nombreuses propositions initialement rejetées ont progressivement été réintroduites dans des amendements et des lois ultérieures.

506. Une version précédente de l'amendement Exon-Florio envisageait d'accorder au secrétaire du Commerce le pouvoir d'examiner non seulement les fusions et acquisitions, mais également les coentreprises (« *joint-venture* ») et les accords de licence¹⁵¹³. Il ne s'agissait donc pas uniquement de questions de sécurité nationale, mais aussi de commerce essentiel et de bien-être économique¹⁵¹⁴. Cette proposition se retrouvait également dans la section 704 d'un projet de loi connu sous le nom d'amendement Byrant¹⁵¹⁵. Cependant, l'administration a soulevé des objections, faisant valoir d'une part que l'élargissement de la définition de la sécurité nationale aux considérations économiques dépassait le concept traditionnellement lié aux questions militaires et de défense¹⁵¹⁶, et d'autre part que cela compromettrait la politique d'ouverture aux investissements étrangers et découragerait les investisseurs¹⁵¹⁷. Il proposait également que les entreprises étrangères qui acquièrent une participation significative ou majoritaire dans une

¹⁵¹¹ Defense Production Act Amendments of 1992, § 163 (k)(1)(A)

¹⁵¹² Defense Production Act Amendments of 1992, § 163 (k)(1)(B)

¹⁵¹³ Trade and International Economic Policy Reform Act of 1987, H.R.3, 100th Cong, §907, 1987

Le projet de loi a subi plusieurs modifications, et le numéro de section a été aligné sur l'amendement Exon-Florio pour des raisons de cohérence.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ *Id.*, § 704

¹⁵¹⁶ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 7

¹⁵¹⁷ *Id.*, 22-24, v. également Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p. 862

entreprise américaine soient tenues de fournir des informations détaillées sur l'acquisition, y compris des renseignements sur les dirigeants de la société acquéreuse, dans un délai de trente jours¹⁵¹⁸. Ces mesures proposées ont suscité des préoccupations quant à la confidentialité des opérations et des informations relatives aux secrets commerciaux des acquéreurs et des entreprises cibles, et ont été perçues comme décourageant les investissements étrangers¹⁵¹⁹. Ces anciennes versions de l'amendement Exon-Florio et d'autres projets de loi ont suscité de nombreuses critiques. Le projet d'Exon-Florio dans son ensemble a même fait l'objet d'une menace de veto de la part du président s'il n'était pas modifié¹⁵²⁰. L'administration Reagan s'est positionnée en défaveur de tous les amendements concernant l'*Executive order* de 1975, estimant que les lois antitrust existantes étaient suffisantes pour traiter la question des acquisitions étrangères¹⁵²¹ et que le CFIUS pouvait continuer à fonctionner sans pouvoir d'exécution¹⁵²². Les groupes industriels, y compris la Chambre de commerce et BP Oil, ont également exprimé leurs préoccupations et émis des critiques concernant l'élargissement de la notion de sécurité nationale. Plusieurs représentants ont souligné que l'inclusion des termes « *essential commerce* (commerce essentiel) » et de « *economic welfare* (bien-être économique) » ainsi que l'inclusion des coentreprises et des licences comme transactions soumises à vérification, étaient préoccupantes car elles établissaient un champ d'application extrêmement large, couvrant pratiquement toutes les opérations¹⁵²³. Par conséquent, afin d'obtenir l'approbation du président, ces conditions larges ont été supprimées et l'amendement Exon-Florio a été intégré à la loi *Defense Production Act* afin de limiter son champ d'application à la défense nationale.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*

¹⁵¹⁹ Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p. 862

¹⁵²⁰ *v.* Les discussions sur les divers projets de loi et ses objections dans Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*

¹⁵²¹ Byrne M.R. « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p.857

¹⁵²² Foreign Takeovers and National Security : Hearing on Section 905 of H.R.3 Before the Subcomm. on Commerce, Consumer Protection, and Competitiveness of the H. Comm. On Energy and Commerce, 100th cong. 20-21,1987

Citation dans Byrne M.R. « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p.861

¹⁵²³ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, 21-23, *v.* également Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », p. 862-863

2) L'amendement Byrd et les transactions revues par le CFIUS

507. En 1992, le Congrès a voté un amendement sponsorisé par le sénateur Byrd, qui prévoyait que le CFIUS devait obligatoirement mener une enquête dans deux situations concernant les opérations réalisées par des investisseurs étrangers: d'une part, si l'acquéreur est contrôlé ou agit au nom d'un gouvernement étranger ; d'autre part, si l'acquisition résulte en la facilitation du contrôle d'une personne engagée dans le commerce interétatique aux États-Unis, ce qui pourrait affecter la sécurité nationale du pays¹⁵²⁴.

508. Par ailleurs, les considérations à prendre en compte par le Président ont été élargies à deux grandes catégories. La première catégorie concerne l'impact potentiel de la vente de biens, d'équipements et de technologies militaires à des pays identifiés par le département d'État comme soutenant le terrorisme, participant présumé à la prolifération des missiles, des armes chimiques et biologiques, ou figurant sur la liste des pays concernant la prolifération nucléaire¹⁵²⁵. La deuxième catégorie concerne l'impact potentiel de l'opération sur le leadership international des États-Unis dans les technologies liées à la sécurité nationale du pays¹⁵²⁶.

509. Ces modifications ont été mises en place en réponse à deux acquisitions : celle de China National Aero-Technology Import & Export Corporation (ci-après CATIC) - MAMCO Manufacturing Inc. (ci-après MAMCO) (a) et celle de Thomson-CSF Inc. (ci-après Thomson) - LTV Corporation (ci-après LTV) (b). Suite à l'amendement Byrd, deux autres opérations, à savoir China National Offshore Oil Corporation (ci-après CNOOC) - Chevron Corporation (ci-après Chevron) (c) et Dubai Ports World (ci-après DPW) – Peinsular & Oriental Steam Navigation Company (ci-après P&O) (d) ont suscité de nouvelles pressions de la part des membres du Congrès des États-Unis en faveur d'un renforcement du contrôle des investissements étrangers.

¹⁵²⁴ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, P.L.102-484, § 837(b):

« (b) Mandatory Investigations – The President or the President's designee shall make an investigation, as described in the subsection (a), in any instance in which an entity controlled by or acting on behalf of a foreign government seeks to engage in any merger, acquisition, or takeover which could result in control of a person engaged in interstate commerce in the United States that could affect the national security of the United States. »

¹⁵²⁵ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, P.L.102-484, § 837(b)(4)

¹⁵²⁶ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, P.L.102-484, § 837(b)(5)

a) L'acquisition de CATIC-MAMCO

510. L'opération CATIC-MAMCO de 1989, qui s'est déroulée trois ans avant l'amendement Byrd, impliquait l'acquisition de MAMCO, un fabricant américain de pièces d'avion¹⁵²⁷, par CATIC, une société chinoise liée au gouvernement et spécialisée dans la fabrication d'avions civils et militaires¹⁵²⁸. MAMCO a volontairement soumis une déclaration au CFIUS le 3 novembre 1989¹⁵²⁹. Avant que le CFIUS n'ait pu terminer son enquête, CATIC avait déjà finalisé l'acquisition de l'ensemble des droits de vote de MAMCO¹⁵³⁰. Cependant, le CFIUS a conclu que cette transaction présentait des risques pour la sécurité nationale car CATIC était associée au domaine militaire chinois¹⁵³¹ et que cette acquisition donnait à CATIC un accès privilégié aux entreprises aérospatiales américaines¹⁵³². De plus, les produits de MAMCO contenaient des technologies dont l'exportation était limitée¹⁵³³. Sur la recommandation du CFIUS, le président George W. Bush a ordonné la cession de MAMCO par CATIC¹⁵³⁴. Il est important de noter que cette opération est la seule à avoir été bloquée par une décision présidentielle avant la promulgation de la loi FINSA en 2007. Les traces démontrent que cette transaction a contribué à la promulgation de l'amendement Byrd en ce qui concerne l'enquête obligatoire dans les cas où l'acquéreur est contrôlé ou agit au nom d'un gouvernement étranger.

b) L'acquisition de Thomson - LTV

511. En 1992, l'acquisition par Thomson de LTV a attiré l'attention du Congrès des États-Unis. Thomson-CSF, une société contrôlée par le gouvernement français, a participé à un appel d'offre complexe pour acquérir LTV, une société américaine qui possédait une division aérospatiale. La division missiles de LTV était un fournisseur majeur du gouvernement américain, et elle avait des contrats classifiés avec le département de la Défense des États-

¹⁵²⁷ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 13

¹⁵²⁸ United States General Accounting Office, Statement of Allan I. Mendelowitz, Director International Trade Energy and Finance Issues, Before the Subcommittee on Commerce, Consumer Protection and Competitiveness, House Committee on Energy and Commerce House of Representatives, 1990, p.4

¹⁵²⁹ United States General Accounting Office, Statement of Allan I. Mendelowitz, Director International Trade Energy and Finance Issues, Before the Subcommittee on Commerce, Consumer Protection and Competitiveness, House Committee on Energy and Commerce House of Representatives, 1990, p.5

¹⁵³⁰ *Id.*, p.4

¹⁵³¹ *Ibid.*

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ *Ibid.*

¹⁵³⁴ Rosenthal A., « Bush, Citing Security Law, Voids Sale of Aviation Concern to China », *New York Times*, le 3 février 1990

Unis¹⁵³⁵. L'appel d'offres a été ouvert après d'avoir obtenu l'approbation auprès le tribunal des faillites de New York pour la vente de division de missiles de LTV¹⁵³⁶. Thomson, ainsi que d'autres entreprises américaines concurrentes telles que Martin Marietta et Lockheed, étaient toutes en lice pour l'acquisition¹⁵³⁷. Thomson a gagné l'appel d'offres, mais le Congrès et le Pentagone ont exprimé des réserves quant au risque de fuite d'informations classifiées de LTV et de technologies de défense vers la société mère de Thomson en France¹⁵³⁸. Parallèlement, le principal concurrent de Thomson, Martin Marietta, une autre société aérospatiale, a invoqué l'argument de la sécurité nationale pour réintégrer le processus d'appel d'offres¹⁵³⁹. Martin Marietta a révélé que Thomson avait vendu du matériel militaire à l'Irak¹⁵⁴⁰, conduisant le Congrès et le département de la Défense à organiser des audiences et des enquêtes sur Thomson¹⁵⁴¹. Le département de la Défense s'est fermement opposé à l'acquisition, car il a été constaté que la société avait vendu du matériel radar à l'Irak pendant la guerre du Golfe, ce qui a été considéré comme un risque pour la « sécurité nationale »¹⁵⁴². Des négociations ont eu lieu entre le département de la Défense et Thomson pour trouver des conditions supplémentaires afin d'atténuer les risques pour la sécurité nationale¹⁵⁴³. Cependant, Thomson n'a pas accepté les propositions du département de la Défense¹⁵⁴⁴.

512. Finalement, Thomson a annoncé son retrait de l'opération sans même attendre l'avis officiel du CFIUS. Plusieurs hypothèses ont été avancées quant aux raisons qui ont poussé Thomson à se retirer avant même que le vote du CFIUS soit transmis au Président¹⁵⁴⁵. Cependant, étant donné le caractère confidentiel de la procédure du CFIUS, ces informations ne sont pas divulguées au public. Selon certains, Thomson n'est que l'un des nombreux

¹⁵³⁵ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSAs") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 14

¹⁵³⁶ *Ibid.*

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ Moran T., *Three Threats: An Analytical Framework for the CFIUS Process*, Washington D.C, The Peterson Institute for International Economics, 2009, p. 16

¹⁵⁴⁰ Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p. 873

¹⁵⁴¹ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSAs") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 15

¹⁵⁴² Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p. 873

¹⁵⁴³ *Id.*, p. 874

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

exemples d'entreprises ayant volontairement quitté le processus en raison des pressions politiques du Congrès et de l'opinion publique¹⁵⁴⁶.

513. L'intervention de son concurrent Martin Marietta dans la procédure du CFIUS a été critiquée, notamment en raison de l'influence exercée par les membres du Congrès représentant les circonscriptions électorales où Martin Marietta était implanté, qui ont exercé des pressions en faveur du rejet de l'opération qu'ils estimaient défavorable¹⁵⁴⁷.

514. Après l'adoption de l'amendement Byrd, deux autres opérations ont eu un impact significatif sur les modifications ultérieures du régime du CFIUS. Il s'agit des acquisitions de CNOOC - Chevron en 2005 et Dubai Ports World – P&O en 2006. Un élément de contexte est particulièrement crucial ici. À la suite des attentats terroristes du 11 septembre 2001, le CFIUS a intégré le département de la Sécurité intérieure en tant que membre en 2003 afin de répondre aux risques liés au terrorisme¹⁵⁴⁸.

c) L'acquisition CNOOC - Chevron

515. En avril 2005, Chevron Corporation, une société pétrolière et gazière basée en Californie, a initialement proposé d'acquérir Unocal Corporation, une autre société californienne¹⁵⁴⁹, disposant de réserves pétrolières mondiales, notamment en Asie du Sud, en Alaska et au Canada¹⁵⁵⁰. Cependant, en juin 2005, China National Offshore Oil Corporation (CNOOC), une société créée par le gouvernement chinois spécialisée dans l'exploration des réserves pétrolières en mer, a fait une offre de 18,5 milliards de dollars, dépassant ainsi celle de Chevron¹⁵⁵¹. Cette société était une coentreprise avec des compagnies pétrolières étrangères en 1982¹⁵⁵², dont la Chine détenait plus de 70% des actions¹⁵⁵³. Malgré l'offre plus élevée de CNOOC, le Congrès des États-Unis s'est préoccupé de la sécurité nationale liée à une entreprise étrangère prenant le contrôle d'une entreprise américaine dans le secteur de l'exploration des réserves pétrolières

¹⁵⁴⁶ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 15

¹⁵⁴⁷ *Id.*, p. 33

¹⁵⁴⁸ Stagg J.C., « Scrutinizing Foreign Investment: How Much Congressional Involvement Is Too Much? », *Iowa L. Rev.*, vol 93, 2007, p.342

¹⁵⁴⁹ Gaurav S., « From Fretting Takeovers to Vetting CFIUS: Finding a Balance in U.S. Policy Regarding Foreign Acquisitions of Domestic Assets », *Vand.J.Transnat'l.L.*, vol 39, 2006, p. 1304

¹⁵⁵⁰ H.R.Res.344., p. 2

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

¹⁵⁵² Mamounas J., « Controlling Foreign Ownership of U.S. Strategic Assets: The Challenge of Maintaining National Security in a Globalized and Oil Dependent World », *Law & Bus. Rev. Am.*, vol 13, 2007, p.403

¹⁵⁵³ H.R.Res.344, p3

en mer¹⁵⁵⁴. Le 24 juin 2005, 41 membres de Congrès se sont réunis pour envoyer une lettre au secrétariat du Trésor, demandant au CFIUS de procéder à un examen complet de l'opération¹⁵⁵⁵. Les membres du Congrès ont indiqué que la sécurité énergétique était une question importante pour les États-Unis¹⁵⁵⁶. Le 29 juin 2005, un projet de loi a été présenté par le représentant Richard Pombo, du 11^{ème} district de Californie¹⁵⁵⁷. Ce projet de loi évoquait les inquiétudes de Congrès non seulement concernant la sécurité énergétique¹⁵⁵⁸, mais également l'accès potentiel de CNOOC aux technologies à double usage détenues par Unocal¹⁵⁵⁹. Il demandait au Président de mener une enquête complète sur la transaction¹⁵⁶⁰. Le projet de loi a été adopté sans amendement par un vote de 398 voix contre 15 le 30 juin 2005¹⁵⁶¹. Face à ces pressions politiques, CNOOC a accepté de déclencher la procédure de déclaration volontaire auprès du CFIUS¹⁵⁶². Cependant, les pressions politiques se sont poursuivies et CNOOC a finalement retiré son offre pour Unocal¹⁵⁶³, affirmant qu'elle aurait amélioré les termes de son offre si l'environnement politique aux États-Unis avait été différent¹⁵⁶⁴. La société Chevron a donc profité de cette situation¹⁵⁶⁵ et a réussi à acquérir la société Unocal¹⁵⁶⁶.

d) L'acquisition de Dubai Ports World – P&O

516. Un an plus tard, Dubai Ports World, une société appartenant au gouvernement des Émirats arabes unis, a conclu un accord pour acheter une société basée à Londres, la Peinsular

¹⁵⁵⁴ Gaurav S., « From Fretting Takeovers to Vetting CFIUS: Finding a Balance in U.S. Policy Regarding Foreign Acquisitions of Domestic Assets », *op.cit.*, p.1305

¹⁵⁵⁵ Iritani E., « Chinese Bid for Unocal Stirs UP Issues », *Los Angeles Times*, 25 juin 2005 [En ligne: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2005-jun-25-fi-uschina25-story.html>] [Consulté le 6 juin 2021]

¹⁵⁵⁶ Chan J., « China's Bid for Unocal Heightens Tension with the US », *World Socialist Web Site*, 5 Juillet 2005, [en ligne: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2005-jun-25-fi-uschina25-story.html>] [consulté le 6 juin 2021]

¹⁵⁵⁷ H.R.Res.344

¹⁵⁵⁸ *Id.*, p.2

¹⁵⁵⁹ *Id.*, p.3

¹⁵⁶⁰ H.R.Res.344, p. 5

¹⁵⁶¹ Résultat disponible : [en ligne: <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-resolution/344/actions>] [consulté le 6 juin 2021]

¹⁵⁶² Gaurav S., « From Fretting Takeovers to Vetting CFIUS: Finding a Balance in U.S. Policy Regarding Foreign Acquisitions of Domestic Assets », *op.cit.*, p. 1306

¹⁵⁶³ Travalini J.R., « Foreign Direct Investment in the United States: Achieving a Balance between National Economy Benefits and National Security Interests », *op.cit.*, p.798

¹⁵⁶⁴ Gaurav S., « From Fretting Takeovers to Vetting CFIUS: Finding a Balance in U.S. Policy Regarding Foreign Acquisitions of Domestic Assets », *op.cit.*, p. 1306

Texte original: « CNOOC has given active consideration to further improving the terms of its offer, and would have done so but for the political environment in the U.S. »

¹⁵⁶⁵ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSAs") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 19

¹⁵⁶⁶ Travalini J.R., « Foreign Direct Investment in the United States: Achieving a Balance between National Economy Benefits and National Security Interests », *op.cit.*, p.798

& Oriental Steam Navigation Company¹⁵⁶⁷. Cette opération impliquait donc deux sociétés étrangères. Cependant, la société P&O était responsable de la gestion de six ports majeurs aux États-Unis, dont ceux de New York et de Baltimore¹⁵⁶⁸. En octobre 2005, les deux sociétés ont demandé de manière informelle un examen volontaire auprès du CFIUS¹⁵⁶⁹. Le CFIUS a ensuite demandé une évaluation du renseignement et le résultat a démontré que DPW n'avait ni l'intention ni la capacité de menacer la sécurité nationale des États-Unis¹⁵⁷⁰. Par conséquent, le comité n'a identifié aucun problème de sécurité nationale dans l'opération, car DPW ne prendrait pas directement en charge ces ports ni la sécurité des ports¹⁵⁷¹. Une notification formelle a ensuite été soumise au CFIUS accompagnée d'une demande d'examen de l'achat le 16 décembre 2005¹⁵⁷². En réponse, le CFIUS a approuvé la transaction le 17 janvier 2006, comme précisé dans un communiqué de presse daté du 24 février 2006¹⁵⁷³. Le comité a conclu la procédure dans la première phase de trente jours¹⁵⁷⁴. Il est rare que le CFIUS rende publique une telle procédure, étant donné la confidentialité prévue par l'amendement Exon-Florio susmentionné et le règlement publié pour sa mise en œuvre¹⁵⁷⁵. Normalement, ce type d'enquête n'est pas annoncé à la presse.

517. À la suite de cette annonce, le Congrès a réagi de manière vigoureuse, soulignant l'importance de prendre en compte la sécurité nationale¹⁵⁷⁶, et exprimant des inquiétudes quant aux potentiels effets de cette transaction. Les Émirats arabes unis étaient considérés comme ayant des liens avec des terroristes responsables des attentats du 11 septembre 2001¹⁵⁷⁷, et il était possible de penser que la sécurité de ces ports pourrait être compromise sous l'influence

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

¹⁵⁶⁸ Weisman J, Graham B., « Dubai Firm to Sell U.S. Port Operations Move to End Three-Week Dispute Comes After GOP Lawmakers, Defying Bush, Vowed to Kill Deal », *The Washington Post*, le 10 mars 2006

¹⁵⁶⁹ Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *op.cit.*, p.606

¹⁵⁷⁰ Presse du département de trésorerie des États-Unis, CFIUS and the Protection of the National Security in the Dubai Ports World Bid for Port Operations, le 24 février 2006[en ligne: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/js4071.aspx>] [consulté le 6 juin 2021]

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² *Ibid.*

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *op.cit.*, p.606

¹⁵⁷⁵ De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 21

¹⁵⁷⁶ Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *op.cit.*, p.606

¹⁵⁷⁷ « Lawmakers Seek Review of Dubai Ports World Deal », *Newsmax.com*, 16 février 2006, citation par Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *op.cit.*, p.606

d'Al-Qaïda¹⁵⁷⁸. Dans ce contexte, DPW a assuré que ses employés clés seraient américains et a accepté de se soumettre à une enquête supplémentaire de 45 jours¹⁵⁷⁹. Cependant, malgré ces mesures prises par DPW, l'opposition au sein du Congrès n'a pas diminué¹⁵⁸⁰. Finalement, après plusieurs semaines de pression politique et une opinion publique défavorable, DPW a vendu les opérations portuaires américaines de P&O à l'American International Group¹⁵⁸¹.

§ 2. Les réserves sur la politique de libéralisme mises en place par la France

518. La France a mis en place des mesures de protection strictes dans certains secteurs, notamment l'industrie de défense, l'industrie culturelle et l'industrie cinématographique¹⁵⁸². Outre ces contrôles industriels, la politique française en matière de contrôle des investissements est généralement rigide, reposant sur une procédure lourde de déclaration et d'autorisation (I). La France fait partie des pays qui sont tenus d'ouvrir leurs portes aux investissements étrangers pour respecter leurs engagements internationaux, tels que l'accord de Bretton Woods et le droit européen (II).

I. De 1939 à 1996 : un contrôle rigide

519. Les contrôles sur les investissements en France diffèrent de ceux opérés aux États-Unis, car ils se fondent plutôt sur l'idée de « raison d'État » (A), contrôlant à la fois les avoirs des Français à l'étranger et les investissements étrangers, y compris ceux des Français séjournant à l'étranger (B). Autrement dit, les Américains sont traités de manière identique partout, peu importe où ils séjournent, tandis qu'en France, un Français est considéré comme un « étranger » s'il ne réside plus en France. Une telle politique diffère grandement de la culture anglo-saxonne influencée par la théorie de Locke. Au contraire, la théorie concurrente de John Locke, soit celle de la « raison d'État »¹⁵⁸³, semble avoir exercé une influence sur la politique française. Cette théorie place la souveraineté au cœur de la détermination politique. Cela explique pourquoi la France a adopté une approche prudente dans la libéralisation de ses marchés, même si le libéralisme était déjà la doctrine dominante.

¹⁵⁷⁸ Carroll J. F., « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *op.cit.*, p. 184

¹⁵⁷⁹ Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *op.cit.*, p.607

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*

¹⁵⁸¹ Gralla J., « AIG, NY-NJ OK pact with DP World for Newark port », *Reuters*, le 17 février 2007 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-newyorknewjersey-ports-idUSN1665883120070217>] [consulté le 6 juin 2021]

¹⁵⁸² Grevisse C., *Le cinéma, l'Etat et le droit : l'exemple français*, 44 P., Thèse en droit : Université de Liège, 2018, p.35

¹⁵⁸³ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, *op.cit.*, p.33

A. Contrôle pendant le temps de guerre

520. Le contrôle des investissements en France, tout comme aux États-Unis, a été étroitement lié aux événements historiques tels que les guerres et les crises économiques¹⁵⁸⁴. Les restrictions ont pris la forme de limitations à la circulation des capitaux et de l'or, conformément au décret du 9 septembre 1939¹⁵⁸⁵. Le contrôle a principalement visé les investissements réalisés par les Français à l'étranger, en imposant l'obligation de déclarer les avoirs à l'étranger pendant la période de guerre¹⁵⁸⁶. Par la suite, des contrôles stricts ont été mis en place pour la circulation des capitaux en vertu de l'ordonnance du 16 juillet 1945 relative au dépôt des devises étrangères et des valeurs mobilières étrangères conservées sur les territoires relevant du ministre des colonies¹⁵⁸⁷. Enfin, à la fin de la période de reconstruction après la guerre, les Français ont été tenus de faire des déclarations pour les devises, les biens et les avoirs à l'étranger dans le cadre des moyens de paiement internationaux, conformément à l'ordonnance du 16 janvier 1945¹⁵⁸⁸.

B. Contrôle après l'établissement du régime Bretton Woods

521. L'accord de Bretton Woods du 22 juillet 1944 a établi les principes de la promotion du libéralisme et de l'ouverture des marchés nationaux¹⁵⁸⁹. Afin de prévoir les limites et exceptions à cette politique d'ouverture, la France, tout comme les États-Unis, a effectué des contrôles sur les investissements directs étrangers au titre de la « défense des intérêts nationaux » par la loi du 28 décembre 1966¹⁵⁹⁰. Ce critère vague de « défense des intérêts nationaux » est considéré par certains auteurs comme accordant un « blanc-seing à l'exécutif »¹⁵⁹¹.

522. La loi du 28 décembre 1966 est également perçue comme ayant posé les fondements du droit français en matière d'investissements internationaux, de même sur les règles de changes¹⁵⁹². Contrairement aux États-Unis, le système français a distingué la liberté des changes

¹⁵⁸⁴ Audit M., Cazala J., « Droit des investissements. Régime du droit interne », *JurisClasseur Droit international*, Fasc.572-55, LexisNexis, Date de la dernière mise à jour le 19 juillet 2019, p.2

¹⁵⁸⁵ Décret du 9 septembre 1939 prohibant ou réglementant en temps de guerre l'exportation des capitaux, les opérations de change et le commerce de l'or, *JO*, 10 septembre 1939, p.11266

¹⁵⁸⁶ Décret du 9 septembre 1939 relatif aux avoirs à l'étranger, *JO*, 17 septembre 1939, p.11535

¹⁵⁸⁷ Ordonnance du 16 juillet 1945 relative au dépôt des devises étrangères et des valeurs mobilières étrangères conservées sur les territoires relevant du ministre des colonies, *JO*, 9 octobre 1944, p.898

¹⁵⁸⁸ Ordonnance n°45-36 du 16 janvier 1945 relative au recensement des avoirs à l'étranger, *JO*, 19 janvier 1945, p.254

¹⁵⁸⁹ Audit M., Cazala J., « Droit des investissements. Régime du droit interne », *op.cit.*, p.2

¹⁵⁹⁰ Loi n° 66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, *JO*, 29 décembre 1966, p. 11624

¹⁵⁹¹ Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, p.239

¹⁵⁹² Audit M., Cazala J., « Droit des investissements. Régime du droit interne », *op.cit.*, p.2

de la liberté des investissements¹⁵⁹³. L'article 1 de la loi du 28 décembre 1966 prévoit qu'en principe les relations financières entre la France et l'étranger sont libres, toutefois, dans l'article 3, la déclaration d'autorisation préalable a été requise pour le contrôle au titre de l'assurance de la défense des intérêts nationaux. Cet article a été conçu pour favoriser une libéralisation de principe accompagnée par un strict contrôle des investissements étrangers en France et ceux effectués par les Français à l'étranger¹⁵⁹⁴.

523. Les mesures de contrôle énoncées dans l'article susmentionné peuvent être considérées comme un ensemble de contrôles concernant les échanges, les avoirs français à l'étranger, la constitution et la liquidation des investissements étrangers en France, ainsi que l'importation et l'exportation de l'or et d'autres mouvements matériels de valeurs entre la France et l'étranger. La plupart de ces mesures de contrôle ont été mises en place pendant la période de guerre. Le contrôle des investissements étrangers constitue une forme de contrôle relativement nouvelle, et des sanctions sévères sont prévues par l'article 5 de cette loi. Le non-respect de l'obligation de déclaration, ou des procédures sera puni d'une peine d'emprisonnement jusqu'à cinq ans, et les amendes égales au minimum au montant (et au maximum au quintuple) de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction.

524. Le Décret n°67-78 du 27 janvier 1967¹⁵⁹⁵ a prévu la définition de l'investissement direct¹⁵⁹⁶. Selon l'article 4 de ce décret, le critère de la résidence habituelle ou du siège à l'étranger a été retenu pour qualifier un investissement comme étranger, y compris pour les Français résidant à l'étranger. Ce décret prévoyait que les sociétés en France sous contrôle étranger, direct ou indirect, ainsi que les établissements en France de sociétés étrangères, sont soumis à la procédure de déclaration pour la constitution de l'investissement par le biais d'une cession de participation. Hormis la constitution, la liquidation totale ou partielle d'investissements directs en France faisait également l'objet d'une déclaration selon le même l'article. Considérant que la loi a également pour l'objet le contrôle des échanges, l'autorisation préalable était applicable de même dans les domaines de l'introduction sur le marché en France

¹⁵⁹³ Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *op.cit.*, p.239

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ Le Décret n°67-78 du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, *JO*, 29 janvier 1967, p. 1073

¹⁵⁹⁶ L'article 2 3°, l'investissements directs : a) L'achat, la création ou l'extension de fonds de commerce, de succursales ou de toute entreprise à caractère personnel ; b) Toutes autres opérations lorsque, seules ou à plusieurs, à concomitantes ou successives, elles ont pour effet de permettre à une ou plusieurs personnes de prendre ou d'accroître le contrôle d'une société exerçant une activité industrielle, agricole, commerciale, financière ou immobilière, quelle qu'en soit la forme, ou d'assurer l'extension d'une telle société déjà sous leur contrôle. Toutefois, n'est en aucun cas considérée comme investissement direct la seule participation, lorsqu'elle n'excède pas 20 p. 100, dans le capital d'une société dont les titres sont cotés en bourse.

de valeurs mobilières étrangères¹⁵⁹⁷ ou d'emprunts à l'étranger¹⁵⁹⁸. En ce qui concerne le délai de traitement, le ministre de l'Économie et des Finances disposait d'un délai de deux mois et pouvait demander l'ajournement des opérations dès la réception de la déclaration. De plus, un arrêté définissant les modalités d'application du décret, promulgué le même jour, a précisé la procédure à suivre pour effectuer le contrôle¹⁵⁹⁹.

525. L'année suivante, un décret plus strict sur les contrôles des changes et capitaux a été adopté, visant notamment aux avoirs français à l'étranger¹⁶⁰⁰. Par la suite, le décret n°89-938 du 29 décembre 1989¹⁶⁰¹, le décret n°91-270 du 13 mars 1991 ont été promulgués dans le même dessein, renforçant ainsi le contrôle¹⁶⁰². Parallèlement, le principe de libre circulation des capitaux a été affirmé par l'adoption de la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988, et son effet direct a été confirmé par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁶⁰³. Depuis, le conflit entre la tendance française visant à renforcer le contrôle des investissements étrangers et le droit européen cherchant plutôt à favoriser une politique plus libérale est apparu.

526. Le Décret n°92-134 du 11 février 1992 a introduit un seuil de déclaration. En effet, les investissements directs étrangers d'un montant inférieur à 50 millions de francs effectués dans des entreprises existantes dont le chiffre d'affaires, additionnés à celui des sociétés placées sous leur contrôle, n'excède pas 500 millions de francs, sont exemptés des procédure lourdes¹⁶⁰⁴. En même temps, certains types d'investissements ont été soumis à de nouvelles restrictions. Il s'agit des investissements effectués dans des activités participant à l'exercice de l'autorité publique en France, même à titre occasionnel ; d'investissements mettant en cause l'ordre public ou la santé publique ou la sécurité publique, ainsi que ceux réalisés dans des activités de production ou de commerce d'armes, de munitions et de matériels de guerre¹⁶⁰⁵. Le décret n° 94-658 du 27 juillet 1994¹⁶⁰⁶ prévoyait quant à lui la dispense de l'obligation de déclaration

¹⁵⁹⁷ Section III du Le Décret n°67-78 du 27 janvier 1967, *op.cit.*

¹⁵⁹⁸ Section IV du Le Décret n°67-78 du 27 janvier 1967, *op.cit.*

¹⁵⁹⁹ L'arrêté sur la modalité d'application du décret n°67-78 du 27 janvier 1967, *JO*, le 29 janvier 1967, p. 1074

¹⁶⁰⁰ Décret n°68-1021 du 24 novembre 1968 réglementant les relations financières avec l'étranger, *JO*, le 25 novembre 1968, p. 11081

¹⁶⁰¹ Décret n°89-938 du 29 décembre 1989, *JO*, le 30 décembre 1989, p. 16411

¹⁶⁰² Décret n°91-270 du 13 mars 1991, *JO*, le 14 mars 1991, p. 3618

¹⁶⁰³ *CJCE*, 23 février 1995, *aff. C-358/93 et C-415/93, Aldo Bordessa*

¹⁶⁰⁴ Décret n°92-134 du 11 février 1992 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, *JO*, le 12 février 1992, p.2271

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

¹⁶⁰⁶ Décret n°94-658 du 27 juillet 1994 modifiant le décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, *JO*, le 31 juillet 1994, p.11151

d'investissement ayant une ancienneté et réalisant un chiffre d'affaires supérieurs à des seuils fixé dans le décret du n°92-134 du 11 février 1992.

527. La loi n°96-109 du 14 février 1996¹⁶⁰⁷, le décret n°96-117¹⁶⁰⁸ du même jour ont semblé, pour certains instaurer une liberté sur l'investissement étranger de manière progressive, mais avec prudence¹⁶⁰⁹. En effet, la « quasi-totalité d'un domaine traditionnellement source de défiance en France »¹⁶¹⁰ a été libéré. Cette ouverture a été décidée afin de garantir la compatibilité avec le droit communautaire¹⁶¹¹, prévoyant le plein droit de liberté d'établissement¹⁶¹² et le traitement national en ce qui concerne la participation financière des ressortissants des autres États membres au capital des sociétés¹⁶¹³.

528. En effet, le régime précédant cette modification avait suscité de nombreuses critiques. Les investisseurs communautaires étaient tenus de faire des déclarations lourdes dans presque tous les domaines, à l'exception de certaines opérations qui étaient exemptées de l'obligation de déclaration en vertu du Décret de 1992¹⁶¹⁴. De plus, le régime de « reconnaissance permanente communautaire » prévu à l'article 34 de la circulaire du 15 janvier 1990¹⁶¹⁵ pour bénéficier d'une dispense de déclaration préalable était considéré comme complexe¹⁶¹⁶.

529. Selon la nouvelle loi de 1996 ainsi que le décret et l'arrêté du 14 février 1996, la distinction entre les investisseurs communautaires et les investisseurs originaires de pays tiers a été supprimée. Une déclaration administrative, qui a remplacé la déclaration préalable, était devenue suffisante pour la plupart des investissements¹⁶¹⁷. De plus, une grande partie des investissements directs était désormais dispensés de la déclaration administrative et de l'autorisation préalable selon la loi de 1996¹⁶¹⁸. Ainsi, le régime de contrôle présentait la forme

¹⁶⁰⁷ Loi n° 96-109 du 14 février 1996 relative aux relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France, *JO*, le 15 février 1996

¹⁶⁰⁸ Décret n°96-117 du 14 février 1996 modifiant le décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, *JO*, le 15 février 1996

¹⁶⁰⁹ Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *op.cit*, p.239

¹⁶¹⁰ Boulanger D., « La réglementation des investissements directs après la réforme du 14 février 1996 », *JCP E*, n°17, 25 avril 1996, n°551, p.173

¹⁶¹¹ Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *op.cit*, p.240

¹⁶¹² CEE, l'article 52

¹⁶¹³ CEE, l'article 221

¹⁶¹⁴ Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *op.cit*, p.240

¹⁶¹⁵ Circulaire du 15 janvier 1990 relative aux investissements directs français à l'étranger et étrangers en France, *JO*, le 15 janvier 1990

¹⁶¹⁶ Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *op.cit*, p.240

¹⁶¹⁷ Article 1 du Décret n°96-117 du 14 février 1996, *op.cit*.

¹⁶¹⁸ Article 13 du Décret n°96-117 du 14 février 1996, *op.cit*.

Les types d'investissement direct dispensés de la déclaration administrative et de l'autorisation préalable : la création de sociétés, de succursales ou d'entreprises nouvelles ; l'extension d'activité d'une société, succursale ou entreprise existante ; les accroissements de participation dans une société française sous contrôle étranger lorsqu'ils

embryonnaire de la législation actuelle. La demande d'autorisation préalable restait obligatoire pour les investissements étrangers dans les secteurs des activités relatives à l'autorité publique, de l'industrie militaire, ou susceptibles de mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique¹⁶¹⁹.

530. Enfin, les sanctions sont devenues moins lourdes, la punition d'une peine d'emprisonnement d'un à cinq ans a été supprimée. Désormais, le non-respect de l'obligation de déclaration administrative ou de demande d'autorisation est passible d'une amende.

II. De 1996 à 2005 : une approche hybride, entre ouverture et renforcement du contrôle

531. De 1995 à 2005, le libéralisme a prévalu dans le monde, et la France a également adhéré à cette tendance. Elle a assoupli les procédures administratives et a progressivement ouvert ses marchés aux investisseurs étrangers (A). Toutefois, parallèlement, les contrôles sur les investissements étrangers, notamment ceux réalisés par le biais d'acquisitions, ont été renforcés (B).

A. Ouverture progressive

532. Les dispositions relatives au contrôle des investissements directs étrangers ont d'abord été codifiées¹⁶²⁰ pour ensuite devenir une partie du Code monétaire et financier par le biais de l'ordonnance n°2000-1223 du 14 décembre 2000¹⁶²¹.

533. Ensuite, le décret n°2003-196 du 7 mars 2003¹⁶²² a été promulgué, constituant une autre réforme du régime des investissements étrangers¹⁶²³ visant à assouplir progressivement les

sont effectués par un investisseur détenant déjà plus de 66,66 p. 100 du capital ou des droits de vote de la société ; la souscription à une augmentation de capital d'une société française sous contrôle étranger par un investisseur, sous réserve qu'il n'accroisse pas à cette occasion sa participation ; les opérations d'investissements directs réalisées entre des sociétés appartenant toutes au même groupe ; les opérations relatives à des prêts, avances, garanties, consolidations ou abandons de créances, subventions ou dotations de succursales, accordés à une entreprise française sous contrôle étranger par les investisseurs qui la contrôlent ; les opérations d'investissements directs réalisées dans des entreprises exerçant une activité immobilière autre que la construction d'immeubles destinés à la vente ou à la location ; les opérations d'investissements directs réalisées, dans la limite d'un montant de 10 millions de francs, dans des entreprises artisanales, de commerce de détail, d'hôtellerie, de restauration, de services de proximité ou ayant pour objet exclusif l'exploitation de carrières ou gravières ; les acquisitions de terres agricoles.

¹⁶¹⁹ Article 1 de la Loi n° 96-109 du 14 février 1996, *op.cit.* ; Article 13 bis du Décret n°96-117 du 14 février 1996, *op.cit.*

¹⁶²⁰ Partie législative : L151-1 à L151-7, partie réglementaire : R151-1 à R153-13 et R.165-1 à R.165-2

¹⁶²¹ Ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie Législative du code monétaire et financier, *JO*, le 16 décembre 2000, p. 20004

¹⁶²² Décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger, *JO*, le 9 mars 2003, p. 4140

¹⁶²³ Boulanger D., « Le régime des investissements étrangers après la réforme du 7 mars 2003 », *JCP E*, n°17, 24 avril 2003, n°663, p.749

règles¹⁶²⁴. Ce décret a retenu les notions de « résidents » et « non-résidents » introduites par le décret n°89-938 du 1989. En effet, comme évoqué plus haut, le régime français est différent du régime américain. Pour qualifier un investissement d'étranger, la France applique tant le critère du résident que celui de la nationalité¹⁶²⁵, tandis que les États-Unis se basent uniquement sur le critère de la nationalité pour différencier les citoyens américains des étrangers, sans prendre en compte la résidence. Selon les opérations examinées par le CFIUS, le risque est considéré comme résolu si la société acquise par un investisseur étranger est désinvestie par une entreprise américaine ou détenue par des citoyens américains. A contrario, pour la France, il faut être résident français pour ne pas être qualifié comme un investissement étranger. Le critère de la détermination d'« étranger » est étroitement lié au territoire géographique, reflétant l'influence importante des concepts de « raison d'État » de Machiavel, de « volonté générale » de Rousseau, ainsi que d'autres termes similaires tels que l'« intérêt général » du Conseil d'État¹⁶²⁶, ou « fraternité » dans la devise française.

534. Le décret de 2003 a également prévu un nouveau régime composé de la déclaration à des fins de statistiques, de la déclaration administrative et de l'autorisation préalable. En effet, différents seuils d'acquisition ou conditions ont été appliqués. La déclaration à des fins de statistiques prévoyait une acquisition de 10% capital ou de la possession d'un droit de vote pour qualifier un investissement comme un investissement direct étranger¹⁶²⁷. La dispense de déclaration administrative s'appliquait lorsque la participation directe ou indirecte des mêmes actionnaires n'atteignait pas 50%, ou lorsque les investissements directs réalisés ne dépassaient pas 1 500 000 euros dans des entreprises de droit français exerçant des activités artisanales, de commerce de détail, d'hôtellerie, de restauration, de services de proximité ou d'exploitation de carrières ou gravières¹⁶²⁸. Enfin, la procédure d'autorisation préalable était requise pour les investissements directs étrangers en France susceptibles de mettre en cause l'ordre public ou la sécurité publique, dans les secteurs des jeux d'argent, notamment dans les casinos et les cercles de jeux, et dans les activités réglementées de sécurité privée, la défense nationale et aux armes et explosifs, ainsi que des activités présentant des risques sérieux pour la santé publique¹⁶²⁹.

¹⁶²⁴ Montfort R., « Nouvelle réglementation sur les investissements étrangers », *JCP E*, n°8, 19 février 2004, p. 286

¹⁶²⁵ Audit M., Cazala J., « Droit des investissements. Régime du droit interne », *op.cit.*, p.4

¹⁶²⁶ Albertini P., « L'intérêt général à l'épreuve du libéralisme économique », *op.cit.*, p. 76

¹⁶²⁷ L'article 1 4° I, Décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger, *op.cit.*

¹⁶²⁸ L'article 6, Décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger, *op.cit.*

¹⁶²⁹ L'article 7, Décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger, *op.cit.*

B. Renforcement du contrôle

535. Le renforcement du contrôle des investissements s'est manifesté à la fois au niveau législatif (1) et au niveau judiciaire (2) entre 2004 et avant la crise financière de 2008.

1) Développement législatif

536. D'un côté, le renforcement du contrôle sur l'investissement s'est réalisé en accordant davantage de pouvoirs à l'administration par le biais de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit¹⁶³⁰. Selon son article 30, le ministre chargé de l'Économie peut ordonner à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de rétablir, à ses frais, la situation antérieure. En cas de non-respect de l'injonction, des sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'au double du montant de l'investissement irrégulier peuvent être infligées à l'investisseur. De plus, il est prévu que les décisions ministérielles sont susceptibles d'un recours de plein contentieux, ce qui diffère du régime applicable aux États-Unis.

537. D'autre côté, l'élargissement du champ des investissements soumis aux procédures d'autorisation est une autre forme de renforcement. La loi du n°2004-1343 susmentionnée a élargi le champ d'application aux « intérêts de la défense nationale », remplaçant ainsi le terme initial de « défense nationale ». Cette nouvelle formulation permet d'inclure les activités industrielles des biens à double usage, à savoir à la fois militaires et civils¹⁶³¹. En effet, la France a adopté une stratégie similaire à celle des États-Unis. Les notions introduites par cette loi sont volontairement vagues afin de prévenir les détournements par les investisseurs étrangers et de garantir la capacité d'intervention de l'État¹⁶³².

538. Enfin, l'affaire « Danone » et la « crainte du passage sous contrôle d'une société américaine »¹⁶³³, semblent avoir contribué à la promulgation du Décret du 30 décembre 2005¹⁶³⁴. Les mesures d'intervention sur les investisseurs étrangers ont de nouveau été renforcées. En effet, depuis l'été 2005, des rumeurs ont circulé sur une offre publique d'acquisition de Danone par la société américain PepsiCo¹⁶³⁵. Les dirigeants politiques français

¹⁶³⁰ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JO*, le 10 décembre 2004, p. 2085

¹⁶³¹ Chvika E., Hasting P., « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques en France », *D.*, n°03, 19 janvier 2006, p. 219

¹⁶³² *Ibid.*

¹⁶³³ Notté G., « Modification de la réglementation des investissements en France », *JCP E*, n°2, le 12 janvier 2006, n°16, p.57

¹⁶³⁴ Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier, *JO*, le 30 décembre 2005, p. 20779

¹⁶³⁵ Mauduit L., « Villepin offre à Danone une pilule empoisonnée », *Le Monde*, le 30 janvier 2006

se sont mobilisés contre cette acquisition potentielle, M. de Villepin a notamment proclamé le 27 juillet 2005 qu'il fallait « rassembler toutes les énergies autour d'un véritable patriotisme économique »¹⁶³⁶. La communication du ministère de l'Économie a précisé que « nos entreprises pourront ainsi disposer de moyens de défense renforcés, lorsqu'elles feront l'objet d'une offre par une société dont les propres statuts prévoient de tels moyens de défense » dans le contexte de l'offre publique d'achat¹⁶³⁷. Depuis la signature du décret et sa publication le 31 décembre 2005 au Journal Officiel, l'affaire « Danone » a été considéré comme close¹⁶³⁸. Selon les médias français, l'inclusion des jeux d'argent dans le décret de 2005 s'explique non seulement par l'objectif de lutte contre le blanchiment d'argent, mais aussi parce que Danone est propriétaire d'un casino en Haute-Savoie¹⁶³⁹. Par ailleurs, le décret a notamment précisé que la transaction est soumise à la procédure d'autorisation sous onze catégories lorsqu'une personne physique ou une société dont le siège ne se situe pas dans un des pays de Communauté européenne ou dans l'Espace économique européen, ou une personne physique de nationalité qui n'y est pas résidente, y compris donc les activités dans les secteurs des jeux d'argent¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁶ *Ibid.*

¹⁶³⁷ Communication Ministère d'économie, « Renforcement et stabilité du capital des entreprises françaises », *JCP E*, 2005, n°38, 22 septembre 2005, n°266, p.1519

¹⁶³⁸ Mauduit L., « Villepin offre à Danone une pilule empoisonnée », *Le Monde*, *op.cit.*

¹⁶³⁹ *Ibid.*

¹⁶⁴⁰ Les onze catégories sont :

1° Activités dans les secteurs des jeux d'argent ;

2° Activités réglementées de sécurité privée ;

3° Activités de recherche, de développement ou de production relatives aux moyens destinés à faire face à l'utilisation illicite, dans le cadre d'activités terroristes, d'agents pathogènes ou toxiques et de prévenir les conséquences sanitaires d'une telle utilisation ;

4° Activités portant sur les matériels conçus pour l'interception des correspondances et la détection à distance des conversations, autorisés au titre de l'article 226-3 du code pénal ;

5° Activités de services dans le cadre de centres d'évaluation agréés dans les conditions prévues au décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information ;

6° Activités de production de biens ou de prestation de services de sécurité dans le secteur de la sécurité des systèmes d'information d'une entreprise liée par contrat passé avec un opérateur public ou privé gérant des installations au sens des articles L. 1332-1 à L. 1332-7 du code de la défense ;

7° Activités relatives aux biens et technologies à double usage énumérés à l'annexe IV du règlement (CE) n° 1334/2000 du Conseil du 22 juin 2000 modifié instituant un régime communautaire de contrôle des exportations de biens et technologies à double usage ;

8° Activités relatives aux moyens de cryptologie et les prestations de cryptologie mentionnés aux paragraphes III, IV de l'article 30 et I de l'article 31 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;

9° Activités exercées par les entreprises dépositaires de secrets de la défense nationale notamment au titre des marchés classés de défense nationale ou à clauses de sécurité conformément au décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 relatif à la protection des secrets de la défense nationale ;

10° Activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre et assimilés réglementés par le titre III ou le titre V du livre III de la deuxième partie du code de la défense ;

11° Activités exercées par les entreprises ayant conclu un contrat d'étude ou de fourniture d'équipements au profit du ministère de la défense, soit directement, soit par sous-traitance, pour la réalisation d'un bien ou d'un service relevant d'un secteur mentionné aux points 7° à 10° ci-dessus. »

Cette nouvelle disposition est perçue comme une pilule empoisonnée, car elle n'interdit pas l'acquisition par la loi, mais elle alourdit la procédure d'approbation de la transaction potentielle¹⁶⁴¹. Certains estiment que la suppression de la distinction entre investissement direct ou indirect dans le décret n°2012-691 du 7 mai 2012¹⁶⁴² était également une réaction à l'affaire « Danone »¹⁶⁴³.

539. En même temps, cette réaction politique est également critiquée car la plupart des actionnaires de Danone sont étrangers, de même, que son chiffre d'affaires est réalisé majoritairement hors de France, et que plus de 80% des salariés du groupe sont également employés à l'étranger¹⁶⁴⁴. Alors que cette acquisition a suscité un tsunami de réactions dans le monde politique et syndical¹⁶⁴⁵, l'acquisition du Groupe du Louvre par Starwood capital, un fond américain, en 2005 de la même année n'a eu aucun retour politique ou médiatique¹⁶⁴⁶. Les praticiens s'interrogent sur l'ambiguïté de la définition de l'intérêt national, et posent la question « [e]st-ce que les yaourts sont plus stratégiques que le champagne et l'hôtellerie »¹⁶⁴⁷ ?

540. Puis, l'intervention d'administration française sur ces opérations non désirables se manifeste sous plusieurs formes : « des prises de position publiques, du lobbying, des menaces plus ou moins voilées et d'autres initiatives visant à dissuader un acquéreur »¹⁶⁴⁸. Des moyens et stratégies similaires ont été employés aux États-Unis.

541. Le décret n° 2005-1739 a également réintroduit une distinction entre les investissements étrangers en provenance de pays tiers¹⁶⁴⁹ et les investissements intra-communautaires¹⁶⁵⁰. Un investissement est qualifié d'investissement étranger en provenance de pays tiers s'il franchi le seuil de 33,33 % de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote dans une entreprise dont le siège social est établi en France. Ce seuil n'est pas appliqué aux investissements en provenance des États membres de la Communauté européenne.

¹⁶⁴¹ Mauduit L., « Villepin offre à Danone une pilule empoisonnée », *Le Monde*, *op.cit.*

¹⁶⁴² Décret n° 2012-691 du 7 mai 2012 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JO*, le 8 mai 2012

¹⁶⁴³ De Verdun A., Bardasi S., « Le pouvoir de police des investissements étrangers : un pouvoir réglementaire », *JCP E*, n°23, le 5 juin 2014, n°395, p. 9

¹⁶⁴⁴ Servan-Schreiber P., Arps S., « Approche comparée des investissements internationaux en France et aux Etats-Unis », *Revue Droit & Affaires*, n°10, février 2012, n°6, p.97

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*

¹⁶⁴⁹ L'article 2, Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, *op.cit.*

¹⁶⁵⁰ L'article 3, Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, *op.cit.*

542. Malgré toutes les modifications apportées par le décret du 2005, celui-ci est considéré comme trop « contraignant »¹⁶⁵¹, et sa mise en œuvre délicate, car elle « nécessite souvent une confirmation informelle de la Direction du Trésor sur l'interprétation à donner aux textes »¹⁶⁵².

2) Position judiciaire

543. Hormis la législation, les décisions judiciaires démontrent également un renforcement de la souveraineté. La notion d'ordre public a été interprétée de manière large par le Conseil d'État dans l'arrêt *Min. Economie c/ Parretti*¹⁶⁵³, où le doute sur l'honorabilité de l'investisseur italien pour son projet d'achat du cinéma Pathé France, se fondant sur l'absence d'origine des fonds pour financer l'investissement des projets, peut justifier la décision d'ajournement du ministre chargé de l'Économie¹⁶⁵⁴. Selon certains, la notion de défense nationale s'est vue traduite de manière large¹⁶⁵⁵.

544. L'attitude pro-interventionniste de la France pendant cette période a généré un problème de non-conformité avec le droit européen, notamment en ce qui concerne les principes de libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement. Le CJUE a donc jugé que le droit français manquait de précision quant aux circonstances spécifiques justifiant l'utilisation des notions d'ordre public et de sécurité publique, et considérait « de façon générale les investissements concernés comme des investissements de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique »¹⁶⁵⁶.

545. À la lumière des observations précédentes, il est évident que les États-Unis et la France n'ont pas adopté une politique libérale sans réserve pendant l'apogée du libéralisme. Au

¹⁶⁵¹ Chvika E., Hasting P., « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques en France », *op.cit.*, p. 220

¹⁶⁵² *Ibid.*

¹⁶⁵³ *v. Min. Economie c/ Parretti, RJDA*, n°1368, 1996, p. 970

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, « Considérant que le ministre chargé de l'Economie peut, dans son appréciation du risque que comporte un projet d'investissement étranger pour l'ordre public ou la sécurité publique, tenir compte du comportement de la personne au profit de laquelle l'investissement est réalisé, et de l'origine des fonds devant servir à financer l'investissement projeté ; qu'il ressort des pièces du dossier qu'à la date de la décision attaquée, le comportement de M. Parretti, pour le compte duquel l'investissement devait être réalisé, était de nature à susciter de sérieux doutes sur son honorabilité ; que le ministre pouvait légitimement se fonder sur des faits ayant donné lieu à des condamnations amnistiées ou ayant fait l'objet de mesures de grâce ; qu'en outre, malgré des demandes de renseignements complémentaires, la société « Pathé France Holding » n'avait donné aucune indication sur l'origine des fonds devant servir à financer l'investissement projeté, pour un montant de plus de 512 millions de francs ; que le ministre était fondé à tirer motif de ces éléments, qui établissaient que le projet d'acquisition de la majorité du capital de la société « Pathé Cinéma » par la société « Pathé France Holding » comportait une menace pour l'ordre public, pour prendre une décision d'ajournement de l'investissement considéré ; »

¹⁶⁵⁵ Chvika E., Hasting P., « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques en France », *op.cit.*, p. 219

¹⁶⁵⁶ *CJCE 14 mars 2000, aff. 54/99, Plén., Association Eglise de scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre, RJDA*, n°589, 2000, p.464

contraire, le contrôle des investissements étrangers a existé dans les années 1990 et persiste dans ces deux pays. L'intervention gouvernementale dans les investissements internationaux est d'ailleurs raffermie chaque fois que la souveraineté demande à être renforcée, que ce soit en période de crise financière, lors de l'acquisition de grandes entreprises nationales, ou en réponse à des événements imprévus tels que les attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux États-Unis.

Conclusion du Chapitre

546. Le néolibéralisme vise à déréguler les contrôles étatiques sur les investissements étrangers. Cependant, même dans les États favorables au libéralisme pendant son apogée, il est difficile de mettre en œuvre une telle volonté. Au contraire, la concurrence féroce dans le domaine des technologies entre les États-Unis et le Japon dans les années 1980 a conduit à l'adoption de législations américaines permettant l'intervention du gouvernement dans les acquisitions d'entreprises nationales par des entreprises japonaises. Par ailleurs, ce type de compétition est considéré comme souhaitable dans une perspective néolibérale. Depuis, le contrôle des acquisitions pour des raisons de sécurité nationale ne cesse de s'élargir par le biais de plusieurs amendements aux États-Unis. Le contrôle, sous l'intervention des services de renseignement, est opaque et laisse une large discrétion à l'administration. Quant à la France, elle a une tradition de contrôle rigide des investissements, mais a été contrainte de libéraliser ses marchés sous l'accord de Bretton Woods et ensuite par le droit communautaire. L'affaire Danone, soit la rumeur de son acquisition par PepsiCo en 2005, a marqué le début de l'adoption par la France d'un régime similaire à celui des États-Unis.

CONCLUSION DU TITRE I

547. Les deux piliers essentiels du néolibéralisme sont l'ouverture des marchés nationaux pour accéder au marché mondial, ainsi que la liberté de circulation des capitaux et des marchandises sans contraintes. Le commerce international et l'investissement international deviennent donc des champs de bataille pour la souveraineté et le néolibéralisme, avec l'investissement entraînant un affrontement plus direct avec le pays d'accueil. Tant le néolibéralisme que la souveraineté se défendent à travers leurs propres doctrines juridiques. Derrière ces doctrines, des conflits de valeurs se dessinent.

548. Un tel conflit entre valeurs contradictoires semble être le reflet d'une divergence ancienne entre la doctrine de la raison d'État et la doctrine du droit naturel, deux théories philosophiques concurrentes¹⁶⁵⁷.

549. La doctrine de la raison d'État est initialement développée par Nicolas Machiavel au XV^e siècle dans ses deux ouvrages les plus connus : « Le Prince » et le « Discours sur la première décade de Tite-Live ». Dans ces livres, Machiavel décrit un régime politique où l'État détient une omnipotence et où les principes éthiques de la vie publique sont entièrement subordonnés aux nécessités politiques de l'État¹⁶⁵⁸. Il semble essentiel de rappeler que ces théories ont émergé dans un contexte où les différents États souverains évoluaient dans un environnement concurrentiel marqué par des conflits et des guerres. La théorie de Machiavel a éclairé Jean Bodin dans le développement de sa théorie de la « souveraineté »¹⁶⁵⁹. En effet, selon Monsieur le professeur He, spécialiste en droit international, la doctrine de la souveraineté de l'État a été perçue comme une arme contre les revendications du Saint Empire universel ainsi que contre d'éventuelles interventions d'autres États¹⁶⁶⁰.

550. En parallèle, le *Jus Gentium* a été pensé sous influence directe de la théorie de droit naturel¹⁶⁶¹. Le droit naturel trouve ses origines dans la philosophie stoïcienne¹⁶⁶², qui considère la loi naturelle comme un critère de moralité. Selon cette école de pensée, nous faisons partie

¹⁶⁵⁷ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, op.cit., p. 33

¹⁶⁵⁸ *Id.*, p. 32

¹⁶⁵⁹ v. Gerbier L., « Une méthode pour interpréter les histoires : Machiavel et Jean Bodin », *Revue de métaphysique et de morale*, vol 62, n°2, 2009, p.151-166

¹⁶⁶⁰ *Id.*, p. 33

¹⁶⁶¹ 何志鹏(He Z.), « 国际关系中自然法的形成与功能 », *国际法研究*, n°1, 2017, p.48 (« La formation et la fonction du droit naturel dans les relations internationales », *Chinese Review of International Law*, n°1, 2017, p. 48)

¹⁶⁶² Strauss L., « Le droit naturel », traduit par Emmanuel Patard, *Archives de Philosophie*, 2016/3, p.461

d'un tout plus vaste¹⁶⁶³, et qu'en menant une conformément avec le divin et le cosmos, l'être humain est libre¹⁶⁶⁴. La théorie a donc permis de critiquer la pratique de l'esclavage dans la société romaine, en affirmant l'égalité entre les esclaves et les citoyens¹⁶⁶⁵. Le droit naturel continue d'évoluer et a inspiré le développement de la notion de « droits naturels » de l'homme et de ses aspirations individuelles¹⁶⁶⁶. En réalité, la concurrence entre la « raison d'État » et le droit naturel semble plutôt illustrer le conflit entre le collectivisme et l'individualisme.

551. En matière de droit des investissements internationaux, la doctrine Calvo est la principale théorie de défense de la souveraineté étatique, permettant d'appliquer des contrôles sur les investissements étrangers. Développée initialement par les pays d'Amérique latine, cette doctrine considère que lorsque les investisseurs étrangers sont entrés volontairement dans le pays d'accueil, ils doivent être traités de manière identique aux entreprises nationales et être soumis au droit local¹⁶⁶⁷. Le contrôle relève de la compétence de l'État souverain et s'inscrit dans l'idée de « raison d'État ».

552. L'objectif du néolibéralisme et de la mondialisation n'est pas compatible avec une forte présence de la régulation étatique dans le domaine économique. En effet, le domaine d'économie est guidé par les principes du néolibéralisme. Les normes juridiques internationales en matière d'investissement étranger ont été construites sur la théorie du libéralisme développée par John Locke, philosophe anglais du XVIIe siècle. Selon lui, l'objectif essentiel d'une société est la protection de la propriété individuelle, l'un des droits naturels inhérents à l'homme. C'est pourquoi le droit international de l'investissement se concentre principalement sur une question primordiale, à savoir la protection des actifs investis par les investisseurs étrangers. Cet objectif n'a pas changé avec l'avènement du néolibéralisme. En effet, la liberté de choix et la liberté des capitaux ne sont admises que sous condition de garantir la protection de la propriété¹⁶⁶⁸. En se fondant sur cette théorie et idéologie, les mesures contre l'expropriation et la nationalisation occupent une place centrale dans le développement du droit relatif aux investissements étrangers. La clause d'expropriation a été quasi automatiquement

¹⁶⁶³ Boeri M.D., « Natural law and world order in Stoicism » dans *Nature and the Best Life. Exploring the Natural Bases of Practical Normativity in Ancient Philosophy*, sous direction de ed. Roiss Gabriela, Georg Olms Verlag AG, Hildesheim-Zürich-New York, 2013, p188

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁶⁵ Funk A.M., *Epictetus, Stoicism, and Slavery*, Thèse en philosophie: University of Colorado Boulder, 60 P., 2011, p.10

¹⁶⁶⁶ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law, op.cit.*, p. 32

¹⁶⁶⁷ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.415

¹⁶⁶⁸ La théorie concurrente du marxisme classique, au contraire, ne soutient pas l'idée de propriété privée, mais plutôt de propriété collective. Par conséquent, la protection de la propriété entre en contradiction directe avec cette théorie.

incluse dans les traités bilatéraux ainsi que dans les traités régionaux, en accord avec la célèbre théorie concurrente de la doctrine Calvo, également connue sous le nom de formule de Hull. Cette théorie prône l'idée d'une compensation « *prompt, adequate and effective* » (« prompte, adéquate et effective ») pour l'expropriation, telle que formulée par Cordell Hull, Secrétaire d'État des États-Unis¹⁶⁶⁹.

553. Ensuite, grâce à l'introduction du mécanisme de RDIE par la Convention de Washington de 1965 et le soutien des États-Unis depuis la signature de l'ALENA en 1992, un vaste réseau d'environ 3000 TBI et plus de 300 traités d'intégrations économiques a été créé entre les pays, qui ont habilité « les arbitres privés à entendre les différends entre les États et les investisseurs étrangers »¹⁶⁷⁰. Ces traités permettent aux États de « renoncer à une certaine mesure de souveraineté afin d'assurer aux investisseurs que leurs gouvernements n'auraient pas le dernier mot concernant le traitement des investissements étrangers »¹⁶⁷¹. Plus précisément, on considère que « le droit des investissements internationaux s'est largement construit avec pour finalité première d'encadrer les conditions dans lesquelles un État pourrait procéder à l'expropriation directe des biens et avoirs d'un investisseur étranger »¹⁶⁷². Il est donc généralement admis que le RDIE a été initialement un « régime de protection contre l'expropriation »¹⁶⁷³. Cependant, avec l'évolution des arbitrages fondés sur ces TBI et traités d'intégration économique, non seulement l'expropriation classique est devenue un motif pour que les investisseurs cherchent la responsabilité de l'État hôte devant les tribunaux arbitraux, mais l'expropriation indirecte est également devenue un outil phare pour les entreprises internationales depuis la sentence *Santa Elena*¹⁶⁷⁴. Les arbitres ont tendance à interpréter ces

¹⁶⁶⁹ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.989

¹⁶⁷⁰ Kethireddy S., « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.316

Texte original: « They concluded thousands of treaties among themselves, empowering private arbitrators to hear disputes between States and foreign investors. »

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

Texte original: « States surrendered some measure of sovereignty in order to assure investors that their governments would not have the last word regarding the treatment of foreign investments. »

¹⁶⁷² Cazala J., « Les limites de l'articulation entre exercice des *polices powers* et expropriation indirecte », *CAPJIA*, n°3, 2020, p.591

¹⁶⁷³ Bradlow A.H., « Human Rights Impact Litigation in ISDS: A Proposal for Enabling Private Parties to Bring Human Rights Claims Through Investor-State Dispute Settlement Mechanisms », *Yale J. Int. Law.*, vol 43, n°2, été 2018, p. 360

¹⁶⁷⁴ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, paragr. 72

« 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, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains. »

clauses de manière extensive, dépassant parfois l'intention des parties signataires étatiques afin de favoriser la protection des investissements étrangers. Cependant, ne devrions-nous pas faire une distinction entre les « citoyen » et « investisseur »¹⁶⁷⁵ ? Si nous admettons que les personnes physiques en tant que « citoyen » bénéficient de certains droits inhérents des droits de hommes selon le droit naturel, nous acceptons également qu'elles jouissent de la liberté revendiquée par John Locke. Toutefois, il est difficile de conclure les droits créés sous des traités bilatéraux pour les investisseurs, qui concernent principalement les personnes morales, ont un nature similaire¹⁶⁷⁶.

554. Enfin, il est généralement admis que la théorie de John Locke a exercé une forte influence sur la société américaine et que la création du droit international de l'investissement a été initiée par les États-Unis dans le but d'exporter leurs valeurs nationales, ainsi que leur interprétation du libéralisme. Cependant, l'interprétation américaine du libéralisme n'est pas nécessairement universellement acceptée et ne s'applique pas de manière générale dans toutes les cultures, ce qui entraîne des conflits de valeurs concernant à la fois l'interprétation monopolistique du libéralisme anglo-saxon et la primauté de la liberté sur toutes les autres valeurs. En revanche, la « structure normative de la protection des investissements »¹⁶⁷⁷ initiée par les États-Unis, en tant que la seule puissance hégémonique, est considérée comme étant « préjudiciable aux intérêts de la communauté mondiale dans la protection de l'environnement et des droits de l'homme ainsi qu'aux intérêts des peuples du monde en développement »¹⁶⁷⁸.

555. Il est ironique de constater que dans le contexte du triomphe du libéralisme, les pays occidentaux ont cherché toute de même à défendre leurs intérêts nationaux en émettant des réserves quant à la politique générale d'ouverture aux investissements étrangers à travers l'utilisation de leur droit national. Cette approche protectionniste est non seulement mise en œuvre en France, qui a été contrainte d'ouvrir son marché en vertu de l'accord de Bretton-Woods et du droit européen, mais elle est également appliquée et constamment renforcée par les États-Unis. La difficulté de mettre en place le libéralisme dans leurs propres territoires démontre les limites d'une théorie qui prône une seule valeur.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ *Id.*, p.319

¹⁶⁷⁷ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.414

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

Texte original: « the last decade of the twentieth century saw the creation of a normative structure of investment protection detrimental to global community interests in the protection of the environment and human rights as well as to the interests of the people of the developing world. »

TITRE II. LE RETOUR DE LA SOUVERAINETE

556. Au fil du temps, la théorie néolibérale a été remise en cause par les théoriciens¹⁶⁷⁹. Certes, à l'origine, on considérait que la réussite économique de pays tels que la Corée du Sud et Singapour était due à l'adoption de politiques libérales et d'une ouverture économique¹⁶⁸⁰. Toutefois, des recherches récentes remettent en question cette explication. D'après ces études, plutôt que d'embrasser sans réserve de la politique libérale, ces pays ont mis en place « des mesures interventionnistes astucieuses de l'État, combinées à des mesures sélectives de libéralisation et de réglementation des investissements étrangers, qui ont été à l'origine de la croissance »¹⁶⁸¹. Concernant les investissements étrangers, des doutes apparaissent progressivement quant à savoir si les investissements directs étrangers (ci-après IDE) sont bénéfiques au pays d'accueil¹⁶⁸². De plus, il semble que les traités d'investissement n'aient pas conduit à une augmentation significative des flux d'investissement¹⁶⁸³. En effet, ni la politique néolibérale, ni l'effet des IDE, ni la conclusion de TBI n'ont abouti aux résultats initialement prévus par les théoriciens du néolibéralisme. Au contraire, la politique néolibérale réprime des valeurs importantes telles que la protection de l'environnement, la santé publique et les droits de l'homme, qui devraient être protégés par un pays souverain. Face à ce contexte, on observe une forte tendance au retour de la souveraineté, s'opposant au « caractère surprotecteur du droit des investissements internationaux »¹⁶⁸⁴.

557. Cette remise en cause se manifeste sur la scène du droit international par le renforcement du rôle du pays souverain. À l'apogée du libéralisme dans les années 1990, les pays s'engageaient dans des normes internationales qu'ils contribuaient à créer. Ils soutenaient le multilatéralisme en déléguant « une partie de leur juridiction nationale »¹⁶⁸⁵. Cependant, à l'ère post-mondialisation, le multilatéralisme est remis en question, et l'on observe un retour au nationalisme et au protectionnisme. Les pays puissants, comme les États-Unis, ont parfois opté

¹⁶⁷⁹ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.419

¹⁶⁸⁰ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 2

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

Texte original: « astute interventionist measures by the state combined with selective liberalisation measures and regulation of foreign investment were the reason for the growth »

¹⁶⁸² Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.646; v. également UNCTAD, World Investment Report 2011, p. 102

¹⁶⁸³ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.132

¹⁶⁸⁴ Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers », *op.cit.*, p.263

¹⁶⁸⁵ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.224

pour le détournement du multilatéralisme¹⁶⁸⁶, cherchant « avant tout d'être libres de toutes formes de contrainte, afin de pouvoir pratiquer une politique unilatéraliste sans frein »¹⁶⁸⁷. À cet égard, les mesures prises par les États-Unis pour répondre aux préoccupations concernant les investissements chinois sont considérées comme « une rupture nette avec l'engagement historique d'ouverture de la politique d'investissement des États-Unis »¹⁶⁸⁸.

558. En effet, le contrôle étatique sur les investissements étrangers se joue dans un environnement juridique, politique, voire structurel, caractérisé par une dualité entre le droit international et le droit interne. Les États prennent des mesures tant au niveau national qu'international pour mieux protéger les intérêts de leurs ressortissants sur leur territoire et à l'étranger, vis-à-vis de leurs concurrents, les investisseurs étrangers. Les États sont les principaux acteurs du droit international et, de ce fait, les plus importants producteurs de règles en matière de droit international de l'investissement, à la fois au niveau national et international¹⁶⁸⁹. D'un côté, la souveraineté d'un État peut être limitée par ses engagements internationaux. De l'autre côté, ces pays souverains disposent du pouvoir de négocier, de modifier et de se retirer de leurs engagements internationaux. Ces engagements, notamment sous forme de différentes conventions, accords et traités internationaux, constituent des sources essentielles en matière de droit international.

559. Le retour à la souveraineté s'exprime chez les États par une remise en cause du régime international actuel d'une part, et par la création de nouvelles normes internationales d'autre part. La redéfinition du régime international donne plus de place aux États pour limiter les investissements étrangers. En effet, le renforcement du contrôle des investissements étrangers est une traduction logique des préoccupations que suscite le néolibéralisme. Au nom de la souveraineté, chaque État cherche alors à préserver ses intérêts et à avoir la mainmise sur les investissements réalisés par les étrangers.

Chapitre I. Remise en cause du droit international

Chapitre II. Renouvellement des droits internes

¹⁶⁸⁶ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.355

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.646

Texte original: « sharp break with the historic commitment to openness in US investment policy »

¹⁶⁸⁹ Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *op.cit.*, p.88

CHAPITRE I. REMISE EN CAUSE DU DROIT INTERNATIONAL

560. L'investissement international constitue un sujet important du droit interne et du droit international en ce qui concerne la relation économique, d'après le Professeur Sornarajah : « le droit international sur l'investissement étranger concerne l'équilibre qui est établi entre le contrôle du droit interne sur le processus d'investissement étranger et les efforts visant à concevoir des règles de gouvernance externes pour contrôler ce pouvoir »¹⁶⁹⁰.

561. La « souveraineté » est le fondement du droit interne et droit international¹⁶⁹¹. L'État, « le roi du droit international »¹⁶⁹², ainsi qu'indiqué par le Professeur en relations internationales Serge Sur, fait valoir son pouvoir d'élaborer les normes internationales, et « c'est ce pouvoir qui peut influencer la position juridique des investissements internationaux »¹⁶⁹³. La conclusion d'engagements internationaux par un État, au contraire, limite ses pouvoirs selon le principe *pacta sunt servanda*. Le droit international public est donc considéré par Monsieur le Professeur Kolb comme « le lieu et le moyen pour contrôler le pouvoir du souverain »¹⁶⁹⁴ (Section 1).

562. Le droit des investissements internationaux « s'inscrit dans le cadre bien plus vaste du droit applicable aux relations économiques internationales, qui impliquent les relations entre États »¹⁶⁹⁵. La négociation des TBI et des traités d'intégration économique relève traditionnellement du droit international public. Ce domaine se distingue du droit international privé par « sa nature essentiellement interétatique »¹⁶⁹⁶. Il est également largement admis par la doctrine que les États souverains détiennent seuls le pouvoir d'élaborer le droit national et droit international¹⁶⁹⁷, et que « la capacité d'action des États a été considérée a priori illimitée »¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁰ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.109

Texte original : « The international law on foreign investment is about the balance that is made between the domestic law's control of the foreign investment process and the efforts to devise external rules of governance to control that power. »

¹⁶⁹¹ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, 13^{ème} édition, Paris, LJDJ, 2019, p.79

¹⁶⁹² Sur S., « A quoi sert le droit international ? », *Vie publique*, le 4 juillet 2019[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/38777-quoi-sert-le-droit-international>] [consulté le 17 mai 2023]

¹⁶⁹³ Monebhurrin N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, 558p., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, p.343-344

¹⁶⁹⁴ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.5

¹⁶⁹⁵ De Nanteuil A., *Droit international de l'investissement*, 3^{ème} édition, Paris, Pedone, 2020, p.7

¹⁶⁹⁶ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.15, paragr.42

¹⁶⁹⁷ v. Schwarzenberger G., *The Frontiers of International Law*, London, Stevens & Sons Limited, 1962, p.22, 25, 57; Friedmann W., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1969-II, p.127 ; Reuter P., « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961, p.103

¹⁶⁹⁸ Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *op.cit.*, p.88

Dans ce contexte, le droit international n'est qu'« un ordre de convention »¹⁶⁹⁹ selon Weber, qui se distingue donc de l'ordre de droit d'État¹⁷⁰⁰. En effet, « [a]yant des relations de convention et non de droit, les États ont décidé qu'ils n'admettaient pas au-dessus d'eux une puissance munie d'un instrument juridique comme le droit étatique qui régule leurs institutions internes et les comportements de leurs sujets selon un ordre de subordination »¹⁷⁰¹. Du fait de la constitution du droit international dans quasiment tous les domaines par les conventions multilatérales et bilatérales, les prérogatives des États sont limitées. Toutefois, de telles limitations sont forme d'« ordre de convention » doivent être relativisées car « l'encadrement par des règles juridiques ne pouvaient être mises en œuvre qu'avec le consentement des États »¹⁷⁰². En conséquence, le multilatéralisme en matière de droit international économique sous l'initiative des États-Unis, reste fragile. Lorsque le droit international de l'investissement a été édité, il s'est basé sur une « fausse prémisse selon laquelle des flux d'investissement auraient lieu si des traités d'investissement assortis de normes de protection sûres et appliquées par un système d'arbitrage sûr étaient conclus »¹⁷⁰³. De ce fait, la remise en cause du néolibéralisme va conduire à la réforme du droit international de l'investissement. De telles réformes sont réalisées sous l'initiative des États souverains, y compris les États-Unis (Section 2).

¹⁶⁹⁹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.15

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*

Weber a distingué deux types d'ordre : ordre de droit et ordre de convention. v.Chazel F., « La « sociologie du droit » de Max Weber à la lumière de l'édition critique de la *Max Weber Gesamtausgabe* », *Droit et société*, vol 81, 2012/2, p.480

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² Horchani F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *op.cit.*, p.368

¹⁷⁰³ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.417
Texte original: « false premise that investment flows would occur if investment treaties with safe standards of protection and enforced by a safe arbitration system were entered into »

Section 1. Le droit en tant qu'incarnation de la volonté souveraine

563. La souveraineté constitue le fondement du droit national pour réglementer les investissements provenant de l'extérieur du territoire. Elle apparaît essentielle en matière de droit international classique¹⁷⁰⁴, y compris en droit international de l'investissement. En effet, l'État est considéré comme « maître des modalités internes de son existence et de son expression »¹⁷⁰⁵, et « le droit international le rapporte toujours à l'État en tant que personne juridique internationale »¹⁷⁰⁶.

564. Partant du rôle primordial de la souveraineté en interne et en international, le droit est considéré comme l'incarnation de cette volonté souveraine¹⁷⁰⁷, et « [l]es États sont au centre, et leurs intérêts individuels déterminent le contenu et le développement du droit international »¹⁷⁰⁸. Bien que l'on dise du droit international d'aujourd'hui qu'il aurait remplacé le droit international d'hier, selon l'ancien juge de la Cour Internationale de Justice, Monsieur Bruno Simma, c'est désormais l'avènement des valeurs communautaires, la solidarité et le multilatéralisme¹⁷⁰⁹. Toutefois, selon Monsieur le Professeur Tladi, membre de la Commission de droit international des Nations Unies, la promotion d'un droit international progressiste, communautaire et solidaire dans le droit international post-classique est une illusion¹⁷¹⁰. En d'autres termes, le droit international continue d'être guidé par les intérêts nationaux¹⁷¹¹, dont la souveraineté et le consentement sont des piliers essentiels¹⁷¹².

565. En effet, le concept de souveraineté est, depuis longtemps, considéré comme « la pierre angulaire de l'organisation politique et juridique tant nationale qu'internationale, d'une part, et de la pensée politique moderne, d'autre part »¹⁷¹³(§1). Toutefois, il faut admettre qu'il n'existe pas un concept objectif applicable de manière universelle pour le terme de la souveraineté. Il

¹⁷⁰⁴ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *Chin. J. Int. Law*, vol 19, n°3, septembre 2020, p.373

¹⁷⁰⁵ Combacau J., Sur S., *Droit international public, op.cit.*, p.79

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ Cutler C., « Critical Reflections on the Westphalian Assumption of International law: A Crisis in Legitimacy », *Reviews of International Studies*, 2001, vol n°27, p.136

¹⁷⁰⁸ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.373

¹⁷⁰⁹ *Id.*, p.375

¹⁷¹⁰ *Id.*, p.384-385

¹⁷¹¹ *Id.*, p.385

¹⁷¹² *Id.*, p.376

¹⁷¹³ Besson S., *Sovereignty in Conflict, op.cit.*, p.3

Texte original: « The concept or principle of state sovereignty was regarded as the cornerstone of both national and international political and legal organisation, on the one hand, and of modern political thought, on the other. »

dépend largement du texte dans lequel il figure, et évolue au gré du développement de l'économie et des relations entre les États.

566. De nos jours, les relations entre les États ne cessent d'évoluer et l'accent est mis sur la souveraineté et l'intérêt national de chaque État¹⁷¹⁴. Les États semblent avoir partiellement écarté le néolibéralisme et embrassé l'interventionnisme sur le sujet du contrôle des flux des investissements étrangers. Parallèlement, ils fonctionnent avec plus de réserves sur les protections accordées aux investissements internationaux lors de la négociation des traités d'investissements (§ 2).

§1. La doctrine de la souveraineté

567. Il est considéré que « le principe de la souveraineté de l'État est aussi ancien que l'État lui-même »¹⁷¹⁵. En effet, la notion de souveraineté ne cesse d'évoluer. Créée à l'origine pour effacer les pouvoirs intermédiaires et favoriser une administration publique centrale (I), le champ d'application de cette notion s'est considérablement élargi de nos jours afin de freiner le libéralisme¹⁷¹⁶ (II).

I. La genèse du terme souveraineté

568. Le terme souveraineté de l'État est premièrement établi et discuté par Bodin, sous inspiration des pensées philosophiques de Hobbes et Locke. La définition de la souveraineté est donnée par Bodin comme « la puissance absolue & perpétuelle d'une République »¹⁷¹⁷. Puis, « cette puissance est absolue, et souveraine : car elle n'a d'autre condition que la loy de Dieu et de nature ne commande »¹⁷¹⁸. Cette théorie de souveraineté a été acceptée à grande échelle et a contribué à la création d'une administration publique centrale pour effacer des pouvoirs

¹⁷¹⁴ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.376

¹⁷¹⁵ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p. 609

¹⁷¹⁶ Varin S., Chancerel J-L., *Variation critiques à propos du néolibéralisme*, *op.cit.*, p.175

¹⁷¹⁷ Bodin J., *Les six Livres sur la République*, Angevin, 1576, 2^{ème} édition, Paris, 1583, réimpression Scientia Verlag, Aalen, 1977, p.122

« la puissance absoluë & perpetuelle d'une République , que les Latins appellent majestatem, les Grecs ἄκραν ἐξουσίαν, & κυρίαν ἀρκήν, & κύριον πολιτεύμα : les Italiens signoria, duquel mot ils usent aussi envers les particuliers, & envers ceux la qui manient toutes les affaires d'estat d'une République : les Hebreux l'appellent tomachavet c'est-à-dire la plus grande puissance de commander »

¹⁷¹⁸ *Id.*, p.129

v.également *Id.*, p.131

« Or il faut que ceux-là qui sont souverains ne soyent aucunement sujets aux commandements d'auruy et qu'ils puissent donner loy aux sujets, et casser et anéantir les loix inutiles, pour en faire d'autres...C'est pourquoi la loy dit que le Prince est absous de la puissance des loix... »

intermédiaires¹⁷¹⁹ entre le peuple et la monarchie au sein de l'État¹⁷²⁰. En effet, cette notion est née dans la période féodale où une administration publique centrale faisait défaut. Revenant sur ce phénomène, Adam Smith, dans son ouvrage « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations », a expliqué qu'en cette période, le Royaume était divisé qu'en l'absence d'un gouvernement centralisé, le pays ne pouvait être décrit comme un système juridique harmonisé. Les propriétaires de ces terres étaient tant les juges que les législateurs¹⁷²¹. Une observation similaire est réalisée par Tocqueville¹⁷²². Au contraire, la théorie de souveraineté a considéré qu'« [i]l ne doit pas exister de groupes qui puissent s'interposer entre la nation, titulaire de la souveraineté (ou l'État qui la représente), et l'individu qui obéit à ses ordres »¹⁷²³. Via l'invention de cette nouvelle notion, une théorie juridique et politique a été créée pour que l'ancien régime juridique et social, par exemple la féodalité, laisse place à la création d'État souverain, au sens moderne du terme. En effet, la notion de souveraineté s'est imposée afin de canaliser les différentes puissances autonomes et de les centraliser à travers un gouvernement commun. C'est sans doute la raison pour laquelle la « puissance absolue » est décrite comme étant une caractéristique essentielle de la souveraineté selon la définition et l'explication donnée par M. Bodin. Ce phénomène a poussé Bodin et Machiavel à parler de l'omnipotence de l'État¹⁷²⁴.

569. La souveraineté est également liée à la naissance de l'État moderne et notamment à la théorie du contrat social. Dans l'œuvre de Rousseau « Du contrat social », la souveraineté est une notion liée à la « volonté générale » de la nation. Dans Chapitre 7 dénommé « Des rapports du souverain avec les particuliers et avec lui-même », Rousseau considère que la souveraine

¹⁷¹⁹ Effectivement, la Ferme générale en France est un exemple historique de pouvoir intermédiaire. Elle était responsable de la collecte des impôts pour le compte du roi. Montesquieu a analysé en détail les avantages et les inconvénients de l'utilisation de la Ferme générale pour la perception des impôts. Cette institution était considérée comme un intermédiaire entre l'État et le peuple. v. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XII, Des rapports que la levée des tributs et la grandeur des revenus publics ont avec la liberté

¹⁷²⁰ Kolb R., *Théorie du droit international*, op.cit., p.5

¹⁷²¹ Smith A., *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduit par Paulette Taieb, Paris, PUF, 1995, Livre 3, Chapitre 2, p.440

Texte original: « In those disorderly times every great landlord was a sort of petty prince. His tenants were his subjects. He was their judge, and in some respects their legislator in peace, and their leader in war. He made war according to his own discretion, frequently against his neighbours, and sometimes against his sovereign. »

v. également, Livre 3, Chapitre 2, *Id.*, p.449

Texte original: « The proprietors of land were anciently the legislators of every part of Europe. »

¹⁷²² Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I*, op.cit., p.276

« dans les siècles d'aristocratie qui ont précédé le nôtre, il y avait des particuliers très puissants et une autorité sociale fort débile. L'image même de la société était obscure et se perdait sans cesse au milieu de tous les pouvoirs différents qui régissaient les citoyens »

¹⁷²³ Hatem M'Rad, *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique*, op.cit., p.21

¹⁷²⁴ Rousseau J-J., *Du contrat social-Principes du droit politique*, op.cit., p. 11

désigne « l'instance suprême du pouvoir, l'autorité au-delà de laquelle on ne peut remonter »¹⁷²⁵. Dans son Manuscrit de Genève, il en donne la définition suivante : « Il y a dans l'État une force commune qui le soutient, une volonté générale qui dirige cette force et c'est l'application de l'une à l'autre qui constitue la souveraineté »¹⁷²⁶. Il ressort des écrits du théoricien que la volonté générale de la nation est à l'origine de la notion de souveraineté, qu'elle en constitue le fondement évident.

570. Poursuivant une idée similaire, Pufendorf avance que la souveraineté est également étroitement liée au contrat social :

« La souveraineté résultant d'une convention, par laquelle les sujets s'engagent à ne pas résister au souverain et à le laisser disposer leurs forces et de leurs facultés, comme il le jugera à propos, il est clair qu'il y a dans chaque particulier des semences pour ainsi dire du pouvoir souverain. Le pacte, en réunissant ces semences et en les faisant germer, donne naissance à ce pouvoir souverain. Prétendre donc que le pouvoir souverain ne puisse point émaner des hommes, sous prétexte qu'on ne trouve rien de tel dans les facultés naturelles de chacun, c'est raisonner sur des idées bien grossières »¹⁷²⁷.

571. Le Professeur Kolb ajoute que « jamais dans l'histoire un pouvoir aussi massif et aussi absolu n'a été atteint par une collectivité publique que dans l'État souverain moderne »¹⁷²⁸.

572. Sous l'influence de ces philosophes, les Traités de Westphalie datant de 1648 sont conçus comme la fondation d'un système basé sur État souverain¹⁷²⁹. Selon le professeur en droit Kennedy, « [a]vant 1648, les faits, la politique, la religion, dans certains récits un « vide chaotique » peu à peu comblé par des États souverains. Ensuite, après l'établissement de la paix, après la « montée des États », après l'effondrement de « l'universalisme religieux », après le chaos de la guerre, est venu le droit – comme philosophie, comme idée, comme parole »¹⁷³⁰.

¹⁷²⁵ Rousseau J.-J., *Du contrat social-Principes du droit politique*, *op.cit.*, Chapitre 7, I.111-135

¹⁷²⁶ *Id.*, p. 43

¹⁷²⁷ Pufendorf, *Droit de la nature et des gens*, traduit par Jean Barbeyrac, Amsterdam, G. Kuyper, 1706, Livre VIII, Chapitre III, §4

¹⁷²⁸ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.5

¹⁷²⁹ 蔡从燕(Cai C.), « 国家的“离开”“回归”与国际法的未来 », *国际法研究*, n°4, 2018, p. 5 (« Le départ et le retour de l'État et l'avenir du droit international », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2018, p.5)

¹⁷³⁰ Kennedy D., « A New Stream of International Law Scholarship », *op.cit.*, p.14

Texte original: « Before 1648 were facts, politics, religion, in some tellings a « chaotic void » slowly filled by sovereign states. Thereafter, after the establishment of peace, after the « rise of states », after the collapse of « religious universalism », after the chaos of war, came law – as philosophy, as idea, as word. »

Ainsi, ces traités de Westphalie sont reconnus comme étant à l'origine du droit international moderne¹⁷³¹, conférant ainsi tout son sens à la notion de souveraineté.

573. De cette nouvelle conception de l'État en tant que puissance étatique absolue, plusieurs idées se sont progressivement développées. C'est le cas notamment des fondements importants du système de Westphalie que sont le droit à l'autodétermination, le principe de l'égalité souveraine des États et le principe de non-interférence. Le droit à l'autodétermination désigne que la peuple a le droit de décider librement du régime politique applicable. Ce principe a été ensuite confirmé par l'article 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 des Nations Unies. En droit international public, l'autodétermination est un critère important de reconnaître un État composé d'un territoire déterminé et de la population qui y vit. Ensuite, le principe de non-interférence est l'un des principes les plus importants en matière de droit international public. Ayant une souveraineté absolue, un État n'est soumis à aucune puissance supérieure, de sorte que le droit d'un autre État ne saurait venir interférer et s'opposer à l'application de la loi. Sur le fondement de cette même règle est né le principe de l'égalité souveraine des États. En matière de droit international, la souveraineté et l'égalité des États représentent la doctrine constitutionnelle de base¹⁷³². Ce principe a été également confirmé par l'article 2 premier alinéa la Charte des Nations Unies, soit « [l]'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ».

574. En conséquence, la souveraineté revêt deux significations distinctes¹⁷³³. Le premier aspect est son pouvoir suprême, soit « [l]e principe de souveraineté affirme qu'il existe une seule source d'autorité au sein de l'État et aucune au-delà »¹⁷³⁴. Dans une perspective d'État de droit, la souveraineté signifie que « [l]'État souverain est une unité politique dans laquelle les autorités ont le monopole de la force juridique »¹⁷³⁵. Le deuxième aspect réside dans le fait qu'un État souverain jouit de l'absence d'ingérence d'autres États¹⁷³⁶, soit le principe de non-interférence sur les affaires internes d'un État. De ces sens de la souveraineté s'infère la base du droit international actuel. En matière des investissements transfrontières, il est donc généralement accepté que « le droit international des investissements a toujours été fondé sur

¹⁷³¹ *Id.*, p.22

¹⁷³² Brownlie I., *Principles of Public International Law*, *op.cit.*, p.289

¹⁷³³ De Lupis L.D., *International law and the independent Stat*, deuxième édition, Aldershot, Gower, 1987, p.3

¹⁷³⁴ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p.19

Texte original: « The principle of sovereignty claims that there is a single source of authority within the state and none beyond it. »

¹⁷³⁵ *Id.*, p.36

Texte original: « The sovereign state is a political unit in which the authorities have a monopoly of legal force. »

¹⁷³⁶ De Lupis L.D., *International law and the independent Stat*, *op.cit.*, p.3

un principe cardinal qui a gouverné l'ensemble de l'évolution de la matière : l'égalité souveraine des États »¹⁷³⁷.

II. Le développement de la notion dans l'ère postnationale

575. Dans le courant des années 2000, la doctrine dominante du libéralisme, les conclusions de conventions bilatérales et multilatérales, la création des diverses institutions internationales ou régionales, ainsi que le développement de la *lex mercatoria*, ont tous contribué à renforcer le pouvoir de la communauté internationale¹⁷³⁸. Parallèlement, la compétence absolue de l'État au titre de sa souveraineté s'est vue « partagée » et « divisée »¹⁷³⁹.

576. Dans ce contexte, la théorie de la souveraineté est amenée à évoluer. Elle est devenue alors un « concept essentiellement contestable ». Le « concept essentiellement contestable » est un terme utilisé en philosophie du langage, développé d'abord par William Gallie¹⁷⁴⁰, et devenu un concept utilisé non seulement en philosophie politique mais également en philosophie du droit¹⁷⁴¹. Plus particulièrement, le « concept essentiellement contestable » désigne un concept qui non seulement exprime un standard normatif dont les conceptions diffèrent d'une personne à l'autre, mais dont l'application correcte est susceptible de créer un désaccord sur son interprétation correcte, ou en d'autres termes, sur la définition même du concept¹⁷⁴².

577. En effet, la souveraineté est un terme qui englobe différentes réalités distinctes. Tout d'abord, elle permet de protéger différentes principes, telles que l'autodétermination et le principe de non-interférence. Cependant, cette liste peut également inclure d'autres notions, telles que la démocratie, les droits humains, l'égalité, etc¹⁷⁴³. Ce large éventail de principes souligne la complexité et la diversité du concept de souveraineté, ce qui le rend contestable et sujet à des interprétations parfois contradictoires, d'autant plus que différentes théories juridiques et politiques mettent l'accent sur un des principes susmentionnés pour définir la souveraineté. Selon le contexte, la notion de souveraineté peut revêtir différentes formes, telles que la souveraineté intérieure, la souveraineté interdépendante, la souveraineté juridique

¹⁷³⁷ Horchani F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *op.cit.*, p.368

¹⁷³⁸ Besson S., *Sovereignty in Conflict*, *op.cit.*, p.2

¹⁷³⁹ De Witte B., « Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal tradition », dans *The European Courts and Nationals Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H.H. Weiler(dir.), Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 303-305

¹⁷⁴⁰ v. Gallie, W. B., *Essentially Contested Concept*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol 56, 1956, p. 167-198

¹⁷⁴¹ Besson S., *Sovereignty in Conflict*, *op.cit.*, p.6

¹⁷⁴² *Id.*, p.6; Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p.4-5

¹⁷⁴³ Besson S., *Sovereignty in Conflict*, *op.cit.*, p.7

internationale ou la souveraineté westphalienne¹⁷⁴⁴. Par ailleurs, ce même terme varie également en fonction des circonstances dans lesquelles il est utilisé, pouvant désigner la souveraineté politique ou la souveraineté juridique, la souveraineté externe ou interne, la souveraineté indivisible ou divisible, la souveraineté gouvernementale ou la souveraineté populaire¹⁷⁴⁵.

578. Le sens qui nous intéresse est celui qui désigne la « puissance absolue » de Bodin précédemment évoquée. En matière de compétence législative, la souveraineté interne est considérée comme illimitée¹⁷⁴⁶, alors que la souveraineté extérieure est restreinte sur le fondement des égalités entre les États souverains.

579. En effet, l'apogée de néolibéralisme dans les années 1990 a marqué une période au cours de laquelle le droit international a considérablement restreint la souveraineté des États en matière de commerce et d'investissement international. Cette tendance a perduré jusqu'à une plus profonde mondialisation, au cours de laquelle la Chine a activement participé dans la reconfiguration de la structure industrielle mondiale. Toutefois, depuis l'année 2019, un revirement est en cours. Le concept de « souveraineté » gagne du terrain face à la « mondialisation » et s'oppose à la doctrine néolibérale. La notion de souveraineté est devenue un terme populaire en politique et a été largement utilisée par les médias, notamment dans le contexte des échanges internationaux impliquant les entreprises chinoises.

580. Une telle tendance a été indubitablement renforcée pendant la pandémie de Covid-19. La notion de souveraineté a été largement employée, notamment lors de la crise des pénuries de masques et d'autres matériels sanitaires et médicaux. Chaque État s'est alors remis en question quant à sa propre souveraineté, c'est-à-dire sa capacité à subvenir aux besoins de ses habitants dans un contexte de crise sanitaire. La souveraineté a ainsi été définie comme la capacité à ne plus « faire appel à des entreprises chinoises pour que soient livrés les premiers masques chirurgicaux et FFP2 »¹⁷⁴⁷ et à « ne plus accepter de se laisser dicter les règles du jeu par les autres acteurs »¹⁷⁴⁸. Dans un autre domaine, celui de l'agriculture, la notion de « souveraineté alimentaire » est également mise en avant pour réduire les importations de soja

¹⁷⁴⁴ Besson S., *Sovereignty in Conflict*, *op.cit.*, p.8-12; v. également Krasner S., *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999

¹⁷⁴⁵ Besson S., *Sovereignty in Conflict*, *op.cit.*, p.8-12

¹⁷⁴⁶ *Id.*, p.9

¹⁷⁴⁷ Bottero L., « Yvon Grosso – MEDEF SUD : « La souveraineté, c'est d'abord ne plus accepter de se laisser dicter les règles du jeu » », *Le Tribune*, le 26 août 2020

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*

brésilien et favoriser les agriculteurs locaux¹⁷⁴⁹. Elle a également été employée pour exprimer les désaccords des Français face au projet d'achat de Carrefour par le Canadien Alimentation Couche-Tard¹⁷⁵⁰. D'autres notions ont également dérivé de la souveraineté, telles que la « souveraineté technologique »¹⁷⁵¹, la « souveraineté numérique »¹⁷⁵², et « 5G souveraine »¹⁷⁵³ (en référence au renforcement des sociétés européennes face aux GAFAs et au mouvement de contestation contre la 5G de Huawei). Même dans le secteur de la défense, l'expression « la souveraineté des armées » a été choisie par les médias pour annoncer les avancées de la technologie française en matière d'aéronefs militaires développés par Safran et Sodern¹⁷⁵⁴.

581. A l'heure actuelle, ce terme est utilisé à l'infini et mobilisé dans presque tous les sujets d'actualité¹⁷⁵⁵. Les médias semblent s'orienter vers un retour vers le nationalisme, l'utilisant dans toutes ses déclinaisons possibles. Il est à noter que pour les médias, le « nationalisme » est souvent assimilé à la souveraineté. Le nationalisme a toujours été présenté comme le plus grand opposant au « libéralisme » tout au long de l'histoire. Aux XVIII^e et XIX^e siècles, lorsque le libéralisme a été développé par les Anglais pour favoriser leurs affaires internationales, de nombreux arguments étaient en faveur du nationalisme et ont été mis en avant par les autres pays, notamment pour protéger les industries domestiques. De même, l'« identité nationale », d'abord développée par les Allemands, a été adoptée par les leaders du tiers monde dans les années 1950 et 1960¹⁷⁵⁶. Ils considéraient que l'homme sans pays est incomplet¹⁷⁵⁷ et qu'il est essentiel de protéger les industries naissantes contre le cosmopolitisme¹⁷⁵⁸. Ces idées trouvent

¹⁷⁴⁹ Cougard M-J, « Un coup de pouce pour aller vers une agriculture plus verte », *Les Echos*, le 4 septembre 2020

¹⁷⁵⁰ Pinaud O., « Carrefour enflamme le débat sur le protectionnisme à la française », *L'AGEFI*, le 15 janvier 2021

¹⁷⁵¹ Loesekrgu-Pietri A., « Souveraineté technologique : arrêtons les grands discours ! », *La Tribune*, le 8 septembre 2020

¹⁷⁵² Daziano L., « Construire une souveraineté numérique européenne », *Les Echos*, le 15 septembre 2020

¹⁷⁵³ Paoli-Lebailly P., « 5G souveraine : comment le projet BCOM fait rebondir Lannion ? », *La Tribune*, le 14 janvier 2021

¹⁷⁵⁴ Cabirol M., « Safran et Sodern : le « Genie Français » au service de la souveraineté des armées », *La Tribune*, le 29 janvier 2021

¹⁷⁵⁵ Effectivement, les réflexions de Tocqueville mettent en lumière la nécessité pour les sociétés démocratiques d'utiliser des concepts larges et abstraits : « Les hommes qui habitent les pays démocratiques ont donc souvent des pensées vacillantes ; il leur faut des expressions très larges pour les renfermer. Comme ils ne savent jamais si l'idée qu'ils expriment aujourd'hui conviendra à la situation nouvelle qu'ils auront demain, ils conçoivent naturellement le goût des termes abstraits. Un mot abstrait est comme une boîte à double fond : on y met les idées que l'on désire, et on les en retire sans que personne le voie ».

« Chez tous les peuples, les termes génériques et abstraits forment le fond du langage ; ..., la tendance des hommes, dans les temps d'égalité, est d'augmenter particulièrement le nombre des mots de cette espèce ; de les prendre toujours isolément dans leur acception la plus abstraite, et d'en faire usage à tout propos, lors même que le besoin du discours ne le requiert point »

v. Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I, op.cit.*, p. 71-72

¹⁷⁵⁶ Roll E., *A history of Economic thought*, London, Faber, 1961, p.226

¹⁷⁵⁷ Mayall J., *Nationalism and International Society, op.cit.*, p.79

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*

aujourd'hui un écho à travers les concepts d'anti-mondialisme, de populisme et de « politique identitaire »¹⁷⁵⁹. Elles se reflètent également à travers les notions d'« identité » américaine, chinoise, française, ou encore européenne.

582. On retrouve également des idées similaires dans la théorie de Johann Fichte. Ce dernier a développé le modèle d'une société interne autosuffisante, avec production, distribution et échanges totalement internes, réduisant progressivement les affaires internationales jusqu'à leur élimination¹⁷⁶⁰. De nos jours, une chose est sûre : nous sommes encore loin du cas décrit par Johann Fichte. Cependant, on ne peut s'empêcher d'observer que la France, les États-Unis et les autres pays développés souhaitent reconstruire leur industrie interne vers un modèle qui s'approcherait de celui décrit par Johann Fichte.

583. À l'origine, ces derniers ont largement sous-traité les industries à forte intensité de main-d'œuvre à la Chine et aux pays où la main-d'œuvre est moins chère. Ce phénomène a été décrit par Monsieur Thomas L. Friedman, qui a publié son livre en avril 2005 intitulé « La terre est plate : Une brève histoire du XXIe siècle »¹⁷⁶¹. Ce livre a surtout démontré comment le monde est devenu plat en raison du renforcement de la coopération internationale, la sous-traitance étant de plus en plus utilisée par les pays développés. À l'époque, le mondialisme et le libéralisme étaient les théories portant sur les développements, les opportunités, la paix et le bonheur. Il était considéré comme stratégique pour une société de sous-traiter le plus possible du pays développé aux pays du tiers monde. À cet égard, la Chine constituait l'un des meilleurs pays capables d'assurer cette sous-traitance. Une telle structure industrielle, qui s'est développée rapidement à l'époque du libéralisme dominant, ne peut pas être réduite à néant en l'espace d'une journée.

584. Aujourd'hui, le recul du libéralisme et l'avènement du nationalisme sous le nom de « souveraineté » peut être vu comme un retour dans le temps. L'histoire est une grande réincarnation. La souveraineté est devenue un argument de taille de nature à s'opposer au libéralisme et au mondialisme. Traduisant par une plus grande autonomie de l'État, cette notion a une dimension patriotique. Cela étant, force est de constater qu'elle est aujourd'hui utilisée dans toutes les situations, parfois même de manière abusive. Son sens original a été détourné.

¹⁷⁵⁹ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.372

¹⁷⁶⁰ v. Fichte J.G., *Der Geschlossene Handelsstaat*, Tubingen, 1800, reproduit par Gustav Fischer Verlag à Jena, 1920

¹⁷⁶¹ Friedman T., *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2005

Comme certains auteurs l'ont déjà remarqué, la notion de « souveraineté » est employée comme « le nouvel avatar d'un protectionnisme envieux »¹⁷⁶².

585. En effet, « nationalisme », « souveraineté », « protectionnisme », tout comme « libéralisme » et « mondialisme », sont des théories qui coexistent généralement pendant une même période. Ces théories se reflètent dans le droit interne et le droit international, et elles influencent également des domaines sensibles tels que les investissements étrangers. La valeur d'« autodétermination » contenue dans le terme de « souveraineté » traduit l'idée selon laquelle l'État décide du régime politique, sociale et juridique applicable selon le principe de majorité¹⁷⁶³, en l'absence d'intervention de tout autre États. Le pouvoir de contrôle des investissements étrangers par l'État est doté par la théorie de la souveraineté et trouve son origine dans la doctrine Calvo. « Chaque État, en tant qu'il est souverain a le droit d'admettre qui bon lui semble sur son territoire »¹⁷⁶⁴, et « [a]ucun État n'est tenu d'admettre sur son territoire des ressortissants de pays étrangers »¹⁷⁶⁵. Il est donc généralement admis, en vertu du droit international coutumier, qu'un État souverain dispose de la compétence pour promouvoir ou attirer les types d'investissements étrangers qu'il souhaite, ainsi que pour filtrer, restreindre et réglementer les investissements qu'il désire ou non sur son territoire¹⁷⁶⁶, en fonction des conditions qu'il établit pour autoriser ces investissements¹⁷⁶⁷. Ce droit a été également confirmé en droit international public par l'article 2, paragraphe 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1974.

586. Les pays en développement utilisent leur pouvoir normatif afin d'établir des codes d'investissement étranger et de maintenir un certain niveau du contrôle. Le Centre de politique

¹⁷⁶² Azihari F., « Souveraineté numérique : le nouvel avatar d'un protectionnisme envieux », *La Tribune*, le 11 septembre 2020

¹⁷⁶³ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p.27-28

¹⁷⁶⁴ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 524

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶⁶ Il convient de rappeler que les entreprises multinationales ont pu exercer leur influence pour favoriser la concurrence entre les États pendant l'apogée du libéralisme. Cette concurrence a été initialement stimulée par la politique néolibérale adoptée et promue par l'ancien président des États-Unis, Ronald Reagan, et l'ancienne Première ministre du Royaume-Uni, Margaret Thatcher. Sous cette idéologie devenue dominante, la compétition entre les États se manifeste par le biais d'institutions internationales qui publient des rapports évaluant les politiques des États en termes de favoriser ou non les investisseurs étrangers, incitant ainsi les États à réduire les impôts ou à accorder des subventions pour attirer les investisseurs étrangers. Bien que la politique néolibérale soit aujourd'hui critiquée, ses effets persistent, comme en témoigne la subvention de 1,14 milliard d'euros accordée par l'Allemagne à Tesla pour la construction d'une usine en Allemagne, ainsi que les 659 millions d'euros de subventions européennes allouées à l'usine de batteries Verkor à Dunkerque.

v. également : Raynouard A., « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *D.*, n°44, le 23 décembre 2010, p.2928-2932 ; Raynouard A., « La contestation des indicateurs Doing Business : un positionnement politique », *LPA*, n°182, PA200918201, le 11 septembre 2009, p.3-4

¹⁷⁶⁷ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.637

d'investissement¹⁷⁶⁸ développé par la CNUDCI met en ligne les lois internes relatives aux investissements étrangers de plus de 186 pays et régions. En examinant les États concernés, on remarque que pratiquement tous les pays en développement ont établi un code d'investissement ou une loi d'investissement dédiée. Par exemple, on trouve la loi d'investissement de l'Afghanistan de 2005, l'acte sur l'investissement étranger de l'Albanie de 2016, la loi sur l'investissement en Argentine de 1993, ainsi que la loi sur l'investissement étranger de la Chine de 2019. Ces initiatives législatives démontrent leur volonté de développer une politique souveraine dans le cadre du contrôle des investissements étrangers par ces pays.

587. En revanche, les pays développés n'ont souvent pas de lois spécifiquement dédiées aux investissements étrangers, car ils sont eux-mêmes exportateurs d'investissements. Leurs contrôles sur les investissements étrangers sont donc souvent limités à certains domaines et à certains types d'opérations de concentration. Par exemple, en Australie, au lieu d'avoir un code d'investissement étranger général, un contrôle est établi par le biais de l'Acte sur l'acquisition et la prise de contrôle de 1975, ainsi que de sa régulation de 2015. En Europe, la France a édicté le Code monétaire et financier, qui consacre certains articles aux contrôles sur les investissements étrangers. En Allemagne, le contrôle est régi par le Règlement sur le commerce extérieur et les paiements. Au Royaume-Uni, ces règles sont apparues de manière dispersée dans l'Acte d'industrie, l'Acte d'entreprise et ses amendements du 2002 et 2018, et enfin la loi *National Security and Investment Act 2021*, entrée en vigueur en janvier 2022. Quant aux États-Unis, le contrôle est exercé en vertu de l'article 721 de l'Acte de défense de la production et de la célèbre loi sur la modernisation de l'examen des risques liés aux investissements étrangers, ou FIRRMA.

588. D'un côté, les pays occidentaux ne ferment pas entièrement les portes à la théorie du libéralisme. Cependant, il est intéressant de noter qu'ils ont de plus en plus tendance à appliquer un régime de contrôle concernant les investissements étrangers dans certains secteurs « clés » de l'industrie. Tel est notamment le cas dans les domaines de l'énergie, des télécommunications, de la technologie, des médias et de l'agriculture, où les investissements étrangers sont limités, voire même interdits¹⁷⁶⁹. Les groupes de lobbyistes contribuent également à ce protectionnisme,

¹⁷⁶⁸En anglais : Investment Policy Hub, disponible sur : [en ligne : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>]

Il s'agit d'une base de données des lois sur l'investissement régulièrement mise à jour, qui recense les lois nationales sur l'investissement. Elle offre le texte intégral des lois et propose des outils conviviaux pour rechercher et filtrer les dispositions spécifiques pertinentes pour les investisseurs étrangers.

¹⁷⁶⁹ Alvarez J., « Political Protectionism and US International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon-Florio », *Va.J. Int'l L.*, 1989, vol 30, p.3

en se cachant « derrière les affirmations de souveraineté national pour protéger leurs monopoles de la concurrence étrangère »¹⁷⁷⁰.

§ 2. La puissance de la souveraineté

589. La doctrine de la souveraineté signifie que tous les États souverains sont égaux et ne sont soumis à aucune autre puissance. La participation ou le retrait d'un traité multinational est soumis à la volonté discrétionnaire des États souverains. En conséquence, « les obligations internationales de chaque État sont fonction de son propre engagement »¹⁷⁷¹. Il appartient donc à chaque État de négocier de nouveaux traités, de décider de participer ou non à un traité existant, de les modifier ou de se retirer d'un traité signé.

590. Autrement dit, la souveraineté sert de base au pouvoir normatif d'un pays, à la fois en droit interne et en droit international. Le droit international nécessite une reconnaissance en droit interne (I). De surcroît, le rôle des organisations internationales est loin d'être supranational ; au contraire, l'importance de leurs rôles dépend du soutien des pays souverains (II).

I. Le pouvoir relatif à la création des normes internationales

591. Il est considéré que « [s]i les États ont engendré le droit international, le droit international à son tour a fait naître les États »¹⁷⁷², car « il appartient au droit international, à défaut de « créer » l'État, d'en définir les critères et les compétences »¹⁷⁷³. Toutefois, le pouvoir des États souverains de s'engager ou non aux traités internationaux signifie qu'« ils sont librement consentis et nul n'est tenu de les accepter » sous le principe *pacta sunt servanda*¹⁷⁷⁴(A). Au sein d'une communauté internationale composée d'États, les principes et les règles en droit international ont été discutés et créés, démontrant la « relativité du droit international »¹⁷⁷⁵ par rapport au droit national (B).

¹⁷⁷⁰ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p.24

¹⁷⁷¹ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, *op.cit.*, p.79

¹⁷⁷² Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.7

¹⁷⁷³ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p.589

¹⁷⁷⁴ Sur S., « A quoi sert le droit international ? », *Vie publique*, le 4 juillet 2019[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/38777-quoi-sert-le-droit-international>][consulté le 17 mai 2023]

¹⁷⁷⁵ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, *op.cit.*, p.78

A. La reconnaissance du droit international

592. Il est considéré que l'existence du droit international est venue de la reconnaissance par les États¹⁷⁷⁶. Plus précisément, « la structurelle actuelle de la société internationale »¹⁷⁷⁷ réside dans « la volonté concertée des États »¹⁷⁷⁸. Comme indiqué par le Professeur Lejbowicz, il importe donc « qu'une face du droit international s'accorde à – ou même s'intègre dans – son droit interne pour qu'il puisse l'accepter »¹⁷⁷⁹. En effet, « [u]n État est déjà constitué juridiquement afin que, par ce droit interne qui l'institue, il puisse proposer de tenir un engagement sur la scène internationale et il ne peut anéantir son droit interne sous prétexte d'honorer le traité qu'il a signé »¹⁷⁸⁰.

593. L'entrée en vigueur d'un traité international est considérée comme « une opération aux aspects multiples »¹⁷⁸¹. En effet, la conclusion d'un traité est « un attribut de la souveraineté en même temps de son exercice »¹⁷⁸². Le « libre consentement »¹⁷⁸³ basé sur « l'égalité entre États souverains »¹⁷⁸⁴ démontre que « le droit international est le fruit de leur dialectique »¹⁷⁸⁵. Dans la phase de la négociation, « les parties à un traité expriment individuellement et séparément leur consentement »¹⁷⁸⁶. Par la suite de la conclusion d'un traité, le traité signé est soumis à la procédure de ratification en droit interne¹⁷⁸⁷. Dans l'histoire, l'échec du traité de Versailles en 1919 est dû au refus du Sénat des États-Unis de le ratifier. En matière du droit international des investissements, la Russie et la Thaïlande ont signé la Convention de Washington du 1965, mais l'ont pas ratifiée. À part ces pays, certains autres ne sont même pas signataires de la convention CIRDI susmentionnée. Par exemple, ni le Brésil ni l'Afrique du Sud ne figurent sur la liste des pays signataires de la Convention de Washington¹⁷⁸⁸. Effectivement, les cours brésiliennes considèrent que les traités d'investissement incluant la clause de règlement des différends, telle que celle prévue par la Convention de Washington, sont invalides

¹⁷⁷⁶ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009, *op.cit.*, p.100

¹⁷⁷⁷ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p.517

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.29

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*

¹⁷⁸¹ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p.165

¹⁷⁸² *Ibid.*

¹⁷⁸³ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, *op.cit.*, p.77

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 2022, *op.cit.*, p.181

¹⁷⁸⁸ La liste des États contractants et signataires de la Convention [en ligne : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/2021_Sep.ICSID.FRE.pdf] [consulté le 9 octobre 2021]

constitutionnellement¹⁷⁸⁹. Au contraire, le Brésil propose son propre modèle de traité d'investissement dénommé « *Cooperation and Facilitation Investment Agreements*(CFIAs) », excluant la disposition du mécanisme de RDIE¹⁷⁹⁰. Ce nouveau modèle brésilien met l'accent sur la promotion et la facilitation des investissements, la prévention des différends et les alternatives qui se distinguent des dispositions pro-libérales lockéennes vers la protection des investissements et du mécanisme du RDIE¹⁷⁹¹. Ainsi, ce nouveau modèle des traités développé par le Brésil est perçu comme favorisant les pays d'accueil au lieu du traité traditionnelle qui ne favorise que les investisseurs¹⁷⁹². Il signifie un retour à la confirmation de la souveraineté. En effet, les quatre traités qui ont été conclus par le Brésil avec le Chili, l'Éthiopie, la Guyane et le Surinam ont tous exclu le régime de RDIE¹⁷⁹³. En conclusion, « l'engagement de l'État est toujours à l'origine des règles et des actes »¹⁷⁹⁴ en matière du droit international.

594. « L'engagement doit être imputable à l'État »¹⁷⁹⁵, raison pour laquelle diverses conventions sous forme bilatérales, régionales ou multilatérales, voir le coutumier international, peuvent coexister sur le même sujet. En matière de droit international de l'investissement, environ 3000 traités bilatéraux sont basés sur différents modèles et bénéficient de différentes définitions sur des sujets assez similaires¹⁷⁹⁶. Bien que ces traités d'investissement aient une apparence similaire, ils se révèlent en réalité hétérogènes, chaque pays traduisant le traité international dans l'ordre interne selon ses intérêts propres. Comme indiqué par le professeur Kolb, « à défaut d'exécutif centralisé, chaque État apprécie pour lui-même les rapports juridiques auxquels il est parti et détermine les droits et obligations qui sont les siens »¹⁷⁹⁷. Lorsque les normes internationales sont créées selon l'intérêt propre du pays, ce dernier « use de la reconnaissance ou de la protestation pour créer des opposabilités ou pour des récuser, interprète lui-même ses engagements et enfin les exécute selon des modalités librement à effet relatif »¹⁷⁹⁸. Plus précisément, « [c]haque unité est seule gardienne de ses propres intérêts

¹⁷⁸⁹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.4

¹⁷⁹⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, p. 107

¹⁷⁹¹ UNCTAD, *World Investment Report 2016*, p. 101

¹⁷⁹² Moreira N. C., « Cooperation and Facilitation Investment Agreements in Brazil: The Path for Host State Development », *Kluwer Arbitration Blog*, le 13 septembre 2018 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/13/cooperation-and-facilitation-investment-agreements-in-brazil-the-path-for-host-state-development/>] [consulté le 11 octobre 2021]

¹⁷⁹³ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, p. 108

¹⁷⁹⁴ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, *op.cit.*, p.79

¹⁷⁹⁵ *Id.*, p.79

¹⁷⁹⁶ Chen R.C., « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », *op.cit.*, p.48

¹⁷⁹⁷ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p. 87

¹⁷⁹⁸ *Id.*, p. 121

qu'elle véhicule à travers des normes juridiques librement agréées »¹⁷⁹⁹. En conséquence, le droit international reste encore largement tributaire de la volonté des États souverains. La tendance actuelle de retour à la souveraineté a renforcé la fragilité¹⁸⁰⁰ du droit international.

B. La relativité du droit international

595. Le caractère absolu de la « souveraineté » a également abouti à la « relativité du droit international »¹⁸⁰¹, qui se manifeste par son effectivité limitée et sa fragmentation.

596. Sur le plan juridique, certaines écoles, dont le positivisme juridique classique, considèrent que le droit international manque d'effectivité. Selon Austin et Bentham, la conception du droit repose sur l'idée de commandements ou d'impératifs¹⁸⁰². Ainsi, pour garantir un régime juridique effectif, il est estimé qu'il doit exister des organes supérieurs aux États. En l'absence de ces organes supra-étatiques, ils affirmaient qu'il n'y a « pas de droit international sans organes supérieurs aux États »¹⁸⁰³. Dans l'ordre juridique national, une organisation dotée de pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire établit les règles, résout les différends et applique des sanctions. En conséquence, le droit interne est réalisé au sein d'une « société institutionnalisée »¹⁸⁰⁴, « dotée d'une organisation juridique supérieure aux individus et distincte d'eux »¹⁸⁰⁵. Cependant, une organisation supra-étatique au niveau international est considérée comme « incompatible avec la souveraineté de l'État »¹⁸⁰⁶, empêchant sa création. En l'absence de commandement, les normes internationales élaborées par les États ne constituent pas des « mécanismes répressifs dans la sphère internationale »¹⁸⁰⁷ et ne sont que de la « moralité positive »¹⁸⁰⁸. Par la suite, Hans Kelsen, considéré comme un positiviste juridique moderne, a au contraire confirmé l'existence du droit international. Il a soutenu que « [l]a validité du droit international est de même nature que celle du droit interne des États, puisque les règles de droit international par lesquelles s'exprime cette validité, révèlent la même structure que celles du droit interne »¹⁸⁰⁹. Il a toutefois précisé que l'ordre juridique

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*

¹⁸⁰¹ Combacau J., Sur S., *Droit international public, op.cit.*, p.78

¹⁸⁰² Wacks R., *Understanding jurisprudence – An introduction to legal theory*, 3ème édition, New York, Oxford University Press, 2012, p.64

¹⁸⁰³ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public, 2022, op.cit.*, p.122

¹⁸⁰⁴ *Ibid.*

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*

¹⁸⁰⁷ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public, 2009, op.cit.*, p.102

¹⁸⁰⁸ Wacks R., *Understanding jurisprudence – An introduction to legal theory, op.cit.*, p.65

¹⁸⁰⁹ Herrera C., « La théorie du droit international de Hans Kelsen et ses évolutions » dans *Le droit international selon Hans Kelsen*, Ninon Grangé, Frédéric Ramel(dirs.), ENS Éditions, Lyon, 2018, p.23-24

international est un système primitif qui manque de nombreuses institutions, en particulier pour l'application des sanctions¹⁸¹⁰.

597. Le droit international public désigne la discipline juridique qui traite des relations entre les pays. Toutefois, le « droit public », au sens du droit interne, concerne le droit qui traite l'intérêt collectif, par opposition aux relations entre les personnes privées, lesquelles sont traitées par le droit privé. Cette dénomination ne peut dissimuler que le droit international « ne règle aucune institution de nature supra-étatique qui serait l'objet du consentement de toutes les nations exprimant le point de vue du genre humain en son entier, ni l'objet d'une constitution universelle fondatrice »¹⁸¹¹. La société internationale « reste anarchique et réfractaire à la notion moderne du droit « étatique » »¹⁸¹². Enfin, « [e]n l'absence d'organes communs suffisamment nombreux et revêtus de compétences suffisamment contraignantes, c'est aux États *uti singuli* qui revient la tâche de réaliser les valeurs communautaires »¹⁸¹³. Dans ce cadre, « [l]e « commun » est ramené au crible de l'unilatéral, avec son cortège inévitable de la subjectivité des appréciations »¹⁸¹⁴. En conséquence, Professeur Kolb conclut sur ce point que :

« le droit international se présente comme type de droit privé : l'État n'est pas considéré en tant que détenteur d'une fonction publique reliée à un bien commun lui étant extérieur, mais plutôt comme personne dotée d'autonomie privée qui décide en tant que *dominus negotii* ce qu'elle veut faire pour défendre au mieux ses intérêts propres. L'*utilitas singularum* prévaut nettement sur toute *utilitas publica*. »¹⁸¹⁵

598. Malgré le manque d'effectivité du droit international, son importance est mise en évidence par Hans Kelsen :

« Le but primitif du droit international, sa fonction primaire est de délimiter les domaines de validité territoriale, personnelle, temporelle et matérielle des ordres juridiques nationaux et ainsi d'établir entre eux un rapport de coordination. Une telle fonction ne peut être remplie que par le droit international et non par un ordre juridique national dont la validité est limitée à un territoire déterminé et à la population qui y réside. De même, la création et l'application des normes du droit international et non

¹⁸¹⁰ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009, *op.cit.*, p.99

¹⁸¹¹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.25

¹⁸¹² Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p. 6

¹⁸¹³ *Id.*, p. 125

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.121

par le droit national dans la mesure où ce droit national est conçu comme le droit d'un seul État, comme un ordre juridique dont la validité est limitée à un territoire déterminé et à la population qui y réside »¹⁸¹⁶.

599. Il résulte de ce qui précède que « les États ne peuvent vivre en autarcie », et qu'il faut « nouer des rapports les uns avec les autres »¹⁸¹⁷. Dans ce cadre, il est considéré que « la souveraineté n'implique nullement que l'État peut s'affranchir des règles du droit international »¹⁸¹⁸. Toutefois, la relation entre l'État et la communauté internationale évolue de manière constante. En effet, lorsque l'État affirme sa toute-puissance, le droit international est plus en retrait. Réciproquement, lorsque la souveraineté s'efface, le droit international se trouve renforcé. Au niveau du droit international, il existe « la coexistence et la collision de multiples souverainetés parallèles »¹⁸¹⁹. La théorie de la souveraineté a créé par sa nature, la plus grande distinction selon Weber, entre le droit interne et le droit international : l'ordre de droit à l'État et l'ordre de convention¹⁸²⁰. Le droit interne est « droit contraint, fondé sur un ordre objectif »¹⁸²¹. Il est « organisé et discipliné juridiquement »¹⁸²², avec une hiérarchie claire et déterminée. Le droit interne est l'ordre de droit à l'État, résultat de la « souveraineté » interne de chaque État. Sur la scène internationale, les souverains doivent conclure et s'accorder sur un pied d'égalité¹⁸²³. Il est donc considéré par certains juristes que « [l]a société internationale est une société contractuelle, sans loi »¹⁸²⁴. Une telle relation contractuelle étatique, en l'absence d'un d'ordre juridique, signifie que le droit international est loin d'être harmonisé et développé comme l'est le droit interne. En particulier, la fragmentation et le manque concordance¹⁸²⁵ sont

¹⁸¹⁶ Kelsen H., « Théorie du droit international public », *RCADI*, vol. 84, 1953-III, p.112-113, 116-117

¹⁸¹⁷ Sur S., « A quoi sert le droit international ? », *Vie publique*, le 4 juillet 2019 [en ligne : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/38777-quoi-sert-le-droit-international>] [consulté le 17 mai 2023]

¹⁸¹⁸ Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 2009, *op.cit.*, p.467

¹⁸¹⁹ Pescatore P., « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême...coalisable, partageable, divisible, intégrable... responsable ? Justiciable ? », dans *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Puissochet J-P (dir.), Paris, Pedone, 2008, p.234

¹⁸²⁰ Weber M., *Sociologie du droit*, Introduction et traduction de Jacques Grosclaude, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p.17

¹⁸²¹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.22

¹⁸²² Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.5

¹⁸²³ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p.19

¹⁸²⁴ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.55

¹⁸²⁵ v. également Leben C., « La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Remarques introductives de l'internationaliste publiciste », dans *La fragmentation du droit applicables aux relations internationales*, Jean-Sylvestre Bergé, Mathias Forteau, Marie-Laure Niboyet, Jean-Marc Thouvenin(dirs), Paris, Pedone, 2011 ; Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, 580 P., Thèse en droit : Université Paris-Dauphine et Université Autonome de Madrid, 2016, Chapitre préliminaire, Section 1, Paragr. 1 La fragmentation des systèmes juridiques ; Nations Unies, Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, UN doc. A/CN.4/L.702, 18 juillet 2006

des écueils difficilement évitables en droit international. Selon certain, le droit international est « un droit inchoatif, inachevé, un droit en train de devenir du droit, un pré-droit »¹⁸²⁶, « [l]es sociétés internationales¹⁸²⁷ conjurent leurs divisions en multipliant divergences et alliances autant de fois que cela paraît bon et salutaire aux États qui les composent »¹⁸²⁸.

600. Il est donc décrit par Sir Alfred Eckhard Zimmern, un historien et politologue anglais spécialisé dans les relations internationales :

« Le droit international en fait est une loi sans constitution (...). Non connecté à une société, il ne peut pas s'adapter à ses besoins (...). Il n'y a en effet, quels que soient les noms utilisés dans les livres, aucun système de droit international (...). Ce que l'on trouve dans les traités est simplement un ensemble de règles qui, examinées de près, semblent avoir été jetées ensemble ou avoir été accumulées, presque au hasard. Beaucoup d'entre eux semblent être mieux décrits comme des matériaux pour un livre d'étiquette pour la conduite des souverains et de leurs représentants que comme des éléments d'un véritable système juridique »¹⁸²⁹.

601. Autre conséquence de la puissance de la souveraineté, les accords à l'échelle universelle sont difficiles à réaliser dans un contexte où plus de deux cents États souverains ont chacun à défendre leur intérêt national¹⁸³⁰. On peut prendre l'exemple de l'interruption du cycle de Doha dans le cadre des négociations de l'OMC, ainsi que des échecs de multiples tentatives de négociation de traités multilatéraux d'investissement. En effet, l'OCDE a envisagé la conclusion d'un accord multilatéral sur l'investissement (ci-après AMI, ou *Multilateral Agreement on Investment* en anglais) en 1995, similaire à GATT en matière de commerce international. Toutefois, l'effort réalisé s'est heurté à de violentes oppositions avant d'être

¹⁸²⁶ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p.16

¹⁸²⁷ L'explication du Professeur Mayall sur la société internationale est la suivante : « The original conception of international society has survived into the modern world with its basic structure intact. It is a conception of a society of states which recognize each other's sovereignty, engage in regular diplomatic relations with one another and uphold international law. The theoretical alternative to this scheme have not materialized. These are some form of world empire or dominion, or the evolution of political arrangements designed with reference to a community of mankind, rather than separate national communities. », dans Mayall J., *Nationalism and International Society, op.cit.*, p.145

¹⁸²⁸ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, Presses Universitaires de France, 1999, p.55

¹⁸²⁹ Zimmern A., *The League of nations and the Rule of Law (1918-1935)*, Londres, Macmillan, 1936, p.98

Texte original: « International law in fact is a law without constitution (...). Un connected with a society, it cannot adjust itself to its needs (...). There is in fact, whatever the names used in the books no system of international law (...). What is to be found in the treatises is simply a collection of rules which, when looked at closely, appear to have been thrown together or to have been accumulated, almost at haphazard. Many of them would seem to be more appropriately described as materials for an etiquette book for the conduct of sovereigns and their representatives than as elements of a true legal system. »

¹⁸³⁰ Kolb R., *Théorie du droit international, op.cit.*, p.86

abandonné en 1998. Une des raisons de cet abandon réside dans le fait que les États développés ne sont pas parvenus à un accord entre eux¹⁸³¹. Le Canada a eu des craintes quant à la domination américaine sur l'industrie canadienne¹⁸³². La France s'est montrée hésitante en raison du risque pour les sociétés de divertissement américain (industrie cinématographique) de porter atteinte aux valeurs culturelles françaises¹⁸³³. Pour les États-Unis, les inquiétudes concernaient les acquisitions effectuées par les Japonais dans les biens immobiliers et l'industrie automobile, créant une certaine défiance à l'égard du libéralisme¹⁸³⁴. Selon le Professeur Juillard, une telle difficulté à se mettre d'accord dans la société internationale démontre que « même lorsqu'il y a convergence sur des valeurs fondatrices, comme le respect de la propriété, cela ne signifie nullement que les États membres soient d'accord sur le degré de la protection qu'il faut lui accorder, ni sur l'équilibre que, ce faisant, il y a lieu de ménager entre intérêts privés et intérêt public »¹⁸³⁵. Dans ce cadre, l'AMI est considéré comme « une tentative malchanceuse »¹⁸³⁶. En effet, ses règles ont été préparées par des États qui souhaitent établir un régime qui s'« applique à d'autres, mais pas à eux-mêmes ».¹⁸³⁷ D'autres tentatives ont été effectuées, par exemple, sous le régime de l'OMC, l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC) a été négocié pendant le cycle d'Uruguay afin d'établir un instrument dans le domaine des investissements étrangers. Toutefois, les pays négociateurs n'ont pas pu s'accorder sur un tel instrument. Selon le Professeur Carreaux, il n'est pas encore temps de conclure une convention multilatérale qui inclut les principes généraux en matière d'investissement international quasi-universel comme GATT¹⁸³⁸.

602. En conséquence, « [l]a société internationale est pour soi, en fait, une société contre l'État. Le sens de l'expression pour soi contre l'État signifie que le droit international, loin de favoriser la formation supra-étatique d'un État mondial, renforce l'indépendance des États »¹⁸³⁹. Cette puissance absolue des États dans leur souveraineté éloigne la perspective d'un « droit uniforme susceptible d'unifier l'humanité, un droit des gens englobant et fondateur »¹⁸⁴⁰. En réalité, un tel droit affaiblit la capacité des États à exercer pleinement leur pouvoir de contrôle

¹⁸³¹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.99

¹⁸³² *Id.*, p.90

¹⁸³³ *Ibid.*

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ Juillard P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol 250, 1994-VI, p. 93

¹⁸³⁶ *Ibid.*

¹⁸³⁷ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p.51

¹⁸³⁸ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 267

¹⁸³⁹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.6

¹⁸⁴⁰ *Id.*, p.28

sur leur population. Le professeur Kolb explique que le droit international, « perché sur la souveraineté, (...), ne pourra jamais être essentiellement autre »¹⁸⁴¹ ; « [I]es peuples ne peuvent pas d'un côté chérir jusqu'à l'absurde parfois leur souveraineté et leur indépendance, en abhorrant toute injonction venant du « dehors » et les privant de leur autonomie égoïste, et déplorer l'état anarchique dans lequel ploie le monde avec dans son cortège la relative faiblesse du phénomène juridique »¹⁸⁴².

603. En conséquence, le caractère fragmentaire des règles du droit international est un résultat naturel basé sur un système étatique constitué sur la notion de souveraineté. Face à cela, nous sommes confrontés à deux choix. D'un côté, en affirmant la souveraineté, il est difficile d'envisager un développement profond du droit international¹⁸⁴³. D'un autre côté, en créant un ordre supranational, l'indépendance de l'État se trouve réduite en faveur du transfert de pouvoir vers ce nouveau régime¹⁸⁴⁴. L'Union européenne a longtemps été considérée comme un exemple réussi d'organisation ayant atteint un degré significatif de transfert des pouvoirs étatiques. Toutefois, le Royaume-Uni a toujours gardé ses distances vis-à-vis de l'UE¹⁸⁴⁵, comme en témoigne son récent retrait. Des conflits d'intérêts intercommunautaires peuvent également être observés dans des domaines tels que l'agriculture, la vaccination contre la Covid-19 ou encore l'aéronautique. Malgré une éventuelle solidarité entre les États due à leur proximité géographique, l'intérêt national reste un enjeu majeur. En effet, « plus l'ordre social est menacé et avec plus force le peuple se range derrière la nation pour la défendre »¹⁸⁴⁶. De même, « [d]ans la société internationale, plus les enjeux sont importants, comme le maintien de la paix, et plus la solidarité se dérobe pour refluer vers le foyer traditionnel qu'est l'État »¹⁸⁴⁷.

604. Outre la relation « yin » et « yang » dans une perspective taoïste entre les États et la communauté internationale, la souveraineté crée une autre difficulté pour le droit international, à savoir la fragmentation. Cette fragmentation survient techniquement en raison de la multiplicité des régimes juridiques et des institutions¹⁸⁴⁸, créant un chevauchement excessif entre les juridictions¹⁸⁴⁹. En effet, les États échangent et négocient entre eux pour parvenir à des

¹⁸⁴¹ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.89

¹⁸⁴² *Ibid.*

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.385

¹⁸⁴⁶ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.130

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*

¹⁸⁴⁸ Megiddo T., « Beyond Fragmentation : On International Law's Integrationist Forces », *Yale J. Int. Law.*, vol.44, n°1, hiver 2019, p.115

¹⁸⁴⁹ *Id.*, p.119

accords sur des sujets collectifs à l'échelle internationale. Ces sujets collectifs « régissent presque tous les aspects de « la vie, l'univers et tout » »¹⁸⁵⁰, « puisqu'il n'est plus aucune branche de l'activité sociale qui ne présente quelques attaches internationales, nécessitant à ce titre une réglementation juridique internationale »¹⁸⁵¹. Toutefois, en droit international, ces sujets interviennent dans des domaines juridiques distincts¹⁸⁵², conduisant à l'« éclatement du droit international en une multitude d'îlots juridiques déconnectés »¹⁸⁵³. Le phénomène peut d'ailleurs entraîner des difficultés d'articulation entre les normes : les pays souverains sont susceptibles de se retrouver devant un dilemme lorsque deux sources du droit international sont contradictoires, et peuvent être amenés à enfreindre les obligations d'un régime pour en respecter un autre¹⁸⁵⁴.

605. En matière du droit international de l'investissement, les trois mille TBI sont « similaires dans leur contenu mais néanmoins formellement distincts »¹⁸⁵⁵, ce qui contribue au phénomène de fragmentation en l'absence d'un traité multilatéral d'échelle mondiale similaire au GATT pour les principes généraux. Les sentences rendues par les arbitres sont « incohérentes avec des faits similaires »¹⁸⁵⁶, car chaque tribunal est constitué pour résoudre un seul différend, et il n'y a pas de mécanisme d'appel à la décision pour vérifier l'exactitude et la cohérence¹⁸⁵⁷. Il est donc considéré que « le droit substantiel que les tribunaux façonnent à travers les précédents est fragmenté »¹⁸⁵⁸. Ainsi, la bataille sur la détermination de la « primauté »¹⁸⁵⁹ entre le droit européen et les TBI signés entre les membres de l'Union européenne est une autre illustration de la fragmentation et du manque de coordination entre différentes sources du droit international¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁰ Vadi V., « International Law and Its Histories: Methodological Risks and Opportunities », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°2, printemps 2017, p.317

¹⁸⁵¹ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.60

¹⁸⁵² Carreau D. et Marrella F., *Droit international*, 11e éd., Paris, Pedone, 2012, p.67

¹⁸⁵³ Megiddo T., « Beyond Fragmentation: On International Law's Integrationist Forces », *op.cit.*, p.116

Texte original : « the breakup of international law into a multitude of disconnected legal islands »

¹⁸⁵⁴ *Id.*, p.116

v. Le conflit des engagements internationaux entre TBI et le droit de concurrence européen pour Roumanie : *CJUE*, 25 janvier 2022, *aff. C-638/19, Commission européenne c/ European Food SA e.a.*

¹⁸⁵⁵ Chen R.C., « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », *op.cit.*, p.48

¹⁸⁵⁶ Somarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.414

¹⁸⁵⁷ Chen R.C., « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », *op.cit.*, p.47

Texte original: « each tribunal is constituted to resolve a single dispute, and there is no appellate mechanism to police decisions for correctness and coherence »

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*

¹⁸⁵⁹ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 143, paragr.438 ; v. également Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.594

¹⁸⁶⁰ v. Partie II, Titre I, Chapitre II

606. Au demeurant, la nouvelle tendance de conclure des traités de libre échanges mégarégionaux a renforcé la fragmentation en la matière. En effet, une grande partie des TBI ont été signés avant les années 1990, période pendant laquelle le conflit entre la protection de l'environnement et le libéralisme n'avait pas encore attiré l'attention du public ¹⁸⁶¹. Pour réformer le régime actuel et moderniser un tel grand réseau de TBI, la négociation des traités régionaux est perçue comme une option importante afin de « rationaliser le régime et créer un ensemble de politiques d'investissement plus cohérent, gérable et axé sur le développement »¹⁸⁶². Toutefois, ces traités mégarégionaux entrent en concurrence car les pays signataires sont, la plupart du temps, identiques¹⁸⁶³. Cette méthode technique peut générer de nouvelles difficultés avec une « multiplication des couches de traités »¹⁸⁶⁴, entraînant le chevauchement des champs et l'incohérence entre différentes générations de traités¹⁸⁶⁵. Au surplus, les États participants de la plupart de ces accords régionaux ne tendent pas vers l'élimination progressive des anciens TBI, ce qui engendrera des difficultés concernant l'articulation entre les deux systèmes¹⁸⁶⁶. Outre des chevauchements entre ces traités mégarégionaux et les TBI qui sont encore en cours de validation, la CNUDCI a également signalé le même problème entre différents instruments multilatéraux. Par exemple, la Code de la libération de l'OCDE a 38 pays adhérant, dont 12 sont des membres du G20¹⁸⁶⁷. Cet instrument multilatéral a pour objet la libération des mouvements de capitaux et la libération des opérations invisibles courantes¹⁸⁶⁸. Le Code a été ouvert à l'adhésion par des non-membres de l'OCDE en 2011¹⁸⁶⁹. En même temps, parmi les 34 pays membre d'OCDE, 22 se sont engagés à travers le traité de PTCEI, 7 sont membres du TPP, et 4 ont rejoint le RCEP¹⁸⁷⁰. Ces chevauchements et incohérences entre les différents instruments plurilatéraux pourraient donner lieu à des problèmes de « parasitisme »¹⁸⁷¹ entre les États et augmenteront évidemment la fragmentation du droit international¹⁸⁷².

¹⁸⁶¹ UNCTAD, World Investment Report 2013, p. 107

¹⁸⁶² UNCTAD, World Investment Report 2013, p. 105

¹⁸⁶³ i.e.: RECP et PTPGP

¹⁸⁶⁴ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 131-132.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and of Current Invisible Operations [en ligne: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/codes.htm>] [consulté le 7 octobre 2021]

¹⁸⁶⁸ Codes de l'OCDE de la libération Guide de référence, p. 6

¹⁸⁶⁹ *Id.*, p. 5

¹⁸⁷⁰ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 123

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

¹⁸⁷² UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 131-132

607. En conclusion, la prolifération des traités de libre-échange méga-régionaux démontre la volonté des États de créer les nouvelles normes internationales. Toutefois, cette multiplication des normes internationales accentue la tendance à la fragmentation du droit international.

II. Le pouvoir limité de l'organisation internationale

608. Dans l'histoire, l'un des objectifs du droit international a été de « limiter les pouvoirs d'action unilatérale des États, surtout dans ses expressions recourant à la force (la projection « agressive » de la souveraineté) »¹⁸⁷³. Dans cette perspective, des organisations internationales ont été créées. Toutefois, les tentations de doter ces organisations internationales de pouvoirs réels « sont constamment déjoués par ces mêmes États qui se prévalent bruyamment des valeurs fondamentales, parce qu'ils craignent d'abdiquer des attributs de souveraineté »¹⁸⁷⁴. En effet, les organisations internationales ne disposent pas des caractéristiques de l'État. Elles « tirent leur origine et leurs compétences de traités entre États, et leur qualité de sujet de droit en dérive »¹⁸⁷⁵. À cet égard, elles sont souvent décrites comme n'étant « qu'un centre où se coordonne des efforts entre entités indépendantes et souveraines »¹⁸⁷⁶.

609. Dans ce contexte, nous démontrerons que les organisations internationales ne sont pas dotées du pouvoir normatif, ni d'un pouvoir d'exécution d'une part (A) et que leur influence sur la scène internationale reste encore largement dépendante du soutien des États membres d'autre part (B).

A. L'absence de pouvoir normatif

610. On pourrait imaginer, au premier abord, que l'organisation internationale dispose d'un pouvoir « super-étatique » en raison de sa dimension mondiale et de l'importance qui lui est octroyée à travers les médias¹⁸⁷⁷. Toutefois, nous allons démontrer qu'il ne s'agit que d'une simple illusion. Selon Madame le Professeur Lejbowicz, les organisations internationales ne servent que des fins étatiques, sans bénéficier d'une réelle autonomie. À cet égard, elle précisait que « l'entité juridique que représente l'organisation internationale est donc issue du vouloir des États »¹⁸⁷⁸ et qu'en l'absence de « la volonté des États et leur aide de tous ordres, les

¹⁸⁷³ Kolb R., *Théorie du droit international*, op.cit., p.127

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ Combacau J., Sur S., *Droit international public*, op.cit., p.79

¹⁸⁷⁶ *Id.*, p.347

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*

¹⁸⁷⁸ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, op.cit., p. 44

organisations internationales ne peuvent fonctionner »¹⁸⁷⁹. Ce raisonnement nous poussera à analyser la situation des organisations internationales au sens général (1) et le cas spécifique de l'Union européenne (2), afin d'en vérifier la véracité.

1) L'organisation internationale

611. Les organisations internationales ont effectivement suscité un certain nombre d'attentes importantes dans le cadre des affaires internationales. Leur rôle ne doit pas être minimisé. Toutefois, est-ce que ces organisations internationales exercent une influence réelle dans la rédaction des normes juridiques ?

612. En pratique, l'organisation internationale la plus puissante sur la scène internationale est sans doute l'Organisation des Nations Unies (ONU). Cela étant dit, malgré son importance, les États membres n'ont pas transféré de compétence aux Nations Unies, tant au niveau normatif qu'exécutif.

613. En matière normative, les « Nations Unies se sont, dans leur écrasante majorité, déclarées opposées à l'idée de conférer à l'Organisation des Nations Unies le pouvoir d'un législateur habilité à promulguer des règles obligatoires de droit international »¹⁸⁸⁰. En effet, le rôle de l'organisation internationale est de mettre à disposition un forum où les parties intéressées (principalement les États membres) se rencontrent pour négocier un instrument juridique sur lequel ils se sont accordés¹⁸⁸¹. L'ONU est alors décrite comme un lieu de discussion, sans qu'elle soit en mesure, en tant que telle, de prendre position pour un État ou un autre¹⁸⁸². En outre, le rôle des organisations internationales réside davantage dans leurs compétences techniques¹⁸⁸³. Les autres organisations internationales, telles que l'Organisation européenne de coopération économique, sont très actives dans la production de lignes directrices, propositions ou encore d'études analytiques¹⁸⁸⁴. Ces études sont décrites comme

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁸⁰ Nations Unies, La commission du droit international et son œuvre, 7^{ème} édition, volume I, 2009, p.5
v. également « Par voie de conséquence, ils ont également rejeté les propositions tendant à reconnaître à l'Assemblée générale la faculté d'imposer aux États certaines conventions générales par décision de la majorité. Toutefois, l'idée de conférer à l'Assemblée générale des pouvoirs plus limités en l'habilitant à faire des études et des recommandations a recueilli un large appui. »

¹⁸⁸¹ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p. 30

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

« compilation d'informations » afin de ne pas empiéter sur la compétence des États souverains¹⁸⁸⁵.

614. En matière de pouvoir exécutif, Monsieur le Professeur Kolb a fait une intéressante comparaison entre les Nations Unies et l'administration fédérale d'un État sur laquelle nous proposons de revenir¹⁸⁸⁶. Les Nations Unies se distinguent d'une administration étatique en ce qu'elle ne dispose ni de pouvoir exécutif, ni de pouvoir de décision¹⁸⁸⁷. Cependant, la fonction d'une organisation internationale d'effectuer des études et recherches afin de proposer des résolutions a été correctement exécutée. En effet, de nos jours, il existe « la projection imaginaire de missions »¹⁸⁸⁸ qui n'appartient pas à ces organisations internationales. En résumé, « chaque ordre social et juridique doit être examiné dans le contexte des paramètres lui étant propres »¹⁸⁸⁹, et « [o]n ne saurait lui demander de remplir des fonctions pour lesquelles il n'est pas armé et que les membres du corps social ne veulent même pas le voir remplir »¹⁸⁹⁰.

615. L'organisation internationale contribue-t-elle à l'avènement d'une communauté internationale harmonisée ? La réponse n'est pas si évidente. On pourrait être tentés de répondre par la positive, tant on dénombre des propositions qui ont pu se concrétiser via des accords internationaux. Mais d'un autre côté, le droit international reste attaché au système étatique et à la souveraineté. Le principe d'égalité, en lien avec la notion souveraineté, implique qu'aucun État ne puisse décider pour un autre État, et que « chaque État définit pour lui-même et pour lui seul son engagement dans un traité »¹⁸⁹¹. Prenons l'exemple du Royaume-Uni, qui, même avant son Brexit, applique plusieurs « *opt-out* » ou option de retrait sur divers sujets sur lesquels l'Union européenne a pris position. Le plus connu d'entre eux est l'agrément de Schengen et l'Union économique et monétaire (la zone euro). Selon Monsieur le Professeur Soorashi, cette approche de la souveraineté montre comment « la vertu encapsulée dans le concept d'unité dans la diversité »¹⁸⁹² :

« Les gens sont libres de s'identifier comme membres d'une communauté en vertu de leur acceptation de certaines valeurs, mais ce qui est souvent plus important que le contenu réel des valeurs est leur acceptation commune d'un processus de contestation

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁸⁶ Kolb R., *Théorie du droit international, op.cit.*, p. 347

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p.24

¹⁸⁹² Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers, op.cit.*, p. 13

de ces valeurs, permettant ainsi aux membres de la même communauté pour mettre l'accent différemment sur le contenu même de la même valeur »¹⁸⁹³.

616. Puis, selon Madame le Professeur Lejbowicz, un tel conflit de valeurs a fait émerger « le plus grand paradoxe de la société internationale, c'est de se fonder sur un principe qui, loin de permettre une intégration dans un même système, renforce l'indépendance, l'autonomie, la recherche des intérêts individuels, c'est-à-dire un principe qui construit un ordre social fondamentalement individualiste et hétérogène »¹⁸⁹⁴. Il en résulte que « [à] travers le principe de l'égalité souveraine la revendication des droits subjectifs des États fait que chaque État s'achemine vers un particularisme encore plus poussé que les particularismes historiques, géographique, politique, culturel qui l'ont fait naître »¹⁸⁹⁵.

617. Enfin, « [l]'intérêt général avait dicté d'enlever à la sphère de la puissance incontrôlée de chacun est de proche en proche restitué à ce pouvoir individuel étatique, au nom des valeurs issues de l'intérêt de la communauté »¹⁸⁹⁶. Dans ce cadre, « [a]u lieu de faire avancer le droit international, le risque est de le faire reculer. Au lieu d'en renforcer le caractère communautaire, sa dose d'unilatéralisme est accusée, derrière un paravent légitime et généraux qui risque souvent d'être perçu comme un voile grimaçant de cynisme »¹⁸⁹⁷.

2) L'Union européenne

618. L'Union européenne est dotée d'une puissance supérieure par rapport à l'organisation internationale grâce aux transferts de compétences consentis par ses États membres. En effet, selon Monsieur le Professeur Coleman, « l'Union européenne est un objet juridique qui n'entre pas aisément dans les classifications juridiques classiques »¹⁸⁹⁸. Evidemment, elle n'est pas un État, mais elle « ne peut plus être considérée comme une organisation internationale comme les autres »¹⁸⁹⁹. Cette dernière est souvent assimilée à une organisation régionale, bien que « ses

¹⁸⁹³ *Ibid.*

Texte original: « People are free to identify themselves as members of a community by virtue of their acceptance of certain values, but what is often more important than the actual content of the values is their common acceptance of a process of contesting these values, thereby allowing the members of the same community to place differing emphasis on the content of even the same value. »

¹⁸⁹⁴ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p. 24

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*

¹⁸⁹⁶ Kolb R., *Théorie du droit international, op.cit.*, p. 127

¹⁸⁹⁷ *Id.*, p.128

¹⁸⁹⁸ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.583

¹⁸⁹⁹ *Ibid.*

normes et structures communes qui sont susceptibles d'être révoquées soudainement par tout membre souverain interne »¹⁹⁰⁰.

619. Toutefois, dispose-t-elle d'une puissance normative suffisante pour être caractérisée comme une organisation super-état ? Il est possible d'en douter.

620. En effet, il suffit de se référer à sa compétence de négociation en matière de droit international concernant les investissements. L'Union européenne est dotée de la compétence exclusive dans ce domaine à la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne¹⁹⁰¹. Selon l'article 207 du TFUE, afin de prévoir une politique commerciale commune, la compétence est transférée à l'Union européenne sur divers sujets, y compris les investissements étrangers directs. Plus précisément, l'Union européenne dispose du pouvoir de négocier et de conclure des traités internationaux en matière d'investissements en représentant ses États membres. Elle est donc devenue un « acteur mondial »¹⁹⁰², son rôle pouvant alors être rapproché de celui d'un État¹⁹⁰³. En conséquence, l'Union européenne dispose d'une compétence importante pour entamer et de conduire les négociations ainsi que pour conclure des accords d'investissements internationaux, ce qui permet de révéler sa puissance normative.

621. Toutefois, l'accord conclu par l'Union européenne ne peut pas être imposé aux États membres. Malgré son rôle de « législateur »¹⁹⁰⁴ en droit international, l'article 218 du TFUE dispose que l'accord négocié au nom des États membres par cette dernière doit impérativement être ratifié par ses membres signataires et le Parlement européen. Pour ne citer qu'un exemple, l'Accord de libre-échange entre le Mercosur et l'Union européenne illustre ce phénomène. Commencée en 2000, suspendue en 2004, et reprise en 2013, la négociation a pris plus de vingt ans. Toutefois, cet accord conclu le 28 juin 2019 n'a pas été voté ni ratifié par les États membres. La France est d'ailleurs un des pays qui s'opposaient à l'accord, en raison notamment des

¹⁹⁰⁰ Mitchell R., « Sovereignty and Normative Conflict : International Legal Realism as a Theory of Uncertainty », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°2, printemps 2017, p.474

Texte original: « While we have already seen that its shared norms and structures are susceptible to sudden revocation by any internal sovereign member, this does not make its process of integration any less meaningful. »

¹⁹⁰¹ Sur le sujet du droit des investissements internationaux et l'Union Européen, v. Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, 580 P., Thèse en droit : Université Paris-Dauphine et Université Autonome de Madrid, 2016

¹⁹⁰² Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.5, paragr. 13

¹⁹⁰³ Candaş U., « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels. Une contribution de juriste à la théorie des relations internationales », *Ankara review of European studies*, vol.9, n°2, 2010, p.21

¹⁹⁰⁴ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.21, note de bas de page n°45

risques qu'il représentait pour l'agriculture. En plus de la France, onze pays européens¹⁹⁰⁵ se sont opposés à l'insertion de quotas libres de droits de douane pour certains produits agricoles en 2017¹⁹⁰⁶. Puis en septembre 2021, le ministre français de l'Agriculture, Didier Guillaume, a finalement annoncé que le texte n'était « pas ratifiable en l'état »¹⁹⁰⁷. Certaines raisons ont été avancées pour justifier le retrait, parmi lesquelles la fragilité des garanties issues de l'Accord de Paris ou encore le risque climatique et de déforestation¹⁹⁰⁸.

622. En outre, les traités négociés par l'Union européenne avec le Canada¹⁹⁰⁹, Singapour¹⁹¹⁰ et le Vietnam¹⁹¹¹ en matière d'investissements voient leurs procédures de ratification mises en attente par les États membres, ce qui retarde leur entrée en vigueur. En définitive, en dépit du fait que l'Union européenne bénéficie d'une compétence exclusive de conclure les traités relatifs au commerce, son caractère supranational reste encore limité. En effet, la procédure de ratification est requise par chaque État membre selon ses propres dispositions constitutionnelles¹⁹¹².

¹⁹⁰⁵ Il s'agit : l'Autriche, la Belgique, la France, la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie, le Luxembourg, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie.

¹⁹⁰⁶ Agra, « Libre-échange UE/Mercosur : Bruxelles sous pression », *Agra*, le 29 septembre 2017 [en ligne : <https://www.agra.fr/agra-europe/libre-echange-uemercosur-bruxelles-sous-pression>] [consulté le 21 août 2021]

¹⁹⁰⁷ AGEFI, « L'Accord Avec Le Mercosur « pas ratifiable en l'état » », *AGEFI*, le 25 juillet 2019

¹⁹⁰⁸ La rédaction, « La France opposée au projet d'accord UE-Mercosur », *Vie Publique*, le 25 septembre 2020 [en ligne : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/276259-la-france-opposee-au-projet-daccord-ue-mercocur#:~:text=Le%20projet%20d'accord%20d.%C3%89tats%20membres%20de%20l'UE>] [consulté le 21 août 2021]

¹⁹⁰⁹ v. Lictevout L., « Qu'est-ce que le CETA ? », *touteleurope*, le dernier mis à jour le 11 août 2020 [en ligne : <https://www.touteleurope.eu/economie-et-social/qu-est-ce-que-le-ceta/>] [consulté le 22 mars 2023]

« Depuis le 21 septembre 2017, seule la partie du CETA qui dépend de la compétence exclusive de l'UE (soit 90 % de l'accord) est donc entrée en vigueur. L'application totale de l'accord ne sera possible qu'après sa ratification - en cours - par les parlements nationaux et régionaux des 27 Etats membres... si celle-ci a bien lieu. Alors que les deux assemblées du Canada l'ont déjà validé dès 2017, seuls 14 pays européens sur 27 ont pour l'instant fait de même (Autriche, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède). Le Parlement de Chypre, lui, a en revanche voté le 1er août 2020 contre la ratification de l'accord. »

¹⁹¹⁰ L'accord de protection des investissements (EUSIPA) entra en vigueur après sa ratification par tous les Etats membres de l'UE.

v. Commission Européenne, « Accord de libre-échange UE-Singapour », *Commission Européenne*, [n.a.] [en ligne : [https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/fr/content/accord-de-libre-echange-ue-singapour#:~:text=L'accord%20en%20bref.protection%20des%20investissements%20\(EUSIPA\)](https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/fr/content/accord-de-libre-echange-ue-singapour#:~:text=L'accord%20en%20bref.protection%20des%20investissements%20(EUSIPA))] [consulté le 22 mars 2023]

¹⁹¹¹ L'accord de protection des investissements entre l'UE et le Viêt Nam entrera en vigueur après son approbation formelle par tous les États membres de l'UE.

v. Commission Européenne, « Accord de libre-échange UE-Viêt Nam », *Commission Européenne*, [n.a.] [en ligne : <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/fr/content/accord-de-libre-echange-ue-viet-nam#:~:text=L'accord%20de%20libre%20D%C3%A9change.%C3%89tats%20membres%20de%20l'UE.>] [consulté le 22 mars 2023]

¹⁹¹² UNCTAD, *World Investment Report 2017*, p. 112

B. L'influence dépendant des États participants

623. Les institutions internationales ont évolué sous l'influence de divers acteurs, mais cette dynamique devient sujette à contestation dans un contexte marqué par des tendances d'anti-globalisation et de retour à la souveraineté (1).

624. À l'origine, les institutions internationales sont créées sous l'impulsion de plusieurs États. Si ces pays ne les soutiennent plus, leur importance se dégrade (2). Ce phénomène amoindrit l'utilité du rôle de forum de l'organisation internationale. De manière similaire, les décisions prises par l'organe de règlement des différends de ces organisations internationales (comme l'ORD de l'OMC, par exemple) peuvent également être remises en cause par les pays. Les États membres peuvent dénoncer un accord et se retirer d'une organisation existante, comme ce fut le cas pour le Brexit. De plus, il n'est pas rare de voir un État superpuissant comme les États-Unis abandonner *de facto* une institution internationale qui ne correspond plus à ses intérêts et créer de nouveaux outils. Enfin, les États peuvent choisir de moderniser et de remplacer leurs engagements vis-à-vis des organisations internationales. En dehors de ces moyens, des moyens financiers peuvent être employés afin de démontrer les désaccords. Les États proposent également leurs candidats pour influencer les prises de décision au sein des organisations.

1) L'influence limitée d'une organisation internationale

625. Après la Seconde Guerre mondiale, de nombreuses institutions internationales importantes ont vu le jour, telles que les Nations Unies, le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, l'OMC, etc. Cependant, le succès de ces institutions s'explique par leur utilité pour les pays membres.

626. Parmi ces institutions, les États-Unis jouent un rôle particulièrement prépondérant dans la mise en place des organisations économiques mondiales, voire d'une manière qualifiée d'« autoritaire »¹⁹¹³. Ces organisations « ont eu une importance proéminente dans la façon dont les États-Unis ont déterminé leur intérêt national vis-à-vis de ces institutions et des autres organismes mondiaux »¹⁹¹⁴. Outre l'influence majeure des États-Unis, d'autres événements peuvent influencer le poids d'une organisation internationale, comme la divergence des intérêts entre ses États membres. L'opinion publique au sein de la communauté internationale peut

¹⁹¹³ Korton D.C., *Quand les multinationales gouvernent le monde*, op.cit., p.99

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

également se former contre une institution dont l'objet serait devenu obsolète. Dans l'ensemble, il est observé que l'importance d'une institution internationale dépend largement du soutien de ses pays membres. Deux exemples illustrent cette dynamique : les Nations Unies et l'Organisation mondiale du commerce (ci-après dénommée « OMC »).

627. L'ONU est l'une des organisations les plus importantes fondées en 1945 à la fin de la Deuxième Guerre mondiale¹⁹¹⁵. Elle occupe une position primordiale en droit international. Le préambule de la Charte des Nations Unies précise qu'elle doit non seulement œuvrer à la préservation de la paix et de la sécurité internationales, mais également à la création des « conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ». Plus particulièrement, en matière de droit relatif aux investissements internationaux, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après « CNUDCI ») a proposé sa version du règlement des différends d'arbitrage et des modèles de traité bilatéral d'investissement, produit les rapports annuels dénommés « *World Investment Report* » ainsi que des guides de politique en matière d'investissements, tant en droit interne qu'en droit international.

628. Toutefois, il est de plus en plus difficile pour l'ONU de parvenir à un consensus en raison du grand nombre d'États membres qui entretiennent, la plupart du temps, des positions différentes. De surplus, les États-Unis accordent moins d'importance à cette institution et cherchent soit à imposer leur volonté de façon unilatérale, soit à créer ou utiliser d'autres formes d'organisation interétatiques. En effet, il est indéniable que la confiance envers l'ONU diminue progressivement au sein de la communauté internationale. Le 75^e anniversaire de l'ONU est perçu par les médias comme symbolisant la crise du multilatéralisme¹⁹¹⁶. Plutôt que d'organiser des échanges directs entre les chefs d'État ou de gouvernement lors de cet événement, des discours préenregistrés ont été utilisés, témoignant ainsi du peu d'importance accordée par les participants. Par exemple, lors de cette occasion, le président des États-Unis, Donald Trump, a lancé une violente diatribe contre la Chine, appelant « à rendre la Chine responsable de ses actes et, si besoin, à la sanctionner » en lien avec l'épidémie de la Covid-19¹⁹¹⁷. Il a également « menacé de sanctions toute entité qui maintiendrait des relations économiques avec l'Iran »,

¹⁹¹⁵ Les Nations Unies ont été créées par la signature et la ratification de la Charte des Nations Unies par les cinq pays membres permanents, à savoir la Chine, les États-Unis, la France, le Royaume-Uni et l'Union soviétique, ainsi que par la majorité des autres pays signataires.

¹⁹¹⁶ Hubert-Rodier J., « Un 75^e anniversaire de l'ONU marqué par la crise du multilatéralisme », *Les Echos*, le 22 septembre 2020

¹⁹¹⁷ Hubert-Rodier J., Rauline N., « Donald Trump attaque violemment la Chine aux Nations Unies », *Les Echos*, le 24 septembre 2020

signe que les États-Unis perçoivent davantage l'ONU comme un instrument au service de leurs ambitions unilatérales plutôt que comme un espace d'échange et de discussion en vue de parvenir à un consensus¹⁹¹⁸. Lawrence Finkelstine, ancien Secrétaire des Nations Unies et ancien membre du département d'État des États-Unis, a résumé les relations entre les États-Unis et les Nations Unies comme un balancier oscillant entre enthousiasme et désespoir¹⁹¹⁹. Les politiques d'adhésion enthousiaste et de rejet se sont accompagnées des évolutions changeantes des croyances américaines quant à l'utilité de l'ONU dans la poursuite de leurs intérêts nationaux¹⁹²⁰.

629. Une autre organisation importante et très influencée est l'OMC. Contrairement à l'ONU, l'OMC est davantage orientée vers le commerce et les transactions de courte durée. Pendant l'apogée du libéralisme, elle a connu un succès notable, ce qui a renforcé son rôle. En effet, l'OMC propose désormais des solutions concernant les questions de propriété intellectuelle par le biais de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), ainsi que les investissements liés aux services. L'OMC a été conçue comme un modèle exemplaire pour démontrer comment le droit international peut fonctionner comme un guide de conduite, illustrant ainsi les résultats possibles en matière de droit des investissements internationaux, si un traité d'investissement d'échelle mondiale est conclu, à l'instar du GATT¹⁹²¹.

630. Selon certains, « l'OMC est moribonde et risque de suivre la voie de la Société des Nations »¹⁹²². Les pays occidentaux estiment qu'une réforme de l'OMC est nécessaire. En effet, lors de la réunion du G7 en 2019, le Président de la France, Emmanuel Macron, a exprimé son espoir de « réussir à finaliser la volonté claire de moderniser en profondeur l'OMC »¹⁹²³. D'autre part, en août 2019, le Président des États-Unis, Donald Trump, a « exigé des réformes de la part de l'OMC pour qu'elle n'accorde plus de traitement de faveur aux pays en voie de développement »¹⁹²⁴.

¹⁹¹⁸ Hubert-Rodier J., « Un 75^e anniversaire de l'ONU marqué par la crise du multilatéralisme », *op.cit.*

¹⁹¹⁹ Finkelstein L., « *The United States and the United Nations Proper Prudence – Or a New Failure of Nerve?* », *Korea Journal*, 35 (I), printemps 1995, p.48

¹⁹²⁰ *Ibid.*

¹⁹²¹ Kolb R., *Théorie du droit international*, *op.cit.*, p.362

¹⁹²² Carl M.P., « Une nouvelle OMC doit voir le jour, sans la Chine », *Les Echos*, le 20 juillet 2020

¹⁹²³ Hiault R., « G7 : Macron en chef d'orchestre pour aplanir les tensions internationales », *Les Echos*, le 25 août 2019

¹⁹²⁴ AGEFI, « Donald Trump menace de quitter l'Organisation mondiale du Commerce « s'il le faut » », AGEFI, le 14 août 2019

631. Par ailleurs, l'efficacité de l'Organe de règlement des différends (ci-après « ORD ») de l'OMC peut être mise en question. À l'origine, en raison du succès dans le domaine du commerce international, l'ORD de l'OMC a longtemps été considéré comme l'exemple à suivre en matière d'investissement international. Cependant, à l'heure actuelle, il est légitime de s'interroger sur sa capacité à faire respecter ses décisions par les États concernés. Prenons l'exemple de la décision rendue par OMC en septembre 2020 concernant les tarifs douaniers punitifs imposés par les États-Unis à la Chine¹⁹²⁵. L'OMC a jugé que ces taxes douanières étaient contraires aux règles du commerce international. Malgré cela, les États-Unis continuent d'appliquer ces tarifs. Notons que la situation n'a pas évolué depuis 2020. La nouvelle représentant américain au commerce, TAI Katherine, a indiqué en septembre 2022 que « [l]es tarifs douaniers n'ont pas expiré au moment de la date anniversaire de leurs quatre ans »¹⁹²⁶.

632. De plus, les décisions de l'ORD semblent impuissantes à résoudre le conflit portant sur les subventions accordées par les États-Unis à Boeing et par l'Union européenne à Airbus. Plus précisément, il s'agit de la « guerre » liée aux subventions européennes à Airbus et aux aides américaines à Boeing¹⁹²⁷. Les États-Unis et l'Union européenne ont porté plainte devant l'OMC concernant ces subventions. De côté des États-Unis, la plainte a été initialement déposée en octobre 2004, visant les aides européennes à Airbus¹⁹²⁸. Malgré les décisions en ce sens, l'Union européenne n'a pas entrepris de démarches pour la suppression de divers types d'aides publiques dans le cadre de son verdict de 2018. En ce qui concerne l'Union européenne, la plainte a été déposée en juin 2005 auprès de l'OMC contre les subventions des États-Unis à Boeing¹⁹²⁹. Par la suite, en octobre 2020, l'Organe de règlement des différends de l'OMC a autorisé l'Union européenne à prendre des contre-mesures¹⁹³⁰. Tant les subventions américaines que les aides européennes sont contraires aux règles de l'OMC, ce conflit persiste.

633. Les décisions de l'ORD de l'OMC ne semblent donc pas être à même de véritablement résoudre les différends entre les États concernant les aides d'État ou les tarifs douaniers. Le

¹⁹²⁵ WT/DS543 *États Unis - Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine*

¹⁹²⁶ Le Figaro avec AFP, « Washington maintient les tarifs douaniers contre la Chine », *le Figaro*, le 2 septembre 2022

¹⁹²⁷ v. Newhouse J., *Boeing versus Airbus: The Inside Story of the Greatest International Competition in Business*, Manhattan, Random House USA Inc, 2008

¹⁹²⁸ WT/DS316 *Communautés européennes et certains États membres — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* ; WT/DS347 *Communautés européennes et certains États membres — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*

¹⁹²⁹ WT/DS317 *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs* ; WT/DS353 *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs — Deuxième plainte*

¹⁹³⁰ WT/DS353 *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs — Deuxième plainte*

retour à la souveraineté nationale continuera à affaiblir l'efficacité des règles de l'OMC ainsi que les décisions de l'ORD.

634. À un moment donné, les pays occidentaux sont devenus les principaux bénéficiaires des investissements étrangers. Cependant, les données montrent que ces avantages ne sont pas automatiquement favorables aux pays développés. À cet égard, il n'est pas rare d'observer les pays souverains user de leur pouvoir de retrait. Les choix de retrait de la part des États-Unis de divers accords internationaux en sont un exemple frappant : la sortie de l'Accord de Partenariat Transpacifique en janvier 2017, le retrait de l'Accord de Paris en juin 2017¹⁹³¹, la sortie de l'UNESCO en décembre 2017¹⁹³², le quittement du Conseil des droits de l'homme de l'ONU en juin 2018. En août 2019, le Président des États-Unis, Donald Trump, a même menacé de quitter l'OMC, estimant que cette organisation favorise la Chine au détriment des États-Unis¹⁹³³. En plus du retrait, il n'est pas rare de voir les États-Unis refuser de participer à certaines instances. Par exemple, les États-Unis ne font pas partie du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Lors de l'établissement du Conseil des droits de l'homme en 2006, les États-Unis ont voté contre sa création et ont refusé de se présenter aux élections. Comme l'a résumé le Professeur Sornarajah, « [l]e retrait est une technique que les États-Unis ont précédemment utilisée pour exprimer leur mécontentement à l'égard des systèmes internationaux »¹⁹³⁴, et « [l]es États-Unis se sont retirés des systèmes qui ne leur étaient pas favorables ou auxquels ils ont refusé de participer »¹⁹³⁵.

635. Il est essentiel de prendre en compte que les États-Unis ne sont pas les seuls pays à se retirer de leurs engagements internationaux. À titre d'exemple, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont choisi de quitter le système du CIRDI entre 2007 et 2012, même si celui-ci

¹⁹³¹ La décision est entrée en vigueur trois ans plus tard, soit le 4 novembre 2020. Il est à noter que Joe Biden a annoncé le retour des États-Unis dans l'Accord de Paris en janvier 2021.

v. Gemenne F., « Le retour des États-Unis dans l'Accord de Paris, Une bonne nouvelle pour le climat ? », *AGEFI*, le 22 janvier 2021

¹⁹³² Le financement des États-Unis a été arrêté depuis 2011.

¹⁹³³ *AGEFI*, « Donald Trump menace de quitter l'Organisation mondiale du Commerce « s'il le faut » », *AGEFI*, le 14 août 2019

¹⁹³⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.34

Texte original: « Withdrawal is a technique that the US has previously used to express displeasure with international systems. »

¹⁹³⁵ *Id.*, p.35

Texte original: « The US withdrew from systems it did not favour, or refused to participate. »

représente le mécanisme de règlement des différends le plus couramment utilisé dans le domaine de l'investissement international¹⁹³⁶.

636. Il est indéniable que l'importance et la crédibilité d'une organisation internationale dépendent largement du soutien de ses États participants, en particulier de celui des nations puissantes. Cette idée est exprimée par le Professeur Cohen de la manière suivante : « le multilatéralisme et les institutions multilatérales ont un cycle de vie »¹⁹³⁷, car l'efficacité des solutions proposées ou des stratégies peut varier voire diminuer¹⁹³⁸. Une fois de plus, la relation entre une organisation internationale et ses pays membres rappelle la relation entre le « yin » et le « yang » de la perspective taoïste, évoluant constamment.

2) Les mesures d'affaiblissement de l'influence

637. Outre leur rôle dominant dans la création des institutions internationales, les États-Unis n'ont jamais hésité à afficher leur influence au sein de diverses organisations internationales¹⁹³⁹. Des mesures concrètes sont prises pour affaiblir l'effectivité de ces institutions.

638. Dans le cas de l'OMC, le rôle de l'ORD est essentiel pour assurer le respect des obligations découlant des traités négociés au sein de cette institution. Toutefois, depuis 2017, les États-Unis ont commencé à bloquer la nomination des membres d'Organe d'appel de l'OMC¹⁹⁴⁰. Le président Trump a nommé Robert Lighthizer en tant que représentant au Commerce des États-Unis, ce dernier étant connu pour son opinion hostile contre l'Organe d'appel de l'ORD¹⁹⁴¹. En décembre 2019, l'Organe d'appel des règlements des différends de l'OMC a cessé de fonctionner en raison du refus répété des États-Unis de lancer la procédure de nomination des membres¹⁹⁴². Cette situation de blocage était problématique, car les membres de l'Organe d'appel sont essentiels pour trancher les différends commerciaux entre les États. Ce qui serait une stratégie, selon certains auteurs, pour les États-Unis, existe déjà depuis un certain temps¹⁹⁴³. Selon la Professeure de droit à l'Université de Genève Laurence Boisson de

¹⁹³⁶ Le règlement des différends d'arbitrage de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) est le principal régime concurrent du RDIE du CIRDI. Le traité de l'ALENA accepte à la fois le règlement des différends du CIRDI et celui de la CNUDCI.

¹⁹³⁷ Cohen H.G., « Multilateralism's Life-Cycle », *AJIL*, vol 112, n°1, janvier 2018, p.49

¹⁹³⁸ *Ibid.*

¹⁹³⁹ Gao H., « Finding a Rule-Based Solution to the Appellate Body Crisis: Looking Beyond the Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement », *J. Int. Econ. Law*, vol 34, n°3, septembre 2021, p.535

Texte original: « the USA has never been shy to flex its muscle in various international organizations. »

¹⁹⁴⁰ *Id.*, p. 534

¹⁹⁴¹ *Id.*, p. 535

¹⁹⁴² *Id.*, p. 536

¹⁹⁴³ Boissou J., « Face au blocage des États-Unis, l'Organisation mondiale du commerce dépose les armes », *le Monde*, le 10 décembre 2019

Chazournes, « [l]es États-Unis n'ont jamais vraiment accepté que l'Organe d'appel échappe à leur contrôle »¹⁹⁴⁴. Un autre exemple de cette stratégie consiste à bloquer l'avancement des différends dans le cadre du conflit opposant les États-Unis et la Chine en ce qui concerne les taxes douanières¹⁹⁴⁵. Malgré cela, en septembre 2020, l'OMC a jugé que l'imposition par les États-Unis de droits de douane sur les produits en provenance de Chine était contraire à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce¹⁹⁴⁶. Depuis le 30 novembre 2020, l'Organe d'appel de l'OMC n'a plus aucun membre, le mandat du dernier membre en exercice ayant expiré¹⁹⁴⁷. Alors que cet organe a été conçu dans la perspective de rayonner dans le traitement des différends internationaux, sa vulnérabilité face à l'opposition des États-Unis est devenue manifeste.

639. Certes, les États-Unis ont été leader dans l'élaboration du droit international et ont pris l'initiative de créer les organisations internationales après 1945, à savoir l'ONU, le FMI, la Banque mondiale, l'OMC. Ces dernières ont pris une part importante dans l'établissement d'un ordre international libéral fondé sur le libre-échange. Le système de Bretton Woods représente également la suprématie du dollar et des institutions internationales¹⁹⁴⁸. Or, en l'absence des efforts des États-Unis, ce système n'aurait peut-être pas été mis en place¹⁹⁴⁹.

640. D'autre côté, ce système « a été conçu pour promouvoir certains objectifs nationaux spécifiquement américains et pour protéger certains intérêts spécifiquement américains »¹⁹⁵⁰. À cet égard, nous avons constaté que l'histoire témoigne des oppositions des États-Unis à l'encontre d'engagements internationaux¹⁹⁵¹ lorsque ces derniers ont mis en péril son autonomie politique¹⁹⁵².

641. Cette politique d'opposition se manifeste à travers le conflit entre la souveraineté des États-Unis et leurs engagements internationaux. En effet, les décisions de l'ORD ne correspondent plus aux intérêts américains, « entre 2011 et 2014, les arbitres de l'OMC ont

¹⁹⁴⁴ Cité dans Bouissou J., « Face au blocage des États-Unis, l'Organisation mondiale du commerce dépose les armes », *le Monde*, le 10 décembre 2019

¹⁹⁴⁵ Hiault R., « Réforme de l'OMC : un chantier des plus ardues », *Les Echos*, le 26 octobre 2018

¹⁹⁴⁶ WT/DS543 *États Unis - Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine*

¹⁹⁴⁷ v. OMC, « Les membres de l'Organe d'appel », OMC, [s. d.] [en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_descrp_f.htm#:~:text=L'Organe%20d'appel%20est,le%20mandat%20au%20m%C3%A4me%20moment.] [consulté le 18 décembre 2022]

¹⁹⁴⁸ Spitz B., « Le G7, possible levier d'un nouvel ordre mondial », *Les Echos*, le 22 août 2019

¹⁹⁴⁹ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p.89

¹⁹⁵⁰ *Id.*, P.90

¹⁹⁵¹ Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *op.cit.*, p. 523

¹⁹⁵² *Ibid.*

considérablement restreint les mesures américaines antidumping contre les entreprises d'État chinoises »¹⁹⁵³.

642. Le message véhiculé, que l'on peut certainement regretter, est le suivant : il est possible pour un État souverain, lorsqu'une organisation internationale ne répond plus à ses attentes, de faire valoir son retrait de celle-ci. C'est ce qu'ont exprimé les États-Unis, qui, en ce qui concerne l'OMC, ont annoncé leur intention de se retirer de l'organisation et de créer une nouvelle entité internationale du commerce sans la Chine¹⁹⁵⁴. L'Accord de Partenariat Transpacifique avait été négocié pour remplacer l'OMC sous l'administration Obama. Cependant, les États-Unis se sont retirés de cet accord en janvier 2017, durant l'administration Trump. En parallèle, la Chine a pu rassembler quatorze autres pays asiatiques pour signer le Partenariat Régional Économique Global (RCEP en anglais) en novembre 2020. La crise de l'OMC a effectivement engendré une nouvelle concurrence entre les pays. Les États-Unis, l'Union européenne et les pays en développement ont tous proposé leurs propres modèles de traités d'intégration régionale. Plus un État participe à la conclusion de tels traités, plus son influence grandit sur la scène internationale.

643. En dehors de ces mesures visant à entraver le fonctionnement des institutions internationales, les États peuvent également essayer de nommer des individus favorables à leur pays au sein de ces institutions. En effet, ces postes sont considérés comme ayant une « influence considérable »¹⁹⁵⁵, surtout lorsque les principaux acteurs étatiques du marché n'ont pas d'intérêts significatifs en jeu et que la plupart des autres pays ne disposent pas d'une base d'information fiable¹⁹⁵⁶. Le cas le plus récent de cette situation concerne la nomination du secrétaire général de l'OCDE et du directeur général de l'OMC.

644. En ce qui concerne l'OCDE, elle est également une institution internationale très active dans le domaine des investissements internationaux. L'Union européenne et les États-Unis ont tous l'intention de participer à la nomination du secrétaire général¹⁹⁵⁷. Donald Trump a proposé la candidature de Monsieur Christopher Liddell, qui a été le chef de cabinet adjoint à la Maison-

¹⁹⁵³ Bouissou J., « Face au blocage des Etats-Unis, l'Organisation mondiale du commerce dépose les armes », *Le Monde*, le 10 décembre 2019

¹⁹⁵⁴ Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *op.cit.* p.523

¹⁹⁵⁵ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p.30

¹⁹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁹⁵⁷ À savoir que la part de contribution des États-Unis est de 20,5 % du budget de l'OCDE, tandis que l'Allemagne ne représente que 7,2 % de la contribution.

Blanche en septembre 2020, ainsi qu'un ancien dirigeant de Microsoft et de General Motors¹⁹⁵⁸. Pour la France et l'Allemagne, la nomination du secrétaire général de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement ainsi que celui de l'OCDE représente un équilibre des pouvoirs entre les deux pays¹⁹⁵⁹. Enfin, le représentant américain au commerce, Robert Lighthizer, a soutenu la candidate nigériane, Madame Ngozi Okonjo-Iweala, qui détient la double nationalité nigériane et américaine¹⁹⁶⁰. Lorsque Madame Ngozi Okonjo-Iweala a pris ses fonctions de directrice générale de l'OMC en mars 2021¹⁹⁶¹, Monsieur Mathias Cormann a été nommé Secrétaire général de l'OCDE en juin 2021¹⁹⁶².

645. En ce qui concerne l'OMC, la situation est quelque peu différente. Il s'agit d'une organisation internationale dirigées par ses membres¹⁹⁶³. Le directeur général et le secrétariat ne jouent qu'un rôle exécutif passif, agissant en tant que coordinateurs et porte-parole¹⁹⁶⁴. Le pouvoir de l'OMC est très limité¹⁹⁶⁵. Dans le processus de nomination, le candidat proposé par le Royaume-Uni est Monsieur Liam Fox¹⁹⁶⁶. Sous l'administration de Joe Biden, Madame Ngozi Okonjo-Iweala est une fois de plus proposée pour devenir la directrice générale de l'OMC¹⁹⁶⁷. Parmi les cinq candidats¹⁹⁶⁸, l'Union européenne a décidé de soutenir Madame Ngozi Okonjo-Iweala et Madame Yoo Myung-Hee¹⁹⁶⁹. En conséquence, la nomination se joue

¹⁹⁵⁸ Hiault R., Le Billon V., « Les États-Unis visent la direction des institutions internationales », *Les Echos*, le 7 septembre 2020

¹⁹⁵⁹ *Ibid.*

Avec la proposition de la France de nommer le prochain président de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), un candidat italien est soutenu pour le poste de secrétaire général de l'OCDE. Cela est dû au fait que les dirigeants du Mécanisme européen de stabilité (MES) et de la Banque européenne d'investissement (BEI) sont actuellement des Allemands.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ OMC, communiqué de presse, « Directrice générale de l'OMC: Ngozi Okonjo-Iweala », *OMC*, [s. d.][en ligne : https://www.wto.org/french/thewto_f/dg_f/dg_f.htm] [consulté le 3 novembre 2021]

¹⁹⁶² OCDE, communiqué de presse, « Les 37 pays membres de l'OCDE nomment M. Mathias Cormann (Australie) au poste de Secrétaire général, à compter du 1er juin 2021 », OCDE, [s. d.][en ligne : <https://www.oecd.org/fr/presse/pays-membres-de-locde-nomme-mathias-cormann-au-post-de-secretaire-general.htm>] [consulté le 3 novembre 2021]

¹⁹⁶³ 刘敬东(Liu J.), « 多边体制 VS 区域性体制：国际贸易法治的困境与出路——写在 WTO 成立 20 周年之际 », *国际法研究*, n°5, 2015, p.100 (« Accord commercial multilatéral VS accord commercial préférentiel : dilemme et perspective de l'état de droit du commerce international - En mémoire du 20e anniversaire de l'OMC », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2015, p. 100)

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶⁶ Le Figaro avec AFP, « Course à l'OMC : le candidat britannique promet un poste à un Européen », *Le Figaro*, le 1^{er} octobre 2020

¹⁹⁶⁷ Hiault R., Le Billon V., « Les États-Unis visent la direction des institutions internationales », *Les Echos*, le 7 septembre 2020

¹⁹⁶⁸ La sud-coréenne Yoo Myung-hee, le britannique Liam Fox, la nigériane Ngozi Okonjo-Iweala, le saoudien Mohammed al-Tuwaijri, et la kényane Amina Mohamed

¹⁹⁶⁹ Le Figaro avec AFP, « L'UE soutient une Nigériane et une Sud-Coréenne à la tête de l'OMC », *Le Figaro*, le 5 octobre 2020[en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/l-ue-soutient-une-nigeriane-et-une-sud-coreenne-a-la-tete-de-l-omc-20201005>] [consulté le 25 mai 2021]

entre ces deux dernières candidates. Selon les médias coréens, Madame Yoo a été soutenue par l'administration de Donald Trump, tandis que sa rivale est favorisée par l'Union européenne¹⁹⁷⁰. Finalement, Madame Yoo a décidé d'abandonner sa candidature à la tête de l'OMC le 5 février 2021, soit après l'élection du nouveau président aux États-Unis. Madame Ngozi Okonjo-Iweala est alors devenue la candidate officielle au poste de directrice générale de l'OMC.

646. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les pays occidentaux souhaitent soutenir les candidats de leur choix pour occuper des rôles au sein des institutions internationales. Pour certains, cette pratique est répandue car elle correspond à ce que l'on pourrait considérer comme « la définition des pratiques économiques de l'avenir »¹⁹⁷¹. En se référant à l'exemple américain, avoir un candidat favorable à la cause américaine permet notamment de limiter l'influence chinoise au sein de certaines organisations¹⁹⁷². Nous avons observé que cette attitude peut sembler contradictoire, car d'un côté, les États-Unis menacent de se retirer de l'institution et de bloquer son fonctionnement, tandis que de l'autre côté, ils interviennent dans la nomination de ses dirigeants. Cette politique souveraine contribue principalement à affaiblir les institutions internationales.

647. En conclusion, les institutions internationales occupent une position essentielle dans le droit international lorsque les États souverains respectent les règles qu'ils ont établies et accordent de l'importance au système. Cependant, elles montrent rapidement leurs limites dès que ces mêmes membres cherchent à imposer leurs décisions souveraines. Tel est le cas lorsqu'ils tentent de bloquer leur fonctionnement ou de se retirer, tout en cherchant à créer de nouvelles institutions qui correspondent davantage à leurs intérêts. En résumé, « chaque organisation internationale, décidée par les États et donc relevant du droit international et le formulant, n'est jamais qu'un îlot parmi d'autres plus ou moins complexes d'organisations qui se superposent, se chevauchent, se font et se défont aussi au gré des politiques nationales »¹⁹⁷³.

648. De cette section, on retiendra que bien que la puissance souveraine des États est limitée, l'effectivité du droit international reste fragmentée. Les organisations internationales, établies pour résoudre les litiges en matière de droit international, demeurent également tributaires de leurs États membres. Les États restent le « sujet primaire et incontestable du droit

¹⁹⁷⁰ YNA, « Yoo abandonne sa candidature à la tête de l'OMC au profit de la candidate nigériane », *YNA*, le 5 février 2021 [en ligne : <https://fr.yna.co.kr/view/AFR20210205004300884>] [consulté 27 août 2021]

¹⁹⁷¹ Hiault R., « Pourquoi Donald Trump veut faire main basse sur l'OCDE », *Les Echos*, le 11 septembre 2020

¹⁹⁷² Hiault R. et Le Billon V., « Les États-Unis visent la direction des institutions internationales », *Les Echos*, le 7 septembre 2020

¹⁹⁷³ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p. 97

international »¹⁹⁷⁴, leur permettant de créer de nouvelles règles en remplacement des normes anciennes. Dans une perspective néolibérale, le droit international de l'investissement a été élaboré pour permettre au marché de réguler de manière autonome les activités économiques. Toutefois, à l'ère du retour à la souveraineté, les réformes visent à réintroduire la possibilité d'intervention gouvernementale dans les activités économiques. Ce regain de souveraineté se manifeste dans un contexte international où les États affirment de plus en plus leur volonté de protéger l'ordre public national, notamment en ce qui concerne la préservation de l'environnement et la santé publique.

Section 2. La réforme du droit international

649. Si le libéralisme et le droit international de l'investissement tendent à restreindre l'intervention de l'État¹⁹⁷⁵, la souveraineté répond au besoin inverse. Elle consiste à accorder une place plus importante à l'État. À titre d'illustration, prenons l'exemple des États-Unis et de la France. Les États-Unis actualisent leurs modèles de traités de libre-échange afin de restreindre l'accès aux mécanismes d'arbitrage en réponse à l'augmentation des contentieux d'investissement avec leurs investisseurs étrangers (§1). De son côté, bien que la France ait transféré la compétence de négociation des traités relatifs au commerce et à l'investissement à l'Union européenne, elle conserve néanmoins le pouvoir de contrôler les investissements étrangers (§2).

§1. L'élargissement des contrôles étatiques dans les traités d'investissement

650. Le tournant de l'approche américaine, découlant de l'expérience acquise au sein de l'ALENA, illustre pleinement cette évolution de position au fil du temps. Confrontés à des litiges en matière d'investissement dans le cadre de l'ALENA, les États-Unis ont réagi en renforçant le pouvoir de réglementation étatique et en intégrant des réserves pour les futurs traités d'investissement. Comme exploré dans le titre précédent, les accords de libre-échange, à l'instar de l'ALENA, poursuivent tous l'objectif de promouvoir les investissements étrangers. Le libéralisme, une valeur enracinée dans l'intérêt privé, peut prévaloir sur d'autres valeurs d'intérêt public dans le cadre du droit international de l'investissement, mais il est essentiel de se rappeler qu'un État a bien plus qu'une seule valeur à défendre ou à protéger(I).

¹⁹⁷⁴ Hayek I., *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, 479 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016, p.395, paragr.680

¹⁹⁷⁵ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.224

651. L'évolution de l'ALENA au TPP met en lumière comment les États-Unis ont transformé leur rôle de promoteur du libéralisme en défenseur de la souveraineté (II).

I. Les expériences d'exécution de l'accord ALENA

652. L'ALENA a été considéré comme l'un des accords les plus importants pour les États-Unis et a été remplacé en 2020 par l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (United States–Mexico–Canada Agreement en anglais, ci-après USMCA, ou ACEUM en français), souvent désigné comme l'« ALENA 2.0 »¹⁹⁷⁶. Selon le Bureau du représentant américain au commerce, ce nouvel accord vise à établir des règles du jeu plus équitables pour les travailleurs américains, tout en profitant aux agriculteurs, éleveurs et entreprises agroalimentaires américains en modernisant et en renforçant le commerce alimentaire et agricole entre les différents pays¹⁹⁷⁷. De plus, il introduit un cadre protecteur renouvelé en matière de propriété intellectuelle, notamment grâce à de nouveaux chapitres traitant du commerce numérique, de la lutte contre la corruption et des bonnes pratiques réglementaires¹⁹⁷⁸. Ces modifications répondent à certaines critiques formulées à l'encontre de l'accord ALENA pendant la période de négociation dans les années 1990. Cela soulève la question : pourquoi remplacer l'ALENA par l'USMCA, étant donné que l'ALENA avait été considéré comme une grande réussite du libéralisme ?

653. En effet, si les arbitrages précédents¹⁹⁷⁹ en faveur des investisseurs n'ont pas pu contourner l'opinion publique concernant la priorité des valeurs à protéger, l'affaire *Methanex c. États-Unis*¹⁹⁸⁰ de 1999 (A) a changé la donne.

654. Dès l'origine, la promotion du libéralisme se heurte directement à d'autres intérêts publics lors de l'exécution des traités internationaux. Plusieurs sentences arbitrales rendues dans le cadre de l'ALENA ont exposé un tel conflit et ont suscité des débats sur l'« érosion de la réglementation de la souveraineté »¹⁹⁸¹. Sous l'impulsion des États-Unis, où le pays se

¹⁹⁷⁶ Long H., « The USMCA is finally done. Here's what is in it », *The Washington Post*, le 10 décembre 2019

¹⁹⁷⁷ v. Office of the United States Trade Representative, United States-Mexico-Canada Agreement [en ligne: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement>]

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁹⁷⁹ *Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* du 1996, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* du 1997 et *Azurix Corp v. Republic of Argentina* du 2001, *Ethyl Corporation v. The Government of Canada* du 1996 et *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* du 1998

¹⁹⁸⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL

¹⁹⁸¹ Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *op.cit.*, p. 88

trouvait en position défensive dans plusieurs arbitrages, les tribunaux arbitraux ont tenu compte de l'intérêt public (B).

A. L'affaire *Methanex c. États-Unis*

655. Dans ce contexte, il nous semble important de revenir sur une affaire impliquant la société Méthanex pour illustrer notre propos. Le 3 décembre 1999, une société canadienne, Methanex Corporation (ci-après « Methanex »), a initié un arbitrage contre les États-Unis pour violation de ses engagements internationaux en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA, réclamant 970 millions de dollars américains¹⁹⁸², représentant sa filiale Methanex Methanol Company (ci-après « Methanex US »)¹⁹⁸³. La société a contesté une mesure californienne interdisant l'utilisation de l'additif pour essence dénommé MTBE (« *Methyl tertiary-butyl ether* »), en arguant que la mesure avait discriminé et exproprié son investissement¹⁹⁸⁴.

656. Il convient de revenir aux faits à l'origine de cette affaire. Le MTBE est un additif utilisé dans l'essence¹⁹⁸⁵. Methanex n'était ni producteur ni vendeur direct du produit MTBE¹⁹⁸⁶. Elle était en revanche le plus grand producteur mondial de méthanol, une matière première pour le MTBE¹⁹⁸⁷. Le MTBE a été utilisé par l'industrie d'essence en 1979 comme source d'octane, suite à l'élimination du plomb de l'essence¹⁹⁸⁸, afin de répondre aux exigences des amendements de 1990 à la loi sur la qualité de l'air¹⁹⁸⁹. Parmi les divers choix d'oxygénant, le MTBE est devenu le plus couramment utilisé en raison de sa disponibilité, de son coût relativement bas et de sa composition chimique¹⁹⁹⁰. Bien que l'Agence de protection de l'environnement des États-Unis (« *Environmental Protection Agency* » en anglais, ci-après EPA) ait reconnu la contribution du MTBE à l'amélioration de la qualité de l'air¹⁹⁹¹, les législateurs californiens ont considéré qu'il représente un risque pour l'environnement et la

¹⁹⁸² *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part I, Chapitre A, paragr. 1*

¹⁹⁸³ *Id.*, paragr. 2

¹⁹⁸⁴ *Id.*, paragr. 1

¹⁹⁸⁵ Keller A.A., Health and Environmental Assessment of MTBE: The California Perspective, 1998, p.1 [en ligne : https://ww2.arb.ca.gov/sites/default/files/2020-06/Health_and_Environmental_Assessment_of_MTBE.pdf] [consulté le 31 juillet 2021]

Les oxygénés favorisent une combustion plus complète du carburant en augmentant la teneur en oxygène de l'essence, ce qui permet de réduire les émissions nocives provenant des véhicules à moteur.

¹⁹⁸⁶ *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part I, Chapitre A, paragr. 1.*

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸⁸ Keller A.A., Health and Environmental Assessment of MTBE: The California Perspective, 1998, *op.cit.*, p.1

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ *Id.*, p. 1-2

¹⁹⁹¹ Dougherty K., « *Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation* », *Nw. J. Int'l L., op.cit.*, p. 737

santé publique en raison de son infiltration dans les eaux souterraines¹⁹⁹². En effet, le MTBE est un composant de l'essence susceptible de contaminer les eaux souterraines¹⁹⁹³. Il se retrouve dans l'approvisionnement en eau potable, et même de faibles niveaux de MTBE peuvent rendre l'eau non potable en raison de son goût et de son odeur de térébenthine¹⁹⁹⁴. Les effets sur la santé se manifestent par des maux de tête, des nausées, des étourdissements et une désorientation¹⁹⁹⁵. De plus, les expériences sur les animaux de laboratoire suggèrent qu'il peut causer des malformations maternelles et fœtales à long terme¹⁹⁹⁶.

657. Dans ce contexte, l'État de Californie a observé, d'après un rapport de l'Université de Californie, que plusieurs municipalités ont été contraintes de fermer leurs réseaux d'eau potable publics en raison de la contamination par le MTBE¹⁹⁹⁷. Les législateurs californiens ont donc sollicité des chercheurs la réalisation d'études visant à évaluer le niveau de contamination dans les régions restantes et à élaborer des réponses politiques appropriées¹⁹⁹⁸. Ces recherches reposent sur les données scientifiques recueillies au cours de ces études¹⁹⁹⁹. Les résultats ont démontré que le coût du traitement de la pollution s'est avéré considérablement élevé²⁰⁰⁰. Les frais d'assainissement des fuites et des déversements de MTBE provenant des pipelines pourraient atteindre des dizaines à des centaines de millions de dollars américains par an²⁰⁰¹. Comparé aux autres additifs pour carburant, le MTBE est la substance la plus coûteuse, entraînant des coûts annuels allant d'un à trois milliards de dollars américains, en prenant en compte le traitement du système d'approvisionnement en eau²⁰⁰². En conséquence, l'Ethanol a été proposé comme une alternative²⁰⁰³. L'Ethanol est un produit oxygéné biodégradable, disponible localement, fabriqué à partir de sources renouvelables telles que les récoltes de maïs. Contrairement au MTBE, il ne présente pas les mêmes risques de pollution de l'eau²⁰⁰⁴.

¹⁹⁹² *Ibid.*

¹⁹⁹³ Dougherty K., « Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation », *op.cit.*, p. 737

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁹⁵ *Id.*, p. 738

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁹⁸ *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part III, Chapitre A, paragr. 1*

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰⁰ *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part III, Chapitre A, paragr. 12*

²⁰⁰¹ *Ibid.*

²⁰⁰² *Id.*, paragr.13

²⁰⁰³ *Id.*, paragr.7

²⁰⁰⁴ Dougherty K., « Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation », *op.cit.*, p. 738

658. Basées sur les résultats de ces recherches, plusieurs audiences ont été organisées, révélant un soutien public en faveur de l'interdiction du MTBE²⁰⁰⁵. Suite à cela, le gouverneur Gray Davis a agi en vue d'une élimination progressive de l'utilisation du MTBE via l'Ordre exécutif D-5-99²⁰⁰⁶. Cet ordre a été entériné par le vote de la loi du Sénat 989 en 1999, autorisant les États concernés à mettre en œuvre les directives spécifiées dans cet ordre²⁰⁰⁷. Dans ce contexte, les raffineurs d'essence californiens ont accepté de cesser d'utiliser le MTBE et de produire plutôt de l'essence à base d'éthanol²⁰⁰⁸. En conséquence des décisions prises par les législateurs de Californie, treize autres États²⁰⁰⁹ ont également imposé leurs propres restrictions quant à l'utilisation du MTBE²⁰¹⁰.

659. L'Ordre exécutif D-5-99 a eu des répercussions directement néfastes pour les activités de l'entreprise Methanex, et pour en comprendre l'ampleur, il est important de rappeler quelques chiffres clés. En effet, Methanex Corporation représentait plus de 17% de la production mondiale de méthanol, dont un tiers était destiné à la fabrication de MTBE²⁰¹¹. Bien qu'elle n'ait pas disposé d'installations de production en Californie, elle devait importer ce produit de l'étranger. Entre 1993 et 2001, 72% du MTBE consommé dans cet État provenait du Canada, faisant ainsi du Canada son principal fournisseur en méthanol²⁰¹². Suite à ce scandale, l'entreprise a subi une perte de 150 millions de dollars seulement dix jours après la mise en place de l'ordre exécutif²⁰¹³. Methanex a soulevé des objections auprès de l'EPA et de la gouverneure Gray Davis, en avançant que l'ordre exécutif n'avait pas tenu compte les avantages du MTBE pour l'amélioration de la qualité de l'air. Selon elle, d'autres alternatives moins radicales auraient pu être envisagées²⁰¹⁴. Cependant, ses arguments ont été vains²⁰¹⁵. Suite à cet échec, Methanex a notifié aux États-Unis son intention de déposer une plainte en vertu du

²⁰⁰⁵ *Id.*, p. 739

²⁰⁰⁶ *Id.*, p. 738

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

New York, Connecticut et Michigan ont décidé de complètement interdire MTBE.

²⁰¹⁰ *Ibid.*

²⁰¹¹ *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part II, Chapitre D, paragr.3*

²⁰¹² *Ibid.*

²⁰¹³ Dougherty K., « *Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation* », *op.cit.*, p. 739

²⁰¹⁴ *Id.*, p. 740

²⁰¹⁵ Methanex a recherché à faire invalider cette mesure devant le tribunal national mais en a été débouté. En effet, une telle tentative a été effectuée par le biais de l'association dénommée « Oxygenate Fuels Association », qui représente les intérêts de l'industrie du MTBE et du méthanol. L'association a intenté des actions en justice contre l'interdiction en Californie et à New York, mais toutes ses requêtes ont été rejetées par les tribunaux nationaux. *v. Oxygenated Fuels Ass'n Inc. v. Davis*, 331 F.3d 665 (9th Cir. 2003); *Oxygenated Fuels Ass'n, Inc. v. Pataki*, 304 F. Supp. 2d 337 (N.D.N.Y 2002); Dougherty K., « *Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation* », *op.cit.*, p. 744-745

chapitre 11 de l’ALENA le 2 juillet 1999, en raison des pertes encourues suite aux mesures prises par l’État de Californie²⁰¹⁶.

660. Lors de la plainte déposée devant le tribunal arbitral par Methanex, le bien-fondé de la mesure a été remis en question. En effet, des allégations ont été faites selon lesquelles le gouverneur Gray Davis aurait été impliqué dans une affaire de corruption. Il aurait été soupçonné d’avoir pris cette mesure en échange de contributions de campagne et post-campagne de la part d’Archer Daniels Midland, une société leader dans l’industrie de l’éthanol et donc concurrente du MTBE²⁰¹⁷. Cependant, après avoir examiné les éléments du dossier en utilisant la méthode dite de « relier les points » (« *connect-the-dots* » en anglais), le tribunal a conclu que les éléments ne pouvaient pas être considérés comme un schéma de corruption, contrairement à ce qu’affirmait Methanex²⁰¹⁸.

661. L’arbitrage a duré six ans, de 1999 à 2005, au cours desquels le cadre procédural a subi d’importants changements sous l’impulsion des États-Unis. Plus précisément, la participation des *amicus curiae* a été acceptée (1), le principe de transparence a été introduit (2) et un tournant vers la valeur de la protection de l’environnement a été pris (3).

1) Acceptation de la participation des *amicus curiae*

662. En principe, les parties non liées n’ont pas la possibilité de participer à un arbitrage dans le cadre de l’ALENA. Cependant, sous l’influence des États-Unis, le tribunal constitué pour l’affaire *Methanex* a accepté pour la première fois la participation des *amicus curiae* sous formes de soumissions écrites²⁰¹⁹. Ainsi, l’organisation International Institute for Sustainable Development (ci-après IISD) a été l’un des deux *amici*²⁰²⁰ pour l’arbitrage²⁰²¹. Notons également que le recours à une audience ouverte²⁰²², rediffusée à la Banque mondiale, a été admis pour la première fois²⁰²³, en lieu et place d’une audience confidentielle. De plus, après l’audience, le tribunal a également permis aux *amici* de fournir des mémoires supplémentaires

²⁰¹⁶ *Ibid.*

²⁰¹⁷ *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part I, preface, paragr.5*

²⁰¹⁸ *v. Analyse du tribunal, Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, Part II, Chapter B*

²⁰¹⁹ *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “amici curiae”, 15 janvier 2001*

²⁰²⁰ L’autre *amici* est Bluewater Network.

²⁰²¹ Mann H., « The Final decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles », *IISD*, août 2005, p. 11, note de bas de page n°22 [en ligne: <https://www.iisd.org/articles/final-decision-methanex-v-united-states-some-new-wine-some-new-bottles>] [consulté le 20 juillet 2021]

²⁰²² *Id.*, p. 12

Les *amici* ne sont pas autorisés à participer à la discussion.

²⁰²³ *Ibid.*

afin d'expliquer leurs préoccupations concernant les questions environnementales²⁰²⁴. Grâce à l'arbitrage de *Methanex*, la procédure d'*amici* a donc été adaptée aux exigences du Canada et des États-Unis²⁰²⁵. Cela met en évidence l'influence significative de ces États sur le déroulement de la procédure d'arbitrage.

2) Du principe de confidentialité au principe de transparence

663. En effet, avant l'affaire *Mathanex c. États-Unis*, l'arbitrage dans le cadre de l'ALENA était confidentiel, sauf si les parties étaient d'accord pour l'ouvrir au public²⁰²⁶. Un des avocats a ainsi défendu la confidentialité pour éviter un processus plus long et coûteux, lors d'une plainte portée dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA contre le Canada²⁰²⁷. En effet, un grand nombre de documents internes échangés en toute confidentialité ont été transmis pendant l'arbitrage²⁰²⁸. Toutefois, cette confidentialité tout au long de la procédure a été largement critiquée lorsque les plaintes portaient sur des affaires relatives à l'environnement²⁰²⁹.

664. En 2001, les trois pays membres, à savoir les États-Unis, le Canada et le Mexique, ont publié une note explicative prétendant que la procédure d'arbitrage et d'audience n'exigeaient plus la confidentialité, sauf pour certaines exceptions strictement encadrées, et que les documents arbitraux devaient être rendus publics en temps opportun²⁰³⁰. Il convient de préciser que cette même note explicative a également apporté des éclaircissements sur l'article 1105 concernant le traitement minimal conformément au droit international²⁰³¹. Certaines critiques ont soulevé que la note interprétative semblait davantage modifier l'article 1105 que simplement fournir un texte de valeur interprétative²⁰³².

665. En 2003, les États-Unis ont publié une annonce visant à rendre les audiences publiques²⁰³³. Par conséquent, le modèle de TBI des États-Unis de 2012 a inclus une clause de

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ *Id.*, p. 13

²⁰²⁶ Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *op.cit.*, p. 44

²⁰²⁷ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 476, note de bas de page n°38

²⁰²⁸ *Ibid.*

²⁰²⁹ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 241

²⁰³⁰ Free Trade Commission, North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31 juillet 2001

²⁰³¹ *Ibid.*

²⁰³² Brower C.N., « NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA », *op.cit.*, p. 255

²⁰³³ US Department of State, Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations, 7 octobre 2003

transparence pour la procédure de RDIE. La Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités a été adoptée en avril 2014, suivant cette tendance en matière de transparence. En effet, les ONG ont activement critiqué le manque de transparence et, en collaboration avec les pays défendeurs, notamment les États-Unis, la clause de transparence ainsi que le mécanisme d'*amicus curiae* ont été introduits dans l'arbitrage afin que ces organisations puissent faire valoir leurs opinions par écrit et être entendues²⁰³⁴. Cependant, en 2019, soit 18 ans après la toute première notification de demande de transparence, de nombreux arbitrages demeurent encore confidentiels²⁰³⁵.

3) Une préoccupation récente : la protection de l'environnement

666. Outre ces modifications procédurales, le tribunal n'a pas suivi le raisonnement des anciennes sentences qui étaient favorables aux investisseurs, comme dans les affaires *Metalclad c. Mexique* et *S.D. Myers c. Canada*, mais a préféré accorder une nouvelle importance aux questions environnementales. Pour rappel, dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*, le tribunal a jugé que l'expropriation est constituée si l'investisseur étranger a subi une perte des revenus espérés²⁰³⁶; de même, dans la sentence arbitrale de *S.D. Myers c. Canada*, le tribunal a statué que la protection environnementale avancée doit être en compatibilité avec le libre-échange et ne doit pas l'affecter de manière excessive²⁰³⁷. En revanche, dans l'affaire *Methanex*, le tribunal a conclu qu'il faut une intention délibérément discriminatoire dans la législation à l'encontre d'un investisseur étranger pour constituer un cas d'expropriation²⁰³⁸. Par conséquent, une législation non discriminatoire, visant des objectifs publics tels que la protection de l'environnement et de la santé publique, édictée conformément à une procédure régulière, n'est pas réputée expropriatrice et est donc non indemnisable dans le cadre de contentieux des investissements²⁰³⁹.

667. En ce qui concerne la violation alléguée par Methanex de l'article 1102 sur le traitement national de l'ALENA, le tribunal arbitral a conclu que Methanex n'a pas réussi à démontrer que

²⁰³⁴ Martin Hamidi L., « L'avenir du règlement des différends entre investisseurs étrangers et États dans les traités commerciaux internationaux », *RLDA*, n°141, octobre 2018, p. 35

²⁰³⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2020*, p. 110

²⁰³⁶ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, § 107-112

²⁰³⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, *UNCITRAL*, Claimant methanex corporation's reply to the amicus curiae submissions of earthjustice and the international institute for sustainable development, le 23 avril 2004, paragr. 20

Texte original: « where a state can achieve its chosen level of environmental protection through a variety of equally effective and reasonable means, it is obliged to adopt the alternative that is most consistent with open trade »

²⁰³⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, *UNCITRAL*, Final Award, Part IV, chapitre D, paragr. 7

²⁰³⁹ *Ibid.*

l'interdiction imposée par la Californie était discriminatoire en raison de la nationalité²⁰⁴⁰. La conception large des « circonstance similaires » avancée par Methanex a été rejetée par le tribunal²⁰⁴¹. Au lieu de comparer les situations entre les producteurs de méthanol et d'éthanol, le tribunal a estimé que les investisseurs étrangers devaient être comparés aux producteurs nationaux de méthanol qui ont également été affectés par l'interdiction²⁰⁴². En résumé, le tribunal a rejeté toutes les demandes de Methanex et lui a également ordonné de payer les frais juridiques et les frais d'arbitrage des États-Unis, d'un montant d'environ quatre millions de dollars.

668. L'évolution radicale des sentences arbitrales (*Metalcald c. Mexique* et *Methanex c. États-Unis*) dans un laps de cinq ans, a suscité des critiques, arguant que la jurisprudence des tribunaux arbitraux est passée « d'une prédisposition ultra protectrice de l'investissement étranger à une conception plus favorable aux intérêts de l'État »²⁰⁴³. En somme, l'affaire *Methanex* a révélé une meilleure prise en compte de la protection de l'environnement, cette valeur étant considérée comme supérieure à la protection de la propriété des investisseurs étrangers. Les précédentes sentences arbitrales, telles que *Metalcald c. Mexique* et *S.D. Myers c. Canada*, ont été l'objet d'observations pour leur orientation excessive en faveur de la protection des investissements accordée par le biais du chapitre 11 de l'ALENA²⁰⁴⁴. En effet, l'intérêt économique des investisseurs privés a été placé au même niveau que les considérations de politique publique qui sous-tendent la législation environnementale²⁰⁴⁵. Le principe de « pollueur-payeur » a été cité dans ces analyses de sentences arbitrales, tout comme dans d'autres cas similaires²⁰⁴⁶. Une autre critique réside dans le fait que les investisseurs étrangers ont accès à des droits en vertu de l'ALENA qui ne sont pas accessibles à leurs homologues nationaux²⁰⁴⁷. Une fois de plus, on peut observer l'influence considérable exercée par les États-Unis sur les décisions des tribunaux arbitraux.

²⁰⁴⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Preliminary Award, paragr. 147

²⁰⁴¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, Part IV, chapitre E, § paragr. 18-22

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ Robert-Cuendet S., *Protection de l'environnement et investissement étranger*, 726 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008, p.715

²⁰⁴⁴ Dougherty K., « *Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation* », *op.cit.*, p. 735

²⁰⁴⁵ *Ibid.*

²⁰⁴⁶ *Id.*, p. 746

²⁰⁴⁷ *Ibid.*, v. également Johnson L., Sachs L., Sachs J., « *Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law* », *op.cit.*, p.7-10

B. Autres sentences arbitrales

669. Outre la sentence arbitrale mentionnée précédemment, plusieurs arbitrages ont provoqué des discussions concernant l'ingérence de la souveraineté d'un pays et sa prérogative législative en matière d'intérêt public et d'ordre juridique national, notamment en ce qui concerne l'environnement, la santé publique ainsi que les jugements des tribunaux nationaux. A titre d'exemple, dans l'affaire *Glamis Gold c. États-Unis*²⁰⁴⁸, l'investisseur étranger a contesté devant le tribunal arbitral le renforcement des mesures environnementales relatives aux opérations minières à ciel ouvert. Dans la sentence arbitrale *Loewen c. États-Unis*²⁰⁴⁹, Loewen a réclamé des dommages-intérêts en vertu du chapitre 11 de l'ALENA pour des préjudices présumés résultant d'un litige auquel la société a été impliquée devant les tribunaux de l'État du Mississippi²⁰⁵⁰. Considérée comme abusive, la plainte déposée par Loewen a été critiquée par les groupes anti-ALENA comme « une attaque en règle contre la démocratie »²⁰⁵¹. Or, il a été établi que l'un des arbitres de l'affaire Loewen, l'ancien membre du Congrès et juge de la cour d'appel américaine Abner Mikva, a été indûment influencé par le département de la Justice des États-Unis²⁰⁵². En effet, lors d'une conférence en 2004, un fonctionnaire du Département de la Justice aurait dit à Mikva que « Vous savez juge, si nous perdons cette affaire, nous pourrions perdre l'ALENA »²⁰⁵³. Mikva a répondu « Eh bien, si vous voulez mettre la pression sur moi, alors, c'est réussi »²⁰⁵⁴. Le Professeur David A. Gantz de l'Université d'Arizona, spécialisé en droit du commerce et des investissements internationaux, a estimé que cela démontrait le niveau d'inquiétude ressenti par les représentants du gouvernement américain lorsque les États-Unis étaient engagés dans un arbitrage au titre du mécanisme de RDIE²⁰⁵⁵.

670. De plus, plusieurs sentences arbitrales contre le Canada engendré des débats sur ce même sujet. Par exemple, l'affaire *Lone Pine c. Canada*²⁰⁵⁶ porte sur une loi du gouvernement

²⁰⁴⁸ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL

²⁰⁴⁹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3

²⁰⁵⁰ *Id.*, Award, paragr.1-8

²⁰⁵¹ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 242

Texte original: « an all-out attack on democracy »

²⁰⁵² *Id.*, p. 242-243

Texte original: « You know judge, if we lose this case we could lose NAFTA. »

²⁰⁵³ *Id.*, p. 243

²⁰⁵⁴ *Ibid*

Texte original: « Well, if you want to put pressure on me, then that does it. »

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2

canadien visant à renforcer les conditions d'extraction de gaz pour protéger l'environnement. Lone Pinc a saisi devant le tribunal arbitral en alléguant que cette mesure constituait une expropriation. De manière similaire, l'affaire *Eli Lilly c. Canada*²⁰⁵⁷ concerne un jugement de la cour canadienne sur un tiers. L'explication par le juge du terme « utile » dans la loi sur les brevets du Canada a été considérée comme une violation du chapitre 11 d'ALENA.

671. Parmi les récentes sentences arbitrales suscitant des débats au sein de l'ALENA et impliquant les États-Unis, on peut citer l'affaire *Apotex Inc. c. États-Unis*²⁰⁵⁸. La société pharmaceutique canadienne Apotex Inc a présenté une plainte en 2008 devant les tribunaux arbitraux, contestant les erreurs d'interprétation de la loi fédérale des États-Unis par les tribunaux américains²⁰⁵⁹ en violation des articles 1102 sur le traitement national et 1105 sur le traitement minimal de l'ALENA²⁰⁶⁰. D'après Apotex, les décisions des tribunaux américains avaient eu pour effet d'exproprier les investissements de l'entreprise en vertu de l'article 1110 de l'ALENA²⁰⁶¹. Plusieurs décisions de justice américaines étaient en question. Il s'agissait en premier lieu des décisions des Cours fédérales américaines concernant la demande d'Apotex visant à obtenir l'approbation de la *Food and Drug Administration* (ci-après « FDA ») pour une version générique du médicament « Zoloft® » fabriqué par Pfizer Inc. et utilisé pour traiter la dépression, les troubles obsessionnels compulsifs, les crises de panique et l'état de stress post-traumatique²⁰⁶². En second lieu, une décision de la FDA et trois décisions des Cours fédérales des États-Unis ont été remises en question à propos de la demande d'Apotex d'obtenir l'approbation de la FDA pour une version générique du médicament « Pravachol® » fabriqué par Bristol Myers Squibb, couramment utilisé pour abaisser le cholestérol et prévenir les maladies cardiovasculaires²⁰⁶³. De manière parallèle, le même groupe de sociétés a engagé une plainte dans le cadre de la procédure de Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI suite à la décision de la FDA d'émettre des alertes d'importation concernant deux installations de fabrication²⁰⁶⁴. La FDA avait constaté des violations des normes de bonnes pratiques de fabrication dans ces installations et avait imposé des restrictions sur l'importation des produits

²⁰⁵⁷ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2

²⁰⁵⁸ *Apotex Inc. v. United States of America*, UCITRAL

²⁰⁵⁹ *Apotex Inc. v. United States of America*, UCITRAL, Award on jurisdiction and admissibility, §1-11

²⁰⁶⁰ *Apotex Inc. v. United States of America*, UCITRAL, Award on jurisdiction and admissibility, §12-17

²⁰⁶¹ *Ibid.*

²⁰⁶² *Id.*, §15

²⁰⁶³ *Id.*, §16

²⁰⁶⁴ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1

en provenance d'Apotex Holding, situé au Canada²⁰⁶⁵. En fin de compte, les tribunaux arbitraux ont rejeté toutes les réclamations d'Apotex.

672. Ces arbitrages, considérés manifestement en dehors du champ d'application du chapitre sur l'investissement de l'ALENA, ont essuyé les critiques des Américains. Selon les juristes américains, le mécanisme de RDIE permet à une société canadienne de contester l'application par la FDA des règles de santé et de sécurité contre les fabricants de médicaments canadiens au Canada, ce qui constitue une atteinte à la souveraineté de l'État²⁰⁶⁶

673. La supériorité de l'objectif initial des traités d'investissement a progressivement été remise en cause, une plus grande prise en compte de l'intérêt public, notamment la protection de l'environnement et la santé publique, par les arbitres. Dans l'affaire *Methanex c. États-Unis*, où les États-Unis étaient l'État défendeur, la technique procédurale d'*amici curiae* a été introduit dans le cadre du mécanisme de RDIE, afin de soutenir la nécessité de réformer la législation nationale en vue de renforcer la protection de l'environnement. Pour la première fois, le tribunal arbitral a accepté des mémoires soumis par une tierce partie, l'*amici curiae*, dans le cadre du règlement des différends en matière d'investissement d'étranger²⁰⁶⁷. Outre cette nouveauté procédurale, les États-Unis ont également procédé à la modification de leurs modèles d'accords internationaux en matière d'investissement international.

II. Les modifications des accords internationaux

674. Suite à l'affaire *Methanex c. États-Unis*, au cours de laquelle leurs intérêts souverains ont été perçus comme menacés par les arbitrages en matière d'investissements(A), les États-Unis ont activement mobilisé leur capacité normative pour prévenir les abus du mécanisme de règlement des différends consenti aux investisseurs dans le cadre des traités de libre-échange. Par conséquent, les États-Unis ont entrepris des modifications de leurs modèles de conventions de libre-échange(B).

A. Engagements internationaux non conformes à l'esprit du droit américain

675. Comme mentionné précédemment, les normes internationales relatives aux investissements étrangers ont été élaborées sous l'initiative des États-Unis et en accord avec

²⁰⁶⁵ *Id.*, Award, §3.9-3.26

²⁰⁶⁶ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 6

²⁰⁶⁷ Hayek I., *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, 479 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016, p.185, paragr. 301

leurs intérêts. Selon le juriste européen Milanova Alice, « les traités d'intégration économique traduisent souvent les seules valeurs du libre-échange et les principes de la jurisprudence constitutionnelle des États-Unis »²⁰⁶⁸. C'est pourquoi les « pays de tradition civiliste adhérant aux traités d'intégration économique »²⁰⁶⁹ doivent réviser ces normes internationales afin de concilier « la logique du droit anglo-saxon et celle du droit continental »²⁰⁷⁰. En effet, le choix du mécanisme de RDIE par l'ALENA, motivé par l'influence du constitutionalisme libéral²⁰⁷¹, reflète directement les principes du libéralisme anglo-saxon²⁰⁷². Monsieur Wagner, professeur aux États-Unis, a également partagé l'opinion selon laquelle le droit américain a eu un impact significatif sur le développement du droit international, y compris dans le domaine du droit des investissements internationaux²⁰⁷³. Il a fait référence au célèbre adage de la Cour suprême des États-Unis « le droit international fait partie de notre droit »²⁰⁷⁴. Cette remarque met en évidence les interférences entre le droit international et le droit américain, en particulier les conflits entre ces derniers²⁰⁷⁵. En effet, lors de l'explication et de la négociation de l'ALENA, les États-Unis, le Canada et le Mexique ont tous tendance à influencer le droit international pour qu'il reflète leurs systèmes respectifs²⁰⁷⁶. Evidemment, les États-Unis ont une puissance de négociation plus étendue que les deux autres pays. De manière générale, les TBI et les traités de libre-échange négociés par les États-Unis²⁰⁷⁷, y compris la célèbre clause d'« expropriation », reposent sur le cinquième amendement de la constitution des États-Unis et les jurisprudences américaines correspondantes²⁰⁷⁸. Ce texte est « réputé être l'une des dispositions les plus protectrices au monde du droit de propriété »²⁰⁷⁹.

676. Contrairement à la critique européenne selon laquelle le mécanisme de RDIE aurait interprété le droit américain, il est intéressant de noter que ce mécanisme a été l'objet de critiques de la part du camp américain. Ce dernier reproche au RDIE de ne pas avoir interprété

²⁰⁶⁸ Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *op.cit.*, p.87

²⁰⁶⁹ *Ibid.*

²⁰⁷⁰ *Ibid.*

²⁰⁷¹ *Id.*, p.89

²⁰⁷² *Ibid.*

²⁰⁷³ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 501
 Texte original: « International law is part of our law. »

²⁰⁷⁴ *The Paquete Habana*, 175 U.S.677, 700(1900), cité dans Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 501

²⁰⁷⁵ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 502

²⁰⁷⁶ *Id.*, p. 501

²⁰⁷⁷ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 8

²⁰⁷⁸ Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *op.cit.*, p. 502-509

²⁰⁷⁹ Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers », *op.cit.*, p.270

le traité conformément à l'esprit du droit des États-Unis et d'avoir enfreint le droit substantiel et procédural américain²⁰⁸⁰. En effet, bien que le mécanisme de RDIE ait été conçu pour refléter le principe du cinquième amendement de la Constitution des États-Unis, les interprétations américaines du traité ont souvent été rejetées par les tribunaux arbitraux²⁰⁸¹. Jeffrey Zients, directeur du Conseil économique national du président, a observé que les tribunaux arbitraux ne respectent pas toujours les principes constitutionnels américains et peuvent agir de manière partielle ou discriminatoire²⁰⁸².

677. En effet, le mécanisme de RDIE n'a pas attiré une grande attention lors de négociation de l'ALENA. Dès la première plainte saisie par Ethyl Corporation²⁰⁸³ contre la Canada en avril 1997, les critiques ont immédiatement émané des ONG²⁰⁸⁴. L'ONG appelée « *Public Citizen* » a souligné que « la poursuite de 251 millions de dollars intentée par Ethyl Corporation à l'encontre d'une nouvelle loi canadienne sur l'environnement devrait sonner l'alarme dans le monde de l'intérêt public »²⁰⁸⁵, et « [c]ette action en justice, initiée en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain, met en évidence le danger sérieux que les accords économiques internationaux actuels et futurs pourraient représenter pour les réglementations environnementales et les autres lois protégeant le public »²⁰⁸⁶.

678. En résumé, les Américains considèrent que le mécanisme de RDIE a permis aux investisseurs étrangers de contourner et de passer outre l'ordre juridique national, portant ainsi atteinte aux droits nationaux ainsi qu'aux droits et intérêts d'autrui, y compris les entreprises nationales et les régulateurs locaux de l'État²⁰⁸⁷.

679. De plus, les juristes américains avancent l'idée que l'ordre juridique national américain est en lui-même adéquat pour protéger les intérêts des investisseurs contre un traitement

²⁰⁸⁰ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 16

²⁰⁸¹ *Id.*, p. 6

²⁰⁸² Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.251

²⁰⁸³ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL

²⁰⁸⁴ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 239

²⁰⁸⁵ Cité dans *Id.*, p. 239-240

Texte original: « Ethyl Corporation's \$251 million lawsuit against a new Canadian environmental law should set off alarm bells throughout the public interest world. The suit, brought under the terms of the North American Free Trade Agreement, demonstrates the serious danger that present and future international economic pacts could pose to environmental regulations and other laws that protect the public. »

²⁰⁸⁶ *Ibid.*

²⁰⁸⁷ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 13

inapproprié et une ingérence injustifiée du gouvernement²⁰⁸⁸. Ils affirment que cet ordre juridique national établit un équilibre entre la protection des investisseurs et les intérêts publics en matière de sécurité, de santé et de sûreté²⁰⁸⁹. De plus, il repose sur une série complexe et détaillée de règles de fond et de procédure régissant les plaintes contre le gouvernement : qui peut les déposer, dans quelles circonstances, selon quel processus, pour quels types de préjudices et pour quels recours²⁰⁹⁰. En revanche, selon eux, le mécanisme de RDIE permet aux entreprises étrangères d'éviter les tribunaux américains et de se tourner vers un panel international d'arbitres, voire même de contester les décisions des tribunaux nationaux²⁰⁹¹. Ils estiment que ce mécanisme de RDIE, inséré dans les TBI et les accords de libre-échanges signés par les États-Unis, contourne l'équilibre entre les droits privés et publics du droit interne américain²⁰⁹². L'ancien sénateur Elizabeth Warren, également professeur de droit à l'Université de Harvard, se positionne contre l'insertion de la clause de RDIE dans les négociations du traité TTP. Selon elle, l'acceptation du RDIE dans ce vaste nouveau traité du TPP ne pencherait davantage qu'en faveur des grandes sociétés multinationales aux États-Unis, ce qui minerait même la souveraineté américaine²⁰⁹³. Elle ajoute que si une société étrangère venait à l'emporter, la décision du tribunal arbitral ne pourrait être contestée devant les tribunaux américains ; au contraire, ledit tribunal arbitral pourrait exiger des contribuables américains des millions, voire des milliards de dollars en dommages-intérêts²⁰⁹⁴. De même, les ONG critiquent le fait que le mécanisme de RDIE octroie aux investisseurs étrangers plus de droits compensatoires par rapport aux investisseurs nationaux²⁰⁹⁵. Selon ces organisations, les investisseurs étrangers bénéficient d'une double protection, à la fois par le traité d'investissement et par le droit américain, tandis que les investisseurs nationaux ne jouissent que de la protection du droit interne.

²⁰⁸⁸ *Id.*, p.4

²⁰⁸⁹ *Ibid.*

²⁰⁹⁰ *Ibid.*

Texte original: « a host of complex and detailed substantive and procedural rules governing who can bring claims against the government, under what circumstances, through what processes, for what types of harms, and for what remedies »

²⁰⁹¹ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3

²⁰⁹² Warren E., « The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose », *op.cit.*

²⁰⁹³ *Ibid.*

²⁰⁹⁴ *Ibid.*

Texte original: « If the company won, the ruling couldn't be challenged in U.S. courts, and the arbitration panel could require American taxpayers to cough up millions — and even billions — of dollars in damages. »

²⁰⁹⁵ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 237

680. Monsieur le Professeur Charles N. Brower, ancien fonctionnaire du département d'État américain et juge reconnu au Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, a ainsi considéré que le chapitre 11 d'ALENA, premier à intégrer le mécanisme de RDIE par les États-Unis, « s'est avéré être un laboratoire dynamique »²⁰⁹⁶. De son côté, Mark Clodfelter, haut fonctionnaire du département d'État américain, a émis des commentaires sept ans après l'entrée en vigueur de l'ALENA. Selon lui, les trois pays « ont fait un très grand pas dans l'inconnu lorsqu'ils ont signé le chapitre 11 »²⁰⁹⁷. En effet, les pays membres de l'ALENA « ont renoncé à l'immunité souveraine de réclamations dans une mesure bien plus importante qu'ils n'ont consenti à la juridiction, par exemple, de la Cour internationale de Justice »²⁰⁹⁸ et « ont accepté d'être tenus responsables devant des demandeurs privés et des tribunaux arbitraux qui ne sont soumis qu'à un examen très limité ». Enfin, bien que les États-Unis aient été parties à un bon nombre de TBI comportant un équivalent du chapitre 11 de l'ALENA, il convient de noter qu'ils ne l'ont jamais fait avec des États voisins investissant autant sur leur territoire²⁰⁹⁹.

681. En résumé, aussi bien les Européens que les Américains s'opposent désormais au mécanisme de RDIE. Les premiers le contestent car ce mécanisme ne reflète que les principes et doctrines anglo-saxons²¹⁰⁰. De leur côté, les seconds le critiquent pour son manque de fidélité envers les principes constitutionnels américains²¹⁰¹. Par conséquent, les États-Unis s'efforcent dès lors de corriger le mécanisme de RDIE et de réformer les normes internationales en matière d'investissements étrangers.

²⁰⁹⁶ Brower C.N., « NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA », *op.cit.*, p. 257

Texte original: « proven itself to be a dyanmic laboratory »

²⁰⁹⁷ Cité dans Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 240

Texte original: « took a very big step into the unknown when they signed onto Chapter 11 »

²⁰⁹⁸ *Ibid.*

Texte original: «The NAFTA Parties have waived sovereign immunity from claims to an extent far greater than they have consented to the jurisdiction, for example, of the International Court of Justice. They have agreed to be answerable to private claimants before arbitral tribunals that are subject to only very limited review. »

²⁰⁹⁹ *Ibid.*

²¹⁰⁰ Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *op.cit.*, p.87

²¹⁰¹ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p.13

B. Les modifications sur le mécanisme de RDIE

682. À la suite de ces critiques concernant le mécanisme de RDIE, les États-Unis ont apporté plusieurs modifications à ce mécanisme dans les nouveaux accords de libre-échange négociés après l'ALENA.

683. Sous la présidence de George W. Bush, de 2001 à 2009, des modifications ont d'abord été apportées dans l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis, signé en août 2004 et entré en vigueur en janvier 2005. Cependant, le mécanisme de RDIE a été explicitement exclu de l'accord à la demande de l'Australie²¹⁰². De plus, l'article 4 (b) dans l'Annexe 11-B dudit accord a précisé que les mesures réglementaires non discriminatoires prises par une Partie dans le but légitime de promouvoir le bien-être public, notamment la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes²¹⁰³.

684. L'accord entre les États-Unis et l'Australie se démarque en tant qu'exception, car les autres traités continuent d'inclure le mécanisme de RIDE. Toutefois, le champ d'application des expropriations indirectes est restreint dans les nouveaux accords négociés. Ce phénomène découle de l'Annex 10-D de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, signé en 2003 et entré en vigueur en 2004²¹⁰⁴. Pour l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, signé en mai 2003 et entré en vigueur en janvier 2004, une disposition similaire est énoncée dans le point 4 d'une lettre latérale datée du 6 mai 2003²¹⁰⁵, en tant que partie intégrante de l'accord. Une mention analogue se retrouve également dans l'article 4 de l'annexe B Expropriation du modèle de TBI des États-Unis datant de 2004²¹⁰⁶. Dans le cas des accords suivants, comme l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Corée du Sud, signé en 2007, renégocié en 2010 et entré en vigueur en 2012, le même texte a été inséré dans l'article 3

²¹⁰² Tienhaara K., Ranald P., « Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing factors », *IISD*, le 12 juillet 2011 [en ligne: <https://www.iisd.org/itn/en/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/>] [consulté le 6 juin 2023]

²¹⁰³ Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis, annex 11-B, 4 (b)

« Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to achieve legitimate public welfare objectives, such as the protection of public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.»

²¹⁰⁴ Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Chili, Annex 10-D, 4 (b)

« Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations. »

²¹⁰⁵ USTR, Exchange of Letters on Expropriation

²¹⁰⁶ U.S. Model Bilateral Investment Treaty 2004, Annex B 4 (b)

« Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations. »

(b) de l'annexe 11-B. Ce même modèle a été utilisé dans l'article 3 (b) l'annexe 10-B de l'Accord de libre-échange entre la Colombie et les États-Unis signé en 2006 et entré en vigueur en 2012.

685. Sous le gouvernement de Barack Obama en 2009, les États-Unis n'ont pas abandonné l'idée d'insérer le mécanisme de RDIE malgré des critiques de plus en plus soutenues. Pour contrer ces critiques, le gouvernement Obama a avancé que le mécanisme de RDIE visait non seulement à protéger les investissements réalisés aux États-Unis, mais qu'il était également essentiel pour sauvegarder les intérêts des investisseurs américains dans les pays en développement où la protection est insuffisante²¹⁰⁷. Cependant, une telle explication n'a pas convaincu. En effet, les pratiques dans le cadre de l'ALENA démontrent que ce mécanisme, initialement conçu pour résoudre les litiges entre investisseurs américains ou canadiens et le Mexique, a été principalement utilisé entre investisseurs canadiens et les États-Unis, ainsi qu'entre investisseurs américains et le Canada²¹⁰⁸. Ces sentences arbitrales ont souvent conduit à une certaine ingérence dans la souveraineté des pays, notamment en ce qui concerne la législation sur l'environnement et la santé publique. De plus, bien qu'ayant été unilatéralement retiré par le président Trump en 2017, l'Accord de partenariat transpacifique (TPP en anglais) a été ratifié par les États-Unis en 2016 sous la présidence d'Obama. Une limitation du RDIE sous une disposition similaire a été énoncée dans son Annexe 9-B, paragraphe 3(b)²¹⁰⁹. Il est précisé dans le préambule que le TPP reconnaît le droit à régler et à préserver la flexibilité des États contractants pour définir leurs priorités législatives et réglementaires, en vue de protéger le bien-être public et de servir les objectifs légitimes d'intérêt général tels que la santé publique, la sécurité, l'environnement, la préservation des ressources naturelles vivantes ou non vivantes, l'intégrité et la stabilité du système financier ainsi que la moralité publique²¹¹⁰. À la

²¹⁰⁷ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 4

²¹⁰⁸ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 237

²¹⁰⁹ TPP Annex 9-B 3 (b)

« Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances. »

²¹¹⁰ TPP, Preamble

« RECOGNISE their inherent right to regulate and resolve to preserve the flexibility of the Parties to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare, and protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, the conservation of living or non-living exhaustible natural resources, the integrity and stability of the financial system and public morals; »

suite des deux affaires initiées par le groupe Philip Morris en 2010 et 2012²¹¹¹, une clause d'exclusion (« *opt-out* ») du chapitre 9 « Investissement » a également été prévue dans l'article 29.5, permettant aux États contractants d'exclure la possibilité pour les investisseurs de contester les mesures nationales de contrôle du tabac devant les tribunaux arbitraux²¹¹².

686. Finalement, sous l'administration de Donald Trump, l'accord « ALENA 2.0 »²¹¹³, également connu sous le nom d'USMCA, a inséré une disposition similaire dans son article 3 (b) de l'Annexe 14-B. Cette disposition vise à affirmer que les mesures légitimes et non discriminatoires prises par un pays en matière de santé publique et d'environnement ne constituent pas une expropriation indirecte²¹¹⁴. Il est cependant important de noter que le mécanisme du RDIE ne s'applique qu'entre les États-Unis et le Mexique, le Canada n'ayant pas consenti à l'arbitrage dans cet accord.

687. En ce qui concerne le traitement minimum, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour stipule dans son article 15.5 que ce traitement minimum se conforme au droit international coutumier et aux notions de « traitement juste et équitable » ainsi que de « pleine protection et sécurité ». Le traitement minimum ne requiert pas d'ajout au-delà de ce qui est exigé par cette norme et ne donne pas lieu à la création de droits substantiels supplémentaires²¹¹⁵. Cette disposition a été incorporée dans le modèle de TBI des États-Unis en 2012²¹¹⁶. Par conséquent, le même libellé est apparu dans l'article 9.6 du TTP et l'article 14.6 de USMCA.

²¹¹¹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, et *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7

²¹¹² TPP, l'article 29.5

« A Party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims challenging a tobacco control measure¹² of the Party. Such a claim shall not be submitted to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment) if a Party has made such an election. If a Party has not elected to deny benefits with respect to such claims by the time of the submission of such a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), a Party may elect to deny benefits during the proceedings. For greater certainty, if a Party elects to deny benefits with respect to such claims, any such claim shall be dismissed. »

²¹¹³ Long H., « The USMCA is finally done. Here's what is in it », *The Washington Post*, le 10 décembre 2019

²¹¹⁴ USMCA Annex 14-B 3(b)

« Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances. »

²¹¹⁵ Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour, article 15.5 2

« 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. (a) The obligation in paragraph 1 to provide "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) The obligation in paragraph 1 to provide "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. »

²¹¹⁶ U.S. Model Bilateral Investment Treaty of 2012

La question de la confidentialité des procédures de RDIE, évoquée dans la version précédente de l'ALENA, a été largement critiquée lors des instances. Pour remédier à cela, une clause de transparence a été ajoutée au modèle de TBI des États-Unis en 2012²¹¹⁷. Dans le cas du TTP, ce principe a été consacré dans l'article 9.24, tandis que dans l'USMCA, la transparence des procédures arbitrales est précisée dans l'article 14.D.8²¹¹⁸.

688. Enfin, les États-Unis ont également envisagé la possibilité d'établir un mécanisme d'appel pour vérifier les décisions arbitrales rendues par les tribunaux constitués dans le cadre du RDIE lors des négociations du TTP²¹¹⁹. Toutefois, un tel mécanisme n'a pas été inclus dans les nouveaux traités négociés²¹²⁰. On craint que cela puisse avoir un effet pervers, les parties pouvant être tentées de faire systématiquement appel²¹²¹.

689. En résumé, les États-Unis ont activement exercé leur souveraineté pour modifier les traités internationaux (comme l'ALENA 2.0) ou moderniser leur modèle de TBI (modèles de 2004 et 2012) afin de limiter les effets des arbitrages dès lors qu'ils percevaient une ingérence dans leurs prérogatives législatives et judiciaires en matière d'intérêt public.

§ 2. Combat français pour préserver sa souveraineté dans l'Union européenne

690. Dans le cadre de ses recherches, le Professeur Carreau a effectué une comparaison entre la situation de la France et celle des États-Unis. Selon lui, « le modèle américain est périodiquement révisé pour tenir compte l'évolution de la matière et des intérêts nationaux, tandis que son homologue français date d'une bonne dizaine d'années et semble à l'écart des préoccupations et débats actuels »²¹²². Toutefois, la France n'est devenue partie défenderesse dans le cadre du mécanisme de RDIE qu'en 2013, pour la première fois²¹²³. De surcroît, cette procédure n'a pas abouti car le Secrétaire général du CIRDI a enregistré le désistement par voie

²¹¹⁷ U.S. Model Bilateral Investment Treaty of 2012, Article 11

²¹¹⁸ USMCA, Article 14.D.8

« 2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. If a disputing party intends to use information in a hearing that is designated as protected information or otherwise subject to paragraph 3 it shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect such information from disclosure which may include closing the hearing for the duration of the discussion of that information. »

²¹¹⁹ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 257

²¹²⁰ *Ibid.*

²¹²¹ Martin Hamidi L., « L'avenir du règlement des différends entre investisseurs étrangers et Etats dans les traités commerciaux internationaux », *op.cit.*, p. 34

²¹²² Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 211

²¹²³ *Erbil Senter v. French Republic*, ICSID Case No. ARB/13/22

Actuellement, la France est l'Etat défendeur dans deux procédures d'arbitrage : *Severgroup and KN c. France* en 2021 et *Encavis and others c. France* en 2022.

d'ordonnance en raison de l'inactivité des parties, conformément à l'article 45 de la Convention et règlement du CIRDI²¹²⁴. Par rapport aux États-Unis, la France est moins exposée à la pression en matière d'arbitrage dans le contexte des investissements. Cela explique peut-être en partie pourquoi le modèle français de TBI reste relativement simple, avec peu de modifications.

691. Cependant, la France subit une certaine forme de pression de la part de l'Union européenne. On pourrait comparer le rôle de l'Union européenne pour la France à celui de l'ALENA pour les États-Unis. Il est néanmoins important de noter que contrairement à l'ALENA, l'Union européenne possède « une nature politique »²¹²⁵ et implique une « délégation de souveraineté »²¹²⁶. En d'autres termes, l'Union européenne a légitimement obtenu « une base légale pour son action normative »²¹²⁷, établie dans le cadre de la politique commerciale commune. À l'inverse, les membres de l'ALENA ont la possibilité de modifier collectivement l'accord en ce qui concerne la transparence des procédures d'arbitrage, de fournir des explications sur l'accord, voire même de négocier un nouvel accord d'ACEUM pour remplacer l'ALENA. Cependant, cette option n'est pas disponible pour les pays membres de l'Union européenne. En effet, il est considéré que le droit matériel sur la construction du marché intérieur constitue la « clef de délimitation du pouvoir normatif des États membres »²¹²⁸. En ce qui concerne plus particulièrement la compétence de la France à contrôler les investissements étrangers, celle-ci est soumise à la surveillance de la Commission européenne. Les principes de libre circulation des capitaux et de liberté d'établissement au sein de l'Union européenne ont contraint la France à libéraliser ses politiques vis-à-vis des investisseurs intra-communautaires et des investisseurs en provenance de pays tiers pendant la période de prédominance du néolibéralisme (I). Au moment du retour à la souveraineté de l'État, la France, en accord avec les autres États membres, a joué un rôle moteur dans l'élaboration de la législation européenne sur le contrôle et le filtrage des investissements étrangers indésirables en provenance de pays tiers au sein de l'Union européenne (II).

²¹²⁴ Remy B., « Chroniques Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, n°1, janvier-février-mars 2019, p. 205

²¹²⁵ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.32-33, note de bas de page n°118

²¹²⁶ *Ibid.*

²¹²⁷ *Id.*, p. 43, paragr.135

²¹²⁸ Moya D., « Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés », *JDI*, n°2, avril-mai-juin 2020, p.533

I. Conflit de valeur

692. Suite à l'adoption de la directive 88/361/CEE du Conseil en date du 24 juin 1988, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les résidents des États membres ont été supprimées. La libre circulation des capitaux est ensuite devenue une valeur essentielle à protéger après l'entrée en vigueur du traité de Maastricht en novembre 1993. À ce jour, l'article 63 du TFUE (anciennement article 56 du TCE) prévoit que toute restriction aux mouvements de capitaux est interdite « à la fois entre les États membres et les pays tiers »²¹²⁹. Concernant la liberté d'établissement, ce principe est assuré par les articles 49 à 55 du TFUE (anciennement articles 43 à 48 et 294 du TCE). Ces deux libertés sont considérées comme des règles qui « restreignent les freins au jeu du libre investissement »²¹³⁰. En effet, la construction du marché intérieur s'est fondée sur la philosophie du libéralisme classique dominant. Un marché libre « garantit aux consommateurs de tous les pays les meilleurs prix pour les biens et services »²¹³¹, et favorise la délocalisation, en niant toute utilité à l'interventionnisme étatique à l'échelle nationale²¹³². De ce fait, les progrès dans la construction d'un tel marché sont perçus comme ayant entraîné un recul de l'« espace d'intervention nationale »²¹³³.

693. Par conséquent, la France se trouve confrontée à un véritable conflit de valeurs. Sous l'influence de l'Union européenne, la France est contrainte de placer le libéralisme devant son « patriotisme économique »²¹³⁴. Ce phénomène s'observe tant d'un point de vue judiciaire (A) que législatif (B).

A. La position de la CJUE sur la libre circulation des capitaux

694. Le conflit de valeurs mentionné commence ci-dessus s'est notamment illustré dans le contexte de la saisine de la Cour de justice par le Conseil d'État, à travers une question préjudicielle²¹³⁵.

695. Le litige au principal portait sur la demande adressée au Premier ministre français en vue de l'abrogation de certaines dispositions réglementaires établissant un régime

²¹²⁹ Mahler F., « Contrôle des investissements étrangers au sein de l'Union européenne – Etats des lieux et perspectives », *JCP E*, n°5, 1^{er} février 2018, p.45

²¹³⁰ De Beaufort V., « Repenser le volet externe du marché intérieur européen », *RUE*, 10 septembre 2010, p.516

²¹³¹ *Ibid.*

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ *Ibid.*

²¹³⁴ *Ibid.*

²¹³⁵ *CJCE*, 14 mars 2000, *Affaire C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*

d'autorisation préalable des investissements directs étrangers. Plus spécifiquement, le requérant sollicitait la modification du cadre réglementaire établi par le décret n°96-117²¹³⁶, lequel avait amendé le décret n°89-938. Il considérait que ce mécanisme d'autorisation instauré méconnaissait les règles communautaires relatives à la libre circulation des capitaux. En effet, la modification apportée par le décret n°96-117 instituait un mécanisme d'autorisation préalable, permettant au ministre chargé de l'Économie d'enjoindre à l'investisseur de suspendre une opération, ou de modifier ou rétablir, à ses frais, la situation antérieure en cas de défaut de demande d'autorisation préalable ou de refus d'autorisation. Cette prérogative s'appliquait aux situations où l'investissement était réalisé dans des activités, même à titre occasionnel, liées à l'exercice de l'autorité publique, ainsi qu'aux activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de substances explosives destinées à des fins militaires, ou de matériels de guerre²¹³⁷.

696. Rejetant la demande du requérant, le conseil d'État a considéré que l'interdiction de toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre États membres ne portait pas atteinte au droit des États membres de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique, conformément à l'article 73 D du traité de Rome du 25 mars 1957²¹³⁸. Toutefois, la CJUE a jugé qu'une disposition nationale subordonnant un investissement direct étranger à une autorisation préalable constituait une restriction aux mouvements de capitaux au sens de l'article 73 B, paragraphe 1, du traité, et en se référant à l'*arrêt Sanz de Lera e.a.* du 14 décembre 1995²¹³⁹. Selon la CJUE, les motifs de dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux doivent être interprétés strictement, de sorte que leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chaque État membre sans contrôle des institutions de la Communauté²¹⁴⁰. Plus précisément, l'ordre public et la sécurité publique ne peuvent être invoqués qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société²¹⁴¹. En outre, ces motifs ne sauraient être détournés de leur fonction propre pour servir des fins purement économiques²¹⁴². Selon la CJUE, les mesures restrictives ne peuvent être justifiées au titre de l'ordre public et de la sécurité publique que si elles sont nécessaires à

²¹³⁶ Décret n°96-117 du 14 février 1996 modifiant le décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger

²¹³⁷ L'article 5-1 du Décret n°96-117 du 14 février 1996

²¹³⁸ CJCE, 14 mars 2000, *Affaire C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*, paragr. 18

²¹³⁹ CJUE, arrêt du 14 décembre 1995, *Sanz de Lera e.a.*, C-163/94, C-165/94 et C-250/94

²¹⁴⁰ CJCE, 14 mars 2000, *Affaire C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*, paragr. 17

²¹⁴¹ *Ibid.*

²¹⁴² *Ibid.*

la protection des intérêts qu'elles visent à garantir, et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives²¹⁴³. Toutefois, identifier les investissements susceptibles de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique présente une réelle difficulté. À cet égard, le régime de déclaration préalable est jugé insuffisant pour parer à une telle menace²¹⁴⁴. La Cour a donc conclu que la dérogation prévue à l'article 73 D de l'ancien traité doit être interprétée de manière à ce qu'elle ne permette pas « un régime d'autorisation préalable pour les investissements directs étrangers qui se limite à définir de façon générale les investissements concernés comme des investissements de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique, de sorte que les intéressés ne sont pas en mesure de connaître les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire »²¹⁴⁵. Dans le cadre d'une question préjudicielle, la CJUE a ainsi justifié que la Cour devrait examiner la demande du requérant à la lumière de l'article 73 D de l'ancien traité²¹⁴⁶.

697. En conclusion, la libre circulation des capitaux, symbole du libéralisme en matière d'investissement international, a été la priorité de l'Union européenne. Le néolibéralisme s'oppose en principe à l'intervention gouvernementale dans les économies. Ainsi, l'État doit limiter son intervention dans les investissements étrangers et les exceptions à cette règle doivent être minimales pour favoriser la construction d'un marché intérieur cohérent. Par conséquent, toute dérogation à la libre circulation des capitaux au nom de l'ordre public ou de la sécurité publique était strictement encadrée.

B. L'intervention de la Commission européenne sur la législation française

698. L'intervention de la Commission européenne dans la législation française s'est amorcée avec le Décret n°2005-1739 du 30 décembre 2005²¹⁴⁷, promulgué dans le contexte d'une potentielle acquisition de Danone par PepsiCo. Ce décret visait à renforcer le filtrage des investissements étrangers non désirables en introduisant des mécanismes de déclaration et d'autorisation préalable. Dans le cas de l'affaire Danone, l'entreprise française détenait un casino en Haute-Savoie²¹⁴⁸. Le gouvernement a inscrit les casinos dans la liste des activités sensibles de ce décret, soumettant ainsi l'acquisition à la procédure d'autorisation préalable.

²¹⁴³ *Id.*, paragr. 18

²¹⁴⁴ *Id.*, paragr. 20

²¹⁴⁵ *Id.*, paragr. 23

²¹⁴⁶ Jazottes G., Luby M., « Relations financières avec l'étranger. Autorisation préalable. Absence de sanction. Modalités de l'autorisation », *RTD Com.*, n°3, 2001, p. 823

²¹⁴⁷ Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 réglemant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier

²¹⁴⁸ Mauduit L., « Villepin offre à Danone une pilule empoisonnée », *Le Monde*, *op.cit.*

Cette mesure a créé un effet de « pilule empoisonnée », destiné à décourager une prise de contrôle non souhaitée. Il est important de noter que l'acquisition n'a pas été directement interdite, mais la procédure d'autorisation préalable aurait complexifié le processus²¹⁴⁹. La Commission européenne a remis en question la pertinence de cette démarche en soulignant la « part marginale du chiffre d'affaires réalisée dans des activités sensibles [comme le casino] ». Ces observations ont suscité des doutes quant à la justification de la mesure.

699. La Commission européenne a alors adressé à la France une demande de mise en demeure concernant le mécanisme d'autorisation préalable appliqué aux investissements étrangers dans les secteurs d'activités susceptibles d'intéresser l'ordre public, la sécurité publique ou la défense nationale²¹⁵⁰. Selon la Commission, ces dispositions sont susceptibles de dissuader les investissements provenant d'autres États et sont en contradiction avec les règles du traité de Rome relatives à la libre circulation des capitaux (article 56) et au droit d'établissement (article 43)²¹⁵¹. En effet, l'ordre public, la sécurité publique ou la défense nationale sont des raisons d'intérêt général qui peuvent justifier les exceptions aux deux libertés susmentionnées. Toutefois, la mise en place de la procédure d'autorisation manque de proportionnalité au regard des objectifs énoncés et peut restreindre de manière excessive les libertés fondamentales garanties par le traité CE²¹⁵². Plus précisément, la mesure d'autorisation préalable mise en place par le gouvernement français est considérée par la Commission comme ne pouvant pas s'adapter à la réalisation des objectifs recherchés, « si le préjudice que la procédure en cause est censée prévenir est susceptible de survenir en l'absence de mouvements d'investissement »²¹⁵³. La Commission a alors sollicité des explications à la France. Elle lui a demandé de prouver que la procédure n'irait pas au-delà de ce qui est nécessaire, c'est-à-dire que les opérations d'investissements étrangers n'entraîneraient pas automatiquement une telle procédure²¹⁵⁴, ou qu'elle ne concernerait qu'une part marginale du chiffre d'affaires de l'investisseur provenant des activités intéressant l'ordre public, la sécurité publique ou la défense nationale²¹⁵⁵. Concernant les investisseurs visés par le décret, la Commission demande à la France de fournir une explication sur la raison pour laquelle les sociétés établies dans l'UE, mais contrôlées par des investisseurs de pays tiers, pourraient être soumises à la procédure plus

²¹⁴⁹ *Id*

²¹⁵⁰ IP/06/438, Libre circulation des capitaux : la Commission examine la loi française établissant une procédure d'autorisation pour les investissements étrangers dans certains secteurs, le 4 avril 2006

²¹⁵¹ *Id.*, p.1

²¹⁵² *Ibid.*

²¹⁵³ *Ibid.*

²¹⁵⁴ *Ibid.*

²¹⁵⁵ *Id.*, p.2

sévère applicable aux sociétés de pays tiers, alors qu'une société établie légalement et matériellement dans un État membre devrait normalement être traitée comme un ressortissant de cet État²¹⁵⁶. Enfin, notons également que la Commission a remis en cause l'inclusion des casinos dans le champ d'application du décret, considérant que ceux-ci devraient être couverts par la transposition adéquate de la directive 2005/60/CE relative au blanchiment de capitaux²¹⁵⁷.

700. La réponse de la France a été formulée le 11 décembre 2006 dans le délai de deux mois requis par la Commission²¹⁵⁸. Cette réponse a été présentée dans le rapport d'information du Sénat²¹⁵⁹. Considérant que le décret n°2005-1739 « a été reçu froidement par la Commission européenne »²¹⁶⁰, la France a justifié sa position en ce qui concerne les investisseurs en provenance de pays tiers implantés dans l'Union européenne. Elle « estime normal d'empêcher n'importe quelle société non européenne ayant une filiale dans l'Union de « faire son shopping » en France sans contrôle, d'autant que les investisseurs français sont connus avant même qu'ils investissent, ce qui n'est pas le cas des investisseurs étrangers »²¹⁶¹. Concernant l'inquiétude liée au risque de contrôle dépassant la part marginale du chiffre d'affaires réalisée dans des activités sensibles, la France a expliqué qu'elle procéderait systématiquement à « un examen de « la branche stratégique » visée et « non de l'ensemble de l'entreprise »²¹⁶². Elle a également souligné qu'un contrôle pouvait être effectué sur l'acquisition « sans bloquer l'investissement »²¹⁶³ en demandant des engagements « limités au seul établissement concerné »²¹⁶⁴ de la part de l'investisseur. Toutefois, la France a reconnu que le secteur des casinos pourrait être exclu du champ d'application du décret²¹⁶⁵. La réponse a été jugée « rassurante » pour la Commission européenne²¹⁶⁶.

701. La promulgation du décret n°2014-479, également appelé le « décret Alstom »²¹⁶⁷, a attiré une fois de plus l'attention de la Commission européenne. Le 19 juin 2014, le

²¹⁵⁶ *Ibid.*, p.1

²¹⁵⁷ *Ibid.*, p.2

²¹⁵⁸ Gaudin C., La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation, Sénat, *rapport d'information*, n°347, session ordinaire de 2006-2007, p. 322

²¹⁵⁹ *Ibid.*

²¹⁶⁰ *Ibid.*

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² *Ibid.*

²¹⁶³ *Ibid.*

²¹⁶⁴ *Ibid.*

²¹⁶⁵ *Ibid.*

²¹⁶⁶ Gaudin C., La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation, *op.cit.*, p.322

²¹⁶⁷ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable

Commissaire européen chargé du marché intérieur²¹⁶⁸, Michel Barnier, a adressé un courrier indiquant que la Commission européenne étudierait le dispositif pour vérifier s'il ne constituait pas une entrave à la libre circulation des capitaux²¹⁶⁹. Finalement, il a été conclu que le décret constituait certes une restriction au principe de libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement. Toutefois, cette restriction a été jugée justifiée par des raisons d'intérêt général, notamment l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, conformément à l'article 52 du TFUE²¹⁷⁰. Cette application proportionnée du décret n'exposait donc pas la France à des risques d'une procédure de sanction²¹⁷¹.

II. Construction d'un consensus européen autour de la souveraineté

702. En parallèle de l'influence de la politique européenne sur ses décisions, la France continue à lutter pour le renforcement de sa souveraineté, et ce dans l'objectif de contrôler au maximum les investissements étrangers (A). À cet égard, la crise sanitaire a encore marqué un profond tournant de la politique libérale vers la politique souveraine (B).

A. Le choix d'un contrôle de l'investissement : le retour de la souveraineté

703. Avant même l'épidémie de Covid-19, la France a dû faire un choix entre « sécurité nationale »²¹⁷² et « libéralisme dans l'investissement ». Dès l'année 2016, les flux d'investissements directs étrangers venant de la Chine dans l'Union européenne ont explosé²¹⁷³, ce qui a progressivement diminué la priorité donnée au libéralisme (1). Au contraire, un mécanisme de filtrage des investissements étrangers a été mis en place en Europe, permettant aux États de renforcer leur souveraineté (2).

1) L'augmentation des investissements chinois à l'étranger : une cause de retour vers la souveraineté

²¹⁶⁸ Courrier du 19 juin 2014 adressé par les services de la Commission européenne aux autorités françaises

²¹⁶⁹ Biache A., « Décret « Montebourg » - La défense des intérêts nationaux français face aux capitaux étrangers », *Revue Sorbonne OFIS*, novembre 2014, p.3

²¹⁷⁰ Audit M., Cazala J., « Droit des investissements. Régime du droit interne », *op.cit.*, p.7

²¹⁷¹ *Ibid.*

²¹⁷² Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p.509

²¹⁷³ Eric-André M., « L'Union européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », *Etudes de l'Ifri*, mars 2019, p.5 [en ligne: https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/martin_ue_filtre_investissements_etrangers_2019.pdf] [consulté le 21 août 2021]

704. Depuis l'année 2015, l'investissement chinois à l'étranger dépasse celui qu'elle reçoit elle-même de l'étranger²¹⁷⁴. Le montant des investissements chinois a atteint son pic en 2016²¹⁷⁵. Toutefois, un ralentissement considérable a été observé à partir de 2017²¹⁷⁶. En effet, les investissements chinois en Europe se sont élevés à 20,7 milliards d'euros en 2015, puis à 37,2 milliards en 2016, pour redescendre à 29,1 milliards en 2017, et enfin à 17,3 milliards d'euros en 2018²¹⁷⁷. En 2021, le nombre d'investissements venant de la Chine est au plus bas depuis dix ans, ayant chuté de 45% en 2020²¹⁷⁸. Cependant, l'épidémie du coronavirus n'est pas la seule raison de ce tournant, car ce facteur doit être combiné avec le renforcement du contrôle des sorties de capitaux chinois depuis l'année 2018²¹⁷⁹.

705. En ce qui concerne la France, la Chine ne constitue que 3% des investissements réalisés dans le pays, la plaçant ainsi en 10^{ème} position en 2021²¹⁸⁰ et en 2022²¹⁸¹. En revanche, en 2020, la Chine occupait la 6^{ème} place et constituait 4.4% des investissements étrangers en France²¹⁸². En 2019, ce chiffre était de 4% pour la Chine (7^{ème} place)²¹⁸³, de 4% en 2018 (8^{ème} place)²¹⁸⁴, et de 4% également en 2017 (9^{ème} place)²¹⁸⁵. Enfin, lors de l'année 2016, pendant laquelle le pic des investissements chinois a eu lieu, le chiffre s'élevait à 4,6%, la classant à la 7^{ème} place²¹⁸⁶. On observe que même durant cette année, les investissements chinois n'ont pas représenté une part importante en France.

²¹⁷⁴ 韩秀丽(Han X.), 翟羽梦(Zhai Y.), « 论“一带一路”倡议下中外投资协定中的投资者——国家仲裁机制 », *国际法研究*, n°5, 2017, p.24 (« Mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et États dans le cadre d'un accord d'investissement sino-étranger dans le cadre de l'initiative « la Ceinture et la Route » », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2017, p.24)

²¹⁷⁵ Nedelec G., « Les entreprises chinoises, vendeuses nettes d'actifs », *Les Echos*, le 17 septembre 2019

²¹⁷⁶ Clémence, « Investissements chinois en Europe », *Octobo.consulting*, 13 octobre 2020 [en ligne : <https://octobot.consulting/fr/2020/10/13/investissements-chinois-en-europe/>] [consulté le 21 août 2021]

²¹⁷⁷ Capital, « Investissements chinois en Europe: un boom entre inquiétudes et tensions », *Capital*, le 22 mars 2019 [en ligne : <https://www.capital.fr/economie-politique/investissements-chinois-en-europe-un-boom-entre-inquietudes-et-tensions-1332634>] [consulté le 21 août 2021]

²¹⁷⁸ Shaeffer F., « Les investissements chinois en Europe au plus bas depuis dix ans », *Les Echos*, le 21 juin 2021

²¹⁷⁹ Les nouvelles Mesures administratives pour l'investissement par les entreprises à l'étranger (« Ordre de la CDDR No.11 » en abrégé pour la suite) promulgué en 2017 et entrée en vigueur en 2018 en Chine

²¹⁸⁰ Business France, *The Annual Report 2021 Foreign Investment in France*, le 29 mars 2022, p.21

Les 9 pays qui ont investi le plus en France sont : l'Allemagne (18%), les États-Unis (15%), le Royaume-Uni (9%), le Belgique (7%), les Pays-Bas (6 %), l'Italie (6%), la Suisse (5%), le Canada (3%) et l'Espagne (3%).

²¹⁸¹ Business France, *The Annual Report 2022 Foreign Investment in France*, le 11 mai 2023, p.19

Les 9 pays qui ont investi le plus en France sont : les États-Unis (16%), l'Allemagne (15%), le Royaume-Uni (10%), les Pays-Bas (8 %), l'Italie (8%), le Belgique (5%), la Suisse (5%), le Canada (3%) et l'Espagne (3%).

²¹⁸² Business France, *The Annual Report 2020 Foreign Investment in France*, le 25 mars 2021, p.25

²¹⁸³ Business France, *The Annual Report 2019 Foreign Investment in France*, 2020, p.32

²¹⁸⁴ Business France, *The Annual Report 2018 Foreign Investment in France*, le 4 avril 2019, p.33

²¹⁸⁵ Business France, *The Annual Report 2017 Foreign Investment in France*, le 3 avril 2018, p.29

²¹⁸⁶ Business France, *The Annual Report 2016 Foreign Investment in France*, le 14 mars 2018, p.5

706. Toutefois, en dépit du renforcement du contrôle du gouvernement chinois sur les acquisitions à l'étranger et de la baisse des investissements chinois, les pays européens continuent leur politique de « protectionnisme ». Ce phénomène est parfois appelé le « libéralisme maîtrisé » ou l'« investissement choisi »²¹⁸⁷. Les inquiétudes concernant les investissements chinois ont ainsi motivé l'opinion publique à favoriser le « patriotisme économique » par rapport à son concurrent, le « libéralisme d'investissement ».

707. Dans ce contexte, les pays membres de l'Union européenne ont réussi à faire évoluer la législation européenne afin de filtrer les investissements, tant au niveau national qu'au niveau européen. La Commission européenne a d'ailleurs reconnu qu'elle encourageait les mesures étatiques de contrôles des investissements.

708. En février 2017, les ministres de l'Économie de la France, de l'Allemagne et de l'Italie ont adressé un courrier conjoint à la Commission²¹⁸⁸ incitant à adopter un régime de filtrage des investissements étrangers, notamment afin de contrôler les investissements en provenance de la Chine réalisés dans l'Union européenne²¹⁸⁹.

709. En réponse à une proposition conjointe, notamment sous l'impulsion de l'eurodéputé français Franck Proust, une loi européenne sur le filtrage des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques a été proposée en mars 2017²¹⁹⁰. Cette proposition résultait de la prise de conscience que même si le libéralisme d'investissement était un principe essentiel pour l'Union européenne, cette politique d'ouverture pouvait conduire à l'acquisition de sociétés européennes stratégiques, notamment dans les industries sensibles ou les industries de sécurité²¹⁹¹. La proposition de loi a également permis aux pays membres de prohiber les investissements étrangers susceptibles de menacer la sécurité publique et l'ordre public, notamment à l'égard d'une société ayant une influence économique importante²¹⁹².

710. Pour rappel, les dérogations à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux ne sont censées « être invoqués qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave,

²¹⁸⁷ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p.511

²¹⁸⁸ Letter from the Governments of France, Germany and Italy, février 2017

²¹⁸⁹ Eric-André M., « L'Union européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », *op.cit.*, p.22

²¹⁹⁰ Proposal for a Union Act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors, B [8-0000/2017], le 20 mars 2017, p.2

²¹⁹¹ *Ibid.*

²¹⁹² *Ibid.*

affectant un intérêt fondamental de la société »²¹⁹³, tel qu'il a été jugé par la CJUE dans l'arrêt *Eglise de scientologie de Paris* en 2000, il y a 20 ans. Dans cet arrêt, la CJUE a également précisé que « ces motifs ne sauraient, en outre, être détournés de leur fonction propre pour servir, en fait, à des fins purement économiques »²¹⁹⁴. Il est important de tenir du compte du fait que la libre circulation des capitaux s'entend non seulement entre les pays membres, mais également entre les pays de l'UE et les pays extérieurs à l'UE, selon l'article 63 de TFUE (ex-article 56 du TCE). Jusqu'à l'arrivée massive des investissements chinois en 2016, l'Union européenne a toujours placé la libre circulation des capitaux en avant, en dépit des dérogations en matière d'ordre public et de sécurité publique.

711. Lorsque les investissements chinois se sont multipliés dans les secteurs stratégiques en Europe, la souveraineté est venue se substituer à la philosophie dominante de libéralisme en Europe.

712. Conformément au souhait des États membres, la Commission européenne a donc proposé en septembre 2017 un projet contribuant « à préserver la sécurité et l'ordre public européens en ce qui concerne les investissements directs étrangers dans l'Union »²¹⁹⁵. À cet égard, le président de la Commission européenne, M. Jean-Claude Juncker a précisé que :

« Ce nouveau cadre aidera l'Europe à défendre ses intérêts stratégiques. Un examen approfondi est nécessaire avant toute acquisition par des entreprises étrangères qui ciblent des actifs stratégiques européens. Je veux que l'Europe reste ouverte aux entreprises, mais j'ai indiqué que nous ne sommes pas des partisans naïfs du libre-échange. L'adoption et l'entrée en vigueur de cette proposition dans un temps presque record montrent que nous prenons les choses à cœur et que, quand il s'agit de défendre les intérêts de l'Europe, nous ferons toujours entendre notre voix »²¹⁹⁶.

713. Un tel tournant politique trouve son origine dans les initiatives des trois pays membres susmentionnés²¹⁹⁷. En France, lors de la réunion du 23 novembre 2017 au Sénat, l'installation

²¹⁹³ CJCE, 14 mars 2000, *Affaire C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*, §17

²¹⁹⁴ *Ibid.*

²¹⁹⁵ Commission Européenne, Communiqué de presse d'entrée en vigueur du règlement de l'UE sur le filtrage des investissements étrangers, le 10 avril 2019 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_2088] [consulté le 23 août 2021]

²¹⁹⁶ *Ibid.*

²¹⁹⁷ Perrotte D., « Contrôle des investissements étrangers : les eurodéputés durcissent le ton », *Les Echos*, le 14 février 2018
« les eurodéputés ont repris l'architecture de la proposition initiale formulée cet automne par la Commission européenne »

d'un filtrage des investissements étranger à l'échelle européenne est considérée comme une réponse au courrier susmentionné adressé à la commissaire chargée du commerce de la Commission européenne en février 2017²¹⁹⁸. Parmi ces trois pays, le rôle de France n'est pas négligeable. En effet, le rapport de Franck Proust, un eurodéputé français, a été adopté par les députés européens sur le filtrage des investissements étrangers en mai 2018²¹⁹⁹. L'eurodéputé a d'ailleurs été rapporteur pour le vote du règlement instaurant un tel système de filtrage le 14 février 2019 au Parlement européen²²⁰⁰.

714. Ainsi, les pays souverains de l'Union européenne ont œuvré afin de modifier la législation du droit international conformément à leur volonté, en encourageant un retour à la souveraineté.

2) Etablissement d'un cadre de filtrage des investissements dans l'Union européenne

715. Le rapport de Franck Proust a été pris en compte pour la promulgation du Règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (ci-après le Règlement 2019/452). Le Règlement 2019/452 est entré en vigueur le 11 octobre 2020. Ce règlement, considéré comme « souple »²²⁰¹, n'entend pas obliger les pays membres à établir chacun un mécanisme de filtrage des investissements venant des pays tiers. En effet, ce type de contrôle, dérogatoire au principe de libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement, relève de la souveraineté exclusive des pays membres. La compétence relative à la sécurité nationale n'a pas été transférée à l'Union européenne. Le préambule du Règlement 2019/452 a ainsi confirmé « la responsabilité exclusive des États membres pour ce qui est de sauvegarder leur sécurité nationale »²²⁰².

716. Plus précisément, le long débat sur le fait de savoir si les contrôles des investissements du pays tiers au titre de la sécurité publique et de l'ordre public portent atteinte aux deux libertés susmentionnées a finalement été résolu. Indiqué dans la considération 4, le Règlement 2019/452 confirme qu'un tel contrôle aux investissements venant des pays tiers « ne porte pas atteinte au

²¹⁹⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, COM (2017) 487 final du 13/09/2017]

²¹⁹⁹ Perrotte D., « Contrôle des investissements étrangers : les eurodéputés durcissent le ton », *Les Echos*, *op.cit.*

²²⁰⁰ Kaiser M., Arbaoui Y., « L'Union européenne veut protéger ses intérêts face aux investissements étrangers », *CUEJ.info*, le 14 février 2019 [en ligne : <http://www.cuej.info/europe/la-session-de-fevrier-2019-au-jour-le-jour/union-europeenne-veut-protoger-ses-interets-face>] [consulté le 21 août 2021]

²²⁰¹ Lecourt B., « Contrôle des investissements étrangers opérés par des personnes extérieures à l'Union européenne : l'Europe établit un cadre », *Rev. sociétés*, mai 2019, p.365

²²⁰² Le Règlement (UE) 2019/452, préambule, (7)

droit qu'ont les États membres de déroger à la libre circulation des capitaux ». Il s'agit d'un tournant conséquent par rapport à l'ancienne position de la CJUE et à l'attitude de la Commission européenne sur la législation française. Ainsi, les motifs d'ordre public ou de sécurité publique peuvent justifier les contrôles réalisés sur les mouvements de capitaux dans le cadre d'investissements directs étrangers.

717. La question suivante est donc de savoir ce qui relève de l'ordre public ou de la sécurité publique. Encore une fois, il appartient aux États membres de les déterminer, dans le cadre de leur souveraineté. Cela étant, le règlement européen a dressé une liste indicative non exhaustive de facteurs et d'éléments qui pourraient être pris en considération, « afin de guider les États membres » (considération 12). Il y a vingt ans, ces éléments d'exception, contraires à la libre circulation des capitaux et interdits par la CJUE dans sa décision préjudicielle sur l'arrêt *Eglise de scientologie de Paris*, sont pourtant reconnus aujourd'hui par l'Union européenne.

718. Il est également observé que les éléments proposés par la Commission européenne sont très similaires au rapport de la loi FIRMMA datant de 2018 des États-Unis et des décrets promulgués par la France. Les infrastructures critiques (« *critical infrastructure* »), qu'elles soient physiques ou virtuelles, sont considérées comme relevant de ces domaines, notamment celles concernant l'énergie, les transports, l'eau, la santé, les communications, les médias, le traitement ou le stockage de données, l'aérospatiale, la défense, les infrastructures électorales ou financières, ainsi que les installations sensibles, les terrains et les biens immobiliers essentiels pour l'utilisation desdites infrastructures²²⁰³. En effet, les infrastructures critiques (installations et équipements essentiels) ont été initialement introduites en France par le décret n°2014-479 du 14 mai 2014, également dénommé « décret Alstom ». Ces élargissements ont conduit à l'envoi du courrier susmentionné par la Commission européenne en date du 19 juin 2014.

719. Ensuite, la notion des « technologies critiques et les biens à double usage » est employée par le règlement dans son article 4 et par les décrets français. Cette notion inclut « l'intelligence artificielle, la robotique, les semi-conducteurs, la cybersécurité, l'aérospatiale, la défense, le stockage de l'énergie, les technologies quantiques et nucléaires, ainsi que les nanotechnologies et les biotechnologies ». De même, les notions de « sécurité alimentaire »²²⁰⁴, d'« énergie ou de

²²⁰³ Le Règlement 2019/452, l'article 4 (a)

²²⁰⁴ Le Règlement 2019/452, l'article 4 (c)

matières premières »²²⁰⁵, ou encore celles des « données à caractère personnel »²²⁰⁶ et du « média »²²⁰⁷ font partie de cette liste. Il s'agit donc d'une liste très similaire à la loi FIRMMA des États-Unis et aux secteurs élargis par le décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 en France. Dans les années 2010, ce type d'élargissement était considéré comme la manifestation d'un « mouvement de patriotisme économique »²²⁰⁸ de la part des États, afin de soutenir un « secteur stratégique » et de maintenir un « champion national », ce qui serait en conflit avec la construction d'un « marché intérieur » et la philosophie du « libre marché garanti aux consommateurs »²²⁰⁹. Si l'on peut croire qu'une telle critique n'a pas été prise en considération à propos des investissements étrangers venant de la Chine, il s'agit d'un leurre. Cet article datant du 2010 avait déjà mentionné le motif de contrôle par les pays européens vis-à-vis des investissements classiques venant des États-Unis, et ainsi que des pays émergents de BRIC (le Brésil, la Russie, l'Inde et la Chine)²²¹⁰. En conséquence, les mesures qui ont été critiquées lors de l'apogée du libéralisme ont aujourd'hui été acceptées et constituent un courant dominant dans un contexte de retour vers la souveraineté. En résumé, la Commission européenne se contente de reprendre les éléments déjà inclus en France²²¹¹ et aux États-Unis. Les mesures françaises pour filtrer les investissements étrangers sont donc sécurisées et ne seront pas remises en cause par la Commission européenne.

720. Enfin, le règlement promulgué visait essentiellement les investisseurs chinois. Toutefois, le filtrage réalisé à l'encontre des investissements en provenance des pays tiers appliqué en France montre que les investissements chinois sont « quasi inexistant dans les opérations de filtrage de Bercy »²²¹². De plus, selon les informations des médias, la moitié des investisseurs ayant obtenu l'autorisation préalable sont non-européens, principalement Américains, Canadiens, Suisses et Japonais²²¹³. Ce type de mesures de filtrage n'a finalement pas été utilisé

²²⁰⁵ *Ibid.*

²²⁰⁶ Le Règlement 2019/452, l'article 4 (d)

²²⁰⁷ Le Règlement 2019/452, l'article 4 (e)

²²⁰⁸ De Beaufort V., « Repenser le volet externe du marché intérieur européen », *op.cit.*, p.516

²²⁰⁹ *Ibid.*

²²¹⁰ *Ibid.*

²²¹¹ L'eurodéputé français Frank Proust a publié un twitter le jour du vote le 14 février 2019 en indiquant :
« C'est fait !

Mon rapport sur le filtrage des investissements directs étrangers a été adopté.

Une nouvelle pierre à l'édifice d'une Europe qui protège et qui sort, enfin, de sa naïveté ! »

²²¹² Drif A., « L'Etat projette d'étendre aux médias le contrôle des acquisitions étrangères », *Les Echos*, le 16 septembre 2019

²²¹³ *Ibid.*

tel qu'il était prévu. Une question, qui nous semble légitime, peut être posée : la Chine et ses investisseurs n'ont-ils pas été diabolisés par les médias et les hommes politiques ?

B. Renforcement du contrôle pendant la crise sanitaire

721. Le Règlement 2019/452 est loin d'être la seule explication de la victoire de la souveraineté sur le libéralisme. Effectivement, nous allons démontrer que la crise sanitaire a renforcé ce phénomène.

722. En mars 2020, la Commission européenne a adopté « la Communication de la Commission Orientations à l'intention des États membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l'application du règlement (UE) 2019/452 (règlement sur le filtrage des IDE) 2020/C 99 I/01 » (ci-après « les orientations »).

723. À travers cette communication, la Commission européenne a indiqué dans le préambule :

« Aujourd'hui plus que jamais, l'ouverture de l'UE aux investissements étrangers doit être encadrée par des outils de filtrage appropriés. Dans le contexte de crise de la COVID-19, il pourrait y avoir un risque accru de tentatives d'acquisition de capacités de soins de santé (par exemple pour la production d'équipements médicaux ou d'équipements de protection) ou d'activités connexes telles que des instituts de recherche (par exemple pour l'élaboration de vaccins) au moyen d'investissements directs étrangers. »

724. Pour répondre aux orientations 2020/C 99 I/01, l'arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers²²¹⁴ en France a ajouté « les biotechnologies » dans la liste des « technologies critiques » en urgence après la proposition de rachat du laboratoire CureVac allemand par le président Donald Trump en début de mars 2020²²¹⁵.

725. Il est important de se rappeler que les compétences en matière d'investissements appartiennent aux pays membres, ce qui leur permet de mettre en place un mécanisme de contrôle sur les investissements provenant des pays tiers et de déterminer les secteurs susceptibles d'un tel contrôle. Toutefois, cela n'empêche pas l'Union européenne d'œuvrer

²²¹⁴ Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France, *JO*, le 30 avril 2020, texte n°22

²²¹⁵ Roland S., « Vaccin : l'Allemagne fait bloc face à l'offre américaine », *Libération*, le 17 mars 2020

dans le sens d'une politique commerciale commune des investissements directs étrangers, conformément à l'article 207 § 1 de TFUE ²²¹⁶, favorisant ainsi une approche plus « protectionniste » en matière de commerce et d'investissement.

726. En effet, le Règlement 2019/452, en l'absence de compétence d'intervenir directement sur la mise en place du filtrage des investissements directs étrangers, a établi un mécanisme de coopération au niveau de l'Union. Selon l'article 6§ 1 du règlement, les États-membres notifient à la Commission et aux autres États membres tout investissement direct étranger sur leur territoire qui fait l'objet d'un filtrage. Lorsqu'un État membre considère qu'un investissement direct étranger faisant l'objet d'un filtrage dans un autre État membre est susceptible de porter atteinte à sa sécurité ou à son ordre public, ou qu'il dispose d'informations pertinentes aux fins du filtrage, il peut adresser des commentaires à l'État membre procédant au filtrage. L'État membre adressant des commentaires les transmet simultanément à la Commission²²¹⁷. Si la Commission considère qu'un investissement direct étranger faisant l'objet d'un filtrage est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de plus d'un État membre, ou qu'elle dispose d'informations pertinentes concernant cet investissement direct étranger, elle peut émettre un avis à l'attention de l'État membre procédant au filtrage²²¹⁸. Enfin, par un mécanisme similaire à celui prévu dans la loi PACTE de la France et instauré aux États-Unis, les dispositions prévoient l'établissement d'un système de « rapport annuel » selon l'article 5 du règlement. Au niveau européen, les États membres transmettent ainsi à la Commission un rapport annuel portant sur l'année civile précédente chaque année pour le 31 mars au plus tard²²¹⁹. La Commission doit également présenter un rapport annuel au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre du règlement²²²⁰. Le rapport est rendu public²²²¹. Selon le Professeur Lecourt, un tel mécanisme de coopération doit être « salué »²²²², en ce qu'il permet de communiquer, partager des expériences, voire de se concerter et d'adopter des lignes directrices²²²³.

²²¹⁶ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p.500

²²¹⁷ Règlement 2019/452, article 6 §2

²²¹⁸ Règlement 2019/452, article 6 §3

²²¹⁹ Règlement 2019/452, article 5 §1

²²²⁰ Règlement 2019/452, article 5 §2

²²²¹ *Ibid.*

²²²² Lecourt B., « Contrôle des investissements étrangers opérés par des personnes extérieures à l'Union européenne : l'Europe établit un cadre », *op.cit.*, p.366

²²²³ *Ibid.*

727. Dans le cadre du mécanisme établi par le Règlement 2019/452, l'Union européenne a sans doute renforcé la tendance du « protectionnisme »²²²⁴ via les orientations 2020/C 99 I/01, qui ont invité les pays membres à adopter des mesures de contrôle vis-à-vis des « acquisitions prédatrices »²²²⁵ dans le contexte de la crise sanitaire. Les dérogations précitées, initialement invoquées à titre exceptionnel, ont vu leur champ considérablement élargi. Limitée au début aux domaines régaliens de la défense et de l'armée, le champ s'étend désormais au domaine économique, suscitant des débats tant aux États-Unis qu'en Europe. Enfin, les domaines inclus sont devenus si vastes que quasiment toutes les activités économiques peuvent concerner l'ordre public et la sécurité publique. À titre d'exemple, la liste des secteurs stratégiques en France n'est qu'indicative, et le ministère dispose d'un grand pouvoir pour ajouter des activités économiques. D'ailleurs, les législateurs français ont déjà ajouté à plusieurs reprises de nouveaux secteurs ou notions à la liste. La compétence du pays a ainsi été élargie de manière excessive afin de répondre à un nouveau besoin de « patriotisme économique ». Dans le contexte de la Covid-19, la sécurité nationale a immédiatement été étendue au domaine pharmaceutique et médical, ainsi qu'à l'« approvisionnement parfois prosaïques »²²²⁶, tel que « la fourniture de masques chirurgicaux »²²²⁷. Ces modifications sont considérées par la Professeure Robert-Cuendet comme n'ayant pas un simple effet temporaire, mais un réel impact sur le long terme. Cette dernière estime que l'extension du contrôle pendant la crise sanitaire va perdurer jusqu'au retour à la philosophie de l'indépendance économique des États²²²⁸. La théorie libérale de Johann Fichte est alors ressuscitée. Pour rappel, sa théorie reposait sur la construction d'une société interne autosuffisante, jusqu'à l'élimination des affaires internationales²²²⁹. Effectivement, le contexte de la crise sanitaire a donné de parfaites raisons pour revenir à la souveraineté et freiner le libéralisme. L'exemple parfait pour illustrer ce phénomène est celui de la pénurie des masques survenue en France pendant la période de la pandémie. Cette pénurie a fait prendre conscience à la France de la nécessité de pouvoir maîtriser sa propre production de masque, sans devoir dépendre d'un État étranger. En conclusion, plusieurs facteurs ont conduit la France à se recentrer vers une politique souveraine. Cela étant, contrairement à une idée reçue, nous venons de démontrer que le comportement de la Chine n'est pas à l'origine de ce changement, qui résulte d'une combinaison de différents

²²²⁴ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p.503

²²²⁵ *Id.*, p.499

²²²⁶ *Id.*, p.509

²²²⁷ *Ibid.*

²²²⁸ *Ibid.*

²²²⁹ Fichte J.G., *Der Geschlossene Handelsstaat*, Tubingen, 1800, reproduit par Gustav Fischer Verlag à Jena, 1920

facteurs. La pandémie de Covid-19 constitue l'un des facteurs principaux susceptibles d'expliquer ce tournant politique.

728. Cette section met en évidence l'utilisation du pouvoir normatif par les États-Unis et la France dans le domaine du droit international de l'investissement afin de limiter l'impact négatif de la politique néolibérale. Pour défendre leur intérêt public, les États-Unis ont d'abord introduit de nouvelles techniques procédurales dans le cadre de l'arbitrage d'investissement et ont également modifié leur modèle de TBI, accordant davantage de droits réglementaires aux États contractants pour prévenir d'éventuels abus des traités d'investissements et du mécanisme de RDIE par les investisseurs étrangers. En ce qui concerne la France, le conflit de valeurs se manifeste entre le libéralisme soutenu par l'Union européenne et la volonté française de contrôler les investissements étrangers. La théorie du néolibéralisme a été remise en cause lors de la crise financière de 2008, tandis que le consensus des États membres pour protéger les industries stratégiques nationales a adouci l'attitude de l'Union européenne. Dès lors, la France et les autres États membres ont pu se mobiliser pour établir une législation européenne sur le contrôle des investissements étrangers. De plus, la crise sanitaire de 2020 a également accéléré le renforcement de la souveraineté.

Conclusion du Chapitre

729. Le libéralisme, valeur dominante dans les années 1990, cherchait à limiter le pouvoir de l'État à intervenir directement ou indirectement dans les investissements étrangers, tandis que les États ne souhaitaient pas abandonner leurs prérogatives de contrôle. Pour trancher ce conflit, le droit international de l'investissement, les organisations internationales et le règlement des différends ont été créés. Le droit international de l'investissement avait dès le départ pour objectif de promouvoir les investissements et s'est positionné en faveur des investisseurs. Étouffées au faîte du libéralisme, les volontés des États de contrôler les investissements étrangers renaissent à la suite de la crise financière de 2008 et se renforce après la crise sanitaire de 2020. Ce retour de la souveraineté s'est traduit, en matière de droit international, par l'élaboration de nouveaux modèles de TBI américains pour encadrer le mécanisme de règlement des différends. Au niveau européen, une nouvelle législation a été promulguée pour favoriser le contrôle des investissements par ses États membres.

730. Le retour de la souveraineté montre à quel point les normes et les organisations internationales sont fragiles et dépendantes de leurs créateurs. Madame la Professeure Robert-

Cuendet a donc désigné ce mouvement de retour de la souveraineté comme une « re-politisation » du droit des investissements²²³⁰.

731. Le droit est une incarnation de la volonté souveraine. L'évolution du droit international et du droit interne en matière d'investissement traduit aussi l'évolution de la volonté des États qui cherchent à rééquilibrer entre le libéralisme et la souveraineté.

²²³⁰ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p.505

CHAPITRE II RENOUVELLEMENT DES DROITS INTERNES

732. Le sujet des investissements étrangers met ainsi en lumière le conflit de valeurs entre le néolibéralisme et la souveraineté. La liberté des investissements internationaux est l'un des enjeux majeurs de la politique libérale et de son successeur, le néolibéralisme. L'objet du droit international de l'investissement est de promouvoir la liberté des investissements et de réduire l'intervention gouvernementale dans l'activité économique des investisseurs étrangers. Le Professeur Alvarez a observé que « la souveraineté était ... détestée » par les praticiens en matière du droit international de l'investissement²²³¹. Selon ces praticiens, l'objectif essentiel du droit international de l'investissement est donc de « réduire ou éliminer l'application »²²³² de la souveraineté sur le contrôle des investissements internationaux.

733. Tout à son contraire, le droit national cherche à renforcer son pouvoir souverain de contrôler les investissements étrangers. La « souveraineté », ou son droit à l'autodétermination, implique qu'aucun État n'est forcé d'admettre sur son territoire un investissement étranger²²³³. Ainsi, un État souverain dispose de la compétence pour promouvoir ou attirer certains types d'investissements étrangers qu'il souhaite, tout en pouvant filtrer, voire limiter, les investissements qu'il ne désire pas sur le territoire national. Ce droit a été également confirmé en droit international public par l'article 2, paragraphe 2 de la Charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 1974 dans le cadre du mouvement du Nouvel ordre économique international. Cette Charte a été considérée comme décisive pour l'universalisation de la doctrine Calvo²²³⁴ dans le cadre des conflits en matière de ressources naturelles dans les pays en développements. Ainsi, le sujet des investissements étrangers illustre le conflit de valeurs précédemment évoqué entre le néolibéralisme et la souveraineté. Dans un contexte de retour de la souveraineté, les États renforcent leur droit national afin de réguler les opérations d'investissements effectuées par les entreprises étrangères.

734. De manière générale, la plupart des pays en développement contrôlent les investissements étrangers au moyen d'un code des investissements étrangers en droit interne. Dans le même temps, les pays développés tentent de pénétrer la théorie du libéralisme en

²²³¹ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.225

Texte original: « sovereignty was the hated "S" word that needed to be banned from polite lawyerly discourse »

²²³² Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.225

²²³³ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 524

²²³⁴ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.415

concluant des TBI avec ces pays en développement afin d'atténuer l'effet de la doctrine Calvo²²³⁵. Cependant, ces pays développés cherchent également à exercer un contrôle sur les investissements étrangers dans certains secteurs clés sur leurs territoires. Les groupes lobbyistes, défendant les intérêts de ces secteurs, invoquent souvent la notion de « souveraineté nationale » pour favoriser la mise en place des politiques fiscales confiscatoires ou de monopoles contre leurs concurrents étrangers²²³⁶. Une telle tendance au protectionnisme tend à se renforcer à chaque nouvelle crise.

735. Dans ce chapitre, nous allons d'abord examiner de manière générale le renforcement de la souveraineté par le biais du droit interne concernant les investissements étrangers après les crises (Section 1). Ensuite, nous étudierons plus spécifiquement comment ce phénomène se manifeste à travers l'exemple des États-Unis et de la France (Section 2).

736. En effet, le contrôle des investissements étrangers dans chaque pays suit une politique différente, comme le montre l'exemple des États-Unis et de la France. Aux États-Unis, l'autorisation des admissions des investissements étrangers est une préoccupation constante puisqu'elle « se concentre autour de la question plus ou moins directement posée de la sécurité nationale »²²³⁷. En France, cette préoccupation est plus récente et a été accentuée par les crises survenues ces dernières années. Cette différence se reflète également dans l'organisation interne des cabinets d'avocats spécialisés. De nombreux cabinets d'avocats américains ayant un service spécialisé en droit international disposent également d'un département dédié aux procédures du CFIUS²²³⁸. En revanche, à notre connaissance, très peu de cabinets d'avocats en France ont constitué un département spécifique pour effectuer les procédures incorporées dans le Code monétaire et financier. Ce phénomène démontre que le contrôle des investissements étrangers est une préoccupation plus marquée pour les entreprises étrangères aux États-Unis.

Section 1. Les crises : facteur de retour de la souveraineté

737. Pour les praticiens, le renforcement du contrôle des investissements étrangers est une « réaction à la mondialisation des échanges et aux enjeux de souveraineté nationale »²²³⁹.

²²³⁵ *Id.*, p.416

²²³⁶ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, *op.cit.*, p.24

²²³⁷ Milstajn A., *L'admission des investissements étrangers. Comparaison États-Unis/France.*, 67 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2012, p. 16

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *RJSP*, n°19, octobre 2020, p.1

Cependant, selon Madame la Professeure Robert-Cuendet, le phénomène ne doit pas être exagéré. En effet, le filtrage des investissements mis en place par les pays souverains n'est pas « le signe d'une rupture avec le libéralisme toujours dominant », mais plutôt « la manifestation d'un libéralisme maîtrisé »²²⁴⁰ et d'une « politique de l'investissement choisi »²²⁴¹. Certaines origines peuvent être attribuées à la crise économique de 2008 (§1), qui a incité les pays en développement à réévaluer les prescriptions du libéralisme économique²²⁴². Ensuite, la théorie libérale a été remise en question à la suite d'une succession de crises économiques²²⁴³. Pour d'autres observateurs, c'est plutôt à la crise sanitaire de la Covid-19 que l'on doit ce changement, soulignant que celle-ci « n'ayant fait qu'accélérer cette évolution »²²⁴⁴ (§2). Quoi qu'il en soit, comme l'indique par Monsieur le Professeur Bosco, « chaque crise, quelle qu'en soit la nature, est l'occasion d'un repli des libertés publiques »²²⁴⁵. À cet égard, la sécurité nationale a été fortement mobilisée pour justifier la politique de protection des industries nationales vis-à-vis des investisseurs étrangers. Le Professeur en droit international économique chinois, Monsieur PENG Yang, a donc conclu que le recours à de nouvelles mesures au titre de la protection de la sécurité nationale est éminemment abusif²²⁴⁶.

§1. Le premier facteur : la crise financière en 2008

738. Si les deux guerres mondiales ont favorisé les échanges de biens et la circulation des capitaux en vue de la reconstruction et de l'instauration de la paix, la crise financière a marqué un frein à cette tendance mondialiste (I). Cette orientation n'a fait que s'affirmer par la suite, stimulée par l'accroissement des investissements étrangers postérieurement à la crise. Cette dernière a même engendré une incitation pour les gouvernements à adopter des interventions plus rigoureuses (II).

I. La sauvegarde des industries nationales pendant la crise financière

739. La crise financière de 2008 a déclenché le retour de l'interventionnisme et remis en question le néolibéralisme. Pendant cette période, des mesures protectionnistes concernant les

²²⁴⁰ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p. 505

²²⁴¹ *Ibid.*

²²⁴² Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.32

²²⁴³ *Id.*, p. 46

²²⁴⁴ Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p.1

²²⁴⁵ Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *op.cit.*, p. 1

²²⁴⁶ 彭阳 (Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对 », *op.cit.*, p.105 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *op.cit.*, p.105)

investissements étrangers ont été introduites et rapidement développées. S'inspirant du régime appliqué aux États-Unis, de plus en plus de pays ont adopté le système de filtrage des investissements étrangers au titre de la sécurité nationale²²⁴⁷. Pour les États ayant déjà mis en place un tel mécanisme, le champ d'application de la notification obligatoire a été étendu²²⁴⁸, tandis que la capacité du gouvernement à intervenir dans les acquisitions réalisées par des investisseurs étrangers a été élargie²²⁴⁹. Le retour de la souveraineté a été perceptible à partir de 2009. Des pays tels que l'Australie, le Canada et l'Allemagne ont tous renforcé les contrôles sur les investissements étrangers, soit au titre de la sécurité nationale, soit pour des raisons de sécurité publique²²⁵⁰. Ces mesures ont été étendues à diverses industries stratégiques, englobant les domaines du transport, des médias, de l'électricité, des télécommunications, de la finance, de l'industrie minière, du pétrole et du gaz, de la santé, de la gestion des déchets, de l'agriculture, ainsi que de la construction, du tourisme et de la distribution²²⁵¹.

740. Par-delà les changements législatifs, le nombre de blocages gouvernementaux concernant les transactions de concentration a considérablement augmenté. D'après le rapport annuel des investissements de la CNUDCI de 2013, 211 opérations de fusions et acquisitions, chacune d'une valeur supérieure à 500 millions de dollars, ont été abandonnées dans le monde²²⁵². La valeur totale des transactions annulées en raison de contrôles réglementaires ou d'oppositions politiques atteint 265 milliards de dollars américains²²⁵³. Plus précisément, entre 2003 et 2013, plus de 2000 transactions de fusions et acquisitions annoncées ont été annulées, pour une valeur totale de 1.8 milliards de dollars américains, ce qui représente 15% de la valeur totale annuelle des fusions et acquisitions²²⁵⁴. Parmi ces transactions transfrontalières abandonnées, 15 % ont été annulées en raison de contrôles réglementaires ou d'oppositions politiques²²⁵⁵. Dans certains cas, les entreprises n'ont pas attendu une décision officielle et ont retiré leurs offres d'achat dès qu'elles ont été informées de la réticence des gouvernements concernés²²⁵⁶. Les États-Unis, l'Australie et le Canada sont les trois pays qui cumulent le plus grand nombre de transactions transfrontalières abandonnées, tant en termes de nombre que de

²²⁴⁷ UNCTAD, World Investment Report 2009, p. xxii

²²⁴⁸ *Ibid.*

²²⁴⁹ *Ibid.*

²²⁵⁰ UNCTAD, World Investment Report 2010, p. 80

²²⁵¹ UNCTAD, World Investment Report 2011, p. 106

²²⁵² UNCTAD, World Investment Report 2013, p. xix

²²⁵³ *Ibid.*

²²⁵⁴ *Id.*, p. 96

²²⁵⁵ *Id.*, p. 97

²²⁵⁶ *Ibid.*

valeur²²⁵⁷. Il est également pertinent de noter qu'aux États-Unis, le nombre de cas soumis à la procédure de contrôle renforcé est passé de six en 2007 à vingt-trois en 2008, suite à l'adoption de la loi FINSA²²⁵⁸. De même, ces trois pays cumulent le plus grand nombre mondial de transactions annulées en raison de contrôles réglementaires, ou d'oppositions politiques²²⁵⁹. L'Australie et les États-Unis occupent respectivement la deuxième et la première position dans ce classement²²⁶⁰. De son côté, la Chine ne figure pas parmi les dix premiers pays d'accueil des entreprises cibles dans cette liste²²⁶¹. Toutefois, elle se classe troisième en ce qui concerne l'abandon de projets d'acquisitions à l'étranger, en raison du renforcement du contrôle gouvernemental évoqué précédemment²²⁶².

741. Les gouvernements ont également recouru à d'autres moyens pour dissuader les investisseurs étrangers non désirés. Une méthode couramment utilisée est l'emploi de pressions politiques. Il n'est pas rare que l'autorité nationale concernée informe les investisseurs étrangers que l'entreprise sera confrontée à un environnement défavorable si la transaction d'acquisition est menée à terme²²⁶³. Le gouvernement peut également tenter de bloquer l'opération en recherchant un autre acquéreur²²⁶⁴. Enfin, l'administration peut retarder la transaction de concentration en introduisant de nouvelles règles ou en encourageant la fusion des deux entreprises nationales pour créer un groupe trop grand à acquérir.

742. Par ailleurs, les États ont tendance à renforcer les législations en ce qui concerne le contrôle des investisseurs étrangers, tant lors de la phase post-investissement axée sur le développement durable que lors de la phase d'admission concernant la sécurité nationale. Selon le rapport annuel des investissements de la CNUDCI, en 2009, on a recensé 71 mesures favorables à la libéralisation des investissements étrangers et 31 visant à renforcer le contrôle²²⁶⁵. Les années suivantes ont également vu une tendance similaire : en 2010, 75 mesures étaient favorables au libéralisme tandis que 36 étaient plus sévères²²⁶⁶. En 2013, pas moins de treize pays ont introduit de nouvelles restrictions dédiées aux investisseurs étrangers²²⁶⁷. Ces mesures protectrices représentent plus de 38% de l'ensemble des mesures

²²⁵⁷ *Id.*, p. 98

²²⁵⁸ UNCTAD, World Investment Report 2009, p. 85

²²⁵⁹ *Ibid.*

²²⁶⁰ *Id.*, p. 99

²²⁶¹ *Ibid.*

²²⁶² *Ibid.*

²²⁶³ *Ibid.*

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ *Id.*, p. xxiv

²²⁶⁶ *Id.*, p.92

²²⁶⁷ UNCTAD, World Investment Report 2014, p.108

introduites, dont 31% ont été mises en place par les pays développés²²⁶⁸. La majorité de ces dispositions s'appliquent aux industries stratégiques telles que l'industrie d'extraction, la distribution d'électricité, l'eau et le gaz, ainsi que les services financiers²²⁶⁹. Selon le rapport annuel des investissements de 2013, l'objectif de ces mesures a évolué. Initialement conçues pour protéger les industries émergentes, elles visent désormais à préserver les licornes, les entreprises stratégiques et les infrastructures critiques²²⁷⁰. La mise en place de ces mesures est considérée comme un outil juridique par des pays tels que les États-Unis, qui cherchent à appliquer des procédures de filtrage contre les investisseurs issus d'entreprises d'État/publiques ou des fonds souverains²²⁷¹. Selon le rapport annuel des investissements de 2016 de la CNUDCI, le Canada et l'Allemagne ont instauré un régime de filtrage des investissements au titre de la sécurité nationale à partir de 2009, de manière similaire à celui adopté par les États-Unis²²⁷², en réponse à la promulgation de la loi FINSA en 2007 par les États-Unis. Enfin, durant la crise financière de 2008, les gouvernements, craignant des investisseurs hostiles profitant de la dévaluation des entreprises, ont été incités à protéger leurs industries nationales²²⁷³. Les statistiques relevées entre 2008 et 2012 au cours de cette crise indiquent une explosion du nombre de fusions et acquisitions annulées ainsi que de leur valeur²²⁷⁴, en grande partie due à l'intensification des mesures protectrices mises en place en 2008 et les années suivantes.

II. La réaction négative sur la croissance des fusions et acquisitions étrangères

743. À noter qu'au moins 10% des droits de vote de l'entreprise d'investissement direct sont requis pour qualifier l'« investissement direct international » selon l'OCDE, tel que défini dans la « Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux »²²⁷⁵, afin de le distinguer de l'investissement indirect. L'investissement direct international englobe non seulement les cas de l'établissement d'une nouvelle entreprise, mais aussi de l'acquisition d'une entreprise existante dans le pays hôte.

744. Entre 2014 et 2016, aussi bien le nombre de mesures visant à libéraliser les investissements étrangers que celui visant à les contrôler a diminué²²⁷⁶. L'environnement

²²⁶⁸ UNCTAD, World Investment Report 2013, p.93

²²⁶⁹ *Id.*, p.156

²²⁷⁰ *Ibid.*

²²⁷¹ *Ibid.*

²²⁷² UNCTAD, World Investment Report 2016, p.95

²²⁷³ UNCTAD, World Investment Report 2013, p.96

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux, quatrième édition 2008, 1.4, p.17

²²⁷⁶ v. UNCTAD, World Investment Report 2015, p.102; UNCTAD, World Investment Report 2016, p.90

favorable qui a suivi la crise financière a contribué à la croissance des investissements étrangers, notamment des fusions-acquisitions transfrontalières. En 2015, aux États-Unis, les investissements directs ont connu une forte augmentation, dépassant même le niveau record atteint en 2007²²⁷⁷. Globalement, l'année 2015 a été considérée comme ayant enregistré le plus grand afflux d'IDE²²⁷⁸.

745. Cependant, le nombre croissant d'acquisitions a suscité une réaction négative de la part des pays développés à l'égard des investisseurs provenant des pays en développement. Cette préoccupation a entraîné une augmentation de l'attention portée aux interventions gouvernementales sur les investissements étrangers A), ce qui s'est traduit par l'introduction de nouvelles mesures législatives B).

A. Les interventions gouvernementales sur les investissements étrangers

746. En 2016, la CNUDCI a révélé que la valeur totale des fusions et acquisitions annulées pour des raisons réglementaires totalise un montant de 167.9 milliards dollars²²⁷⁹, représentant 15.2% de l'ensemble des opérations et 73.9% de leur valeur²²⁸⁰. Les pays d'origine des entreprises ciblées sont principalement des pays européens, notamment la France, l'Allemagne, l'Irlande et la Suède²²⁸¹. Toutefois, ce sont les investisseurs chinois qui ont été le plus durement touchés par ces interventions gouvernementales²²⁸². Les secteurs les plus touchés sont généralement ceux des technologies de pointe, notamment le secteur pharmaceutique, les semi-conducteurs et les produits électroniques²²⁸³. En 2017, au moins 10 opérations ont été annulées en raison de régulations ou de pressions politiques, constituant ainsi 17% du nombre total d'opérations annuelles²²⁸⁴. Cette année-là, les États-Unis ont pris la place des pays européens en tant que pays d'origine des entreprises ciblées dont les opérations ont été le plus annulées²²⁸⁵. En ce qui concerne la Chine, elle est demeurée constamment le pays d'origine des investisseurs ayant annulé ces transactions en raison de contrôles réglementaires²²⁸⁶. En 2018, environ 153 milliards de dollars de transactions de fusion ont été bloqués par les gouvernements au nom de

²²⁷⁷ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 2

²²⁷⁸ UNCTAD, « Global FDI Flows Slip in 2016, Modest Recovery expected in 2017 », *Global Investment Trends Monitor*, n°25, le 1er février 2017, p.1

²²⁷⁹ UNCTAD, World Investment Report 2017, p.104

²²⁸⁰ *Ibid.*

²²⁸¹ *Ibid.*

²²⁸² *Ibid.*

²²⁸³ *Ibid.*

²²⁸⁴ UNCTAD, World Investment Report 2018, p.85

²²⁸⁵ *Ibid.*

²²⁸⁶ *Ibid.*

la sécurité nationale²²⁸⁷. De plus, au moins 22 opérations ont été abandonnées sous la pression politique et les contrôles, un chiffre qui a doublé par rapport à 2017²²⁸⁸. Selon les chiffres de la CNUDCI, les opérations abandonnées en raison d'interventions gouvernementales représentaient 20% de l'ensemble des opérations²²⁸⁹.

747. En raison du renforcement du contrôle entre 2017 et 2018, le nombre et la valeur des opérations ont considérablement diminué en 2019. Néanmoins, la tendance au renforcement du contrôle des investissements directs étrangers s'est poursuivie au cours de cette année. En effet, parmi ces opérations, 11 ont été abandonnées pour des raisons politiques ou en raison de contrôles procéduraux, et 2 ont été retirées avant même d'obtenir une réponse de la part du gouvernement²²⁹⁰. En fin de compte, la valeur totale des opérations annulées s'est élevée à 87.3 millions de dollars, soit la moitié du montant enregistré en 2018²²⁹¹.

748. Il est pertinent de souligner un phénomène intéressant. Les acquisitions réalisées par les entreprises des pays développés ont fréquemment fait l'objet de contrôles en vertu du droit de la concurrence (2). Cependant, la plupart des opérations rejetées pour des raisons de sécurité nationale impliquent des investissements chinois (1). Divers instruments juridiques ont été utilisés pour justifier les mesures protectionnistes.

1) Sécurité nationale

749. En 2016, les opérations rejetées pour des raisons de sécurité nationale incluent les acquisitions suivantes : l'acquisition proposée par Grand Chip Investment Fund de la société allemande Aixtron SE²²⁹², l'acquisition par un consortium dirigé par l'entreprise chinoise Go Scale Capital de Lumiledaux aux États-Unis²²⁹³, et l'acquisition par la société chinoise Xiamen Sanan Integrated Circuit Co. Ltd de la société taiwanaise GSC Holdings, qui possède une filiale en Californie aux États-Unis²²⁹⁴.

²²⁸⁷ UNCTAD, World Investment Report 2019, p.84

²²⁸⁸ *Id.*, p. 89

²²⁸⁹ *Id.*, p. 91

²²⁹⁰ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 103

²²⁹¹ *Ibid.*

²²⁹² Cette transaction a été initialement approuvée par le ministère de l'Économie allemand en septembre 2016. Cependant, le 24 octobre 2016, le gouvernement allemand a retiré son accord et a rouvert l'enquête sur la transaction après avoir reçu des informations fournies par les États-Unis lors d'une réunion d'information à l'ambassade américaine à Berlin. En effet, une filiale de cette société aux États-Unis faisait également partie de la transaction. Finalement, la transaction n'a pas pu avoir lieu.

²²⁹³ Lumiled fait partie du groupe d'électronique néerlandais.

²²⁹⁴ Encore une fois, la filiale de cette société aux États-Unis a suscité des préoccupations de la part du CFIUS. En raison de ces préoccupations, la transaction a été abandonnée.

750. En 2017, celles qui ont été annulées en raison de contrôle de sécurité nationale incluent : l'acquisition par Canyon Bridge Capital Partners LLC de Lattice Semiconductor Corporation ; l'acquisition de 10% des actions minoritaires de la société HERE international BV par un consortium dirigé par Navinfo Co, une société chinoise²²⁹⁵ ; ainsi que la vente de Wolfspeed par la société américaine Cree Inc. à la société allemand Infineon Technologies AG²²⁹⁶. De plus, une opération a été conjointement abandonnée en raison du retard et de l'incertitude liés à la procédure de contrôle menée par le CFIUS. Il s'agit de l'acquisition de 19.9% des actions minoritaires de Cowen Group Inc (États-Unis) par CEFC China Energy Co²²⁹⁷.

751. En 2018, le nombre d'opérations abandonnées suite à des décisions gouvernementales défavorables a augmenté. Parmi celles-ci, on peut citer : l'acquisition par Ant Small & Micro Financial Services Group Ltd (société chinoise) de MoneyGram International Inca (société américaine), l'acquisition par HNA Group (société chinoise) de UDC Finance (société néo-zélandaise)²²⁹⁸, la fusion entre BlueFocus International Ltd (société américaine) et Cogint Inc (société hongkongaise)²²⁹⁹, la fusion entre Unic Capital Management Co Ltd (filiale du groupe chinois Huaxin Investment Management Co., Ltd.) et Xcerra Corporation (société américaine)²³⁰⁰, l'acquisition par Broadcom Ltd (société singapourienne) de Qualcomm Inc (société américaine)²³⁰¹, l'acquisition par Atlantia SpA (société italienne) d'Abertis Infraestructuras SA (société espagnole), l'acquisition par China Communications Construction

²²⁹⁵ La transaction a été abandonnée par la suite de l'opposition exprimée par le CFIUS.

²²⁹⁶ Selon le communiqué de presse de la société Cree, il a été indiqué que Cree et Infineon n'ont pas pu trouver d'alternatives répondant aux préoccupations de sécurité nationale (CFIUS). Par conséquent, la transaction proposée sera résiliée. v. Communiqué de presse de Cree, « Cree Announces termination of Wolfspeed and Infineon sale transaction Wolfspeed to be reintegrated into Cree », le 16 février 2017, [en ligne : <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/895419/000089541917000021/ex9918k021617.htm>] [consulté le 21 février 2022]

²²⁹⁷ Communiqué de presse de Cowen Group Inc., « Cowen And Cefc China Announce Mutual Agreement To Withdraw From Filing With The Committee On Foreign Investment In The United States (CFIUS) », le 24 novembre 2017 [en ligne : <https://www.cowen.com/news/cowen-and-cefc-china-announce-mutual-agreement-to-withdraw-from-filing-with-the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/>] [consulté le 21 février 2022]

²²⁹⁸ Uribe A., « ANZ drops \$600m sale of UDC Finance to China's HDC Group », *Financial Review*, le 12 janvier 2018 [en ligne : <https://www.afr.com/companies/financial-services/anz-drops-600m-sale-of-udc-finance-to-chinas-hdc-group-20180112-h0hdpj>] [consulté le 24 février 2022]

²²⁹⁹ Trade Practitioner, « CFIUS Filing Withdrawn, Deal Abandoned: BlueFocus International Limited and Cogint », *Trade Practitioner*, le 27 février 2018 [en ligne : <https://www.tradepractioner.com/2018/02/upcomingnew-cfius-filing-bluefocus-international-limited-and-cogint/>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰⁰ Trade Practitioner, « CFIUS Filing Withdrawn, Deal Abandoned: Unic Capital Management, China Integrated Circuit Industry Investment Fund and Xcerra, Inc. », *Trade Practitioner*, le 1er mars 2018 [en ligne : <https://www.tradepractioner.com/2018/03/upcomingnew-cfius-filing-unic-capital-management-china-integrated-circuit-industry-investment-fund-and-xcerra-inc/>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰¹ *Ibid.*

Company International Holding Ltd d'Aecon Group Inc (société canadienne)²³⁰², l'acquisition menée par un consortium dirigée par CK Asset Holding Ltd (société hongkongaise) d'APA Group (société australienne)²³⁰³, et l'acquisition par Grandland Holdings Group Co., Ltd. (société chinoise) de la section de construction Permasteelisa situé à l'Italie appartenant à Lixil Group (groupe japonais)²³⁰⁴. Dans certains cas, les transactions ont été retirées avant même d'obtenir une réponse gouvernementale. Par exemple, Shenzhen Energy (groupe chinois) et Recurrent Unit (filiale du groupe Canadian Solar)²³⁰⁵ ont retiré leur projet avant d'obtenir une réponse du CFIUS des États-Unis. De même, la transaction entre CC Logistics (filiale de HNA International, groupe chinois) et Rand Refrigerated Logistics (groupe australien) a été annulée en raison du retard du processus d'examen de l'*Australian Foreign Investment Review Board*²³⁰⁶. En Europe, l'acquisition par Horizon Global Corporation de Brink Group a été abandonnée après l'examen réglementaire en Allemagne et en Angleterre²³⁰⁷. La majorité des opérations refusées ou abandonnées étaient gérées ou dirigées par des investisseurs chinois, et la plupart de ces cas étaient en lien avec les décisions ou la réticence affichée par le CFIUS des États-Unis. Il est essentiel de noter que ces chiffres ne sont pas exhaustifs, et il est fort probable que d'autres transactions non comptabilisées aient également été bloquées²³⁰⁸. En effet, selon la CNUDCI, les gouvernements ont utilisé diverses méthodes pour empêcher des fusions-

²³⁰² CBC News, « Federal government blocks sale of construction giant Aecon to Chinese interests », *CBC*, le 23 mai 2018 [en ligne : <https://www.cbc.ca/news/politics/canada-blocks-aecon-sale-china-1.4675353>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰³ Ramintas Mc D., Farooque F., « CK Asset consortium nixes planned A\$13B acquisition of APA Group », *S&P Global Market Intelligence*, le 20 novembre 2018 [en ligne : <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/trending/jphhs3orl8mmw5egsonuig2>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰⁴ Pour information, cette opération a été bloquée par le CFIUS des États-Unis, alors que Permasteelisa S.p.A est située en Italie. v. Permasteelisa group, « LIXIL and Grandland agree to terminate planned Permasteelisa transaction », *GlassOnWeb*, le 28 novembre 2018 [en ligne : <https://www.glassonweb.com/news/lixil-and-grandland-agree-terminate-planned-permasteelisa-transaction>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰⁵ Bloomberg law, « Shenzhen Energy Plan to Buy Solar Assets Axed After U.S. Rebuff », *Bloomberg law*, le 8 août 2018 [en ligne : <https://news.bloomberglaw.com/environment-and-energy/shenzhen-energy-plan-to-buy-solar-assets-axed-after-u-s-rebuff>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰⁶ Est, « CC Logistics Pty Ltd cancelled the acquisition of unknown stake in Rand Refrigerated Logistics, Harris Refrigerated Transport Pty Ltd, Scott's Refrigerated Freightways PTY LTD and JAT Refrigerated Road Services Pty Ltd from Automotive Holdings Group Limited. », *MarketScreener*, le 7 février 2018 [en ligne : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/AUTOMOTIVE-HOLDINGS-GROUP-22130724/news/CC-Logistics-Pty-Ltd-cancelled-the-acquisition-of-unknown-stake-in-Rand-Refrigerated-Logistics-Harris-34660188/>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁰⁷ Eastern Daylight Time, « Horizon Global Announces Termination of Brink Acquisition Agreement », *Businesswire*, le 15 juin 2018 [en ligne : <https://www.businesswire.com/news/home/20180615005294/en/Horizon-Global-Announces-Termination-of-Brink-Acquisition-Agreement>] [consulté le 25 février 2022]

²³⁰⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, p. 96

acquisitions non désirées. L'interdiction ou le refus explicite n'est pas la seule approche utilisée²³⁰⁹.

752. En 2019, les opérations bloquées pour des raisons de sécurité nationale sont les suivantes: l'offre publique d'achat (OPA) lancée en mai 2018 par China Three Gorges sur le groupe d'électricité Energias de Portugal (EDP)²³¹⁰, l'achat par IHS Holding Ltd (société mauricienne) des tours détenues par Mobile Telecommunications Co Saudi Arabia SJSC²³¹¹, et l'acquisition par Jangho Hong Kong Ltd de Healius Ltd (société australienne)²³¹².

2) Autres motifs

753. Outre ces opérations qui ont été empêchées ou retirées sous la pression de la sécurité nationale, entre 2016 et 2019, on trouve également de nombreuses opérations qui ont été suspendues pour d'autres motifs.

754. La préservation de la concurrence, en tant que moyen de contrôle des investissements tant nationaux qu'étrangers, a été utilisée pour empêcher certaines concentrations.

755. En 2017, la fusion entre NZME (appartenant au groupe australien) et Fairfax New Zealand (appartenant au groupe australien Fairfax Media) a été refusée par la *New Zealand Commerce Commission*²³¹³. La décision a été contestée par les deux sociétés devant la *New Zealand High Court*, mais la cour a confirmé le rejet de la fusion²³¹⁴. En Europe, en mars 2017, la Commission européenne s'est opposée à la fusion entre la Deutsche Börse et le London Stock Exchange (LSE), craignant que cette fusion ne conduise à des situations de « monopole *de facto* »²³¹⁵.

²³⁰⁹ *Ibid.*

²³¹⁰ AFP, « Portugal: l'OPA de China Three Gorges sur EDP refusée par les actionnaires », *APF*, le 24 avril 2019 [en ligne : <https://www.connaissancedesenergies.org/afp/portugal-lopa-de-china-three-gorges-sur-edp-refusee-par-les-actionnaires-190424>] [consulté le 24 février 2022]

²³¹¹ Mubasher, « Zain KSA not to sell mobile towers to HIS », *Zawya*, le 23 juin 2016 [en ligne : https://www.zawya.com/mena/en/business/story/Zain_KSA_not_to_sell_mobile_towers_to_IHS-SNG_147486185/] [consulté le 24 février 2022]

²³¹² Est, « Jangho Curtain Wall Hong Kong Limited cancelled the acquisition of 84.07% stake in Healius Limited », *MarketScreener*, le 1er juillet 2019 [en ligne : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/HEALIUS-LIMITED-47469880/news/Jangho-Curtain-Wall-Hong-Kong-Limited-cancelled-the-acquisition-of-84-07-stake-in-Healius-Limited-34462970/>] [consulté le 24 février 2022]

²³¹³ Duke J., « New Zealand court blocks Fairfax's Stuff and NZME merger plans », *The Sydney Morning Herald*, le 25 septembre 2018

²³¹⁴ *Ibid.*

²³¹⁵ Perrotte D., « Bruxelles s'oppose à la fusion entre Deutsche Börse et LES », *Les Echos*, le 29 mars 2017

756. En 2018, Aperam (ayant ses principales usines situées en Belgique et en France) a renoncé à acquérir VDM Metals (groupe allemand) suite à l'ouverture d'une enquête approfondie par la Commission européenne²³¹⁶. Une fois de plus, la fusion visait à créer un champion européen selon le directeur général de la société Aperam²³¹⁷. Au cours de la même année, une autre acquisition a été rejetée en Europe. Il s'agit de l'achat de Media Capital (filiale du groupe espagnol Prisa) par MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia (groupe portugais). La transaction a été refusée par la *National Communications Authority* de Portugal, car elle aurait pu créer d'importants obstacles à la concurrence²³¹⁸. Ensuite, le retard dans l'approbation de la procédure de concurrence par la Commission européenne a contribué à l'annulation de la transaction d'acquisition de Rio Tinto Iceland Ltdv (groupe islandais) par Norsk Hydro ASA (groupe norvégien)²³¹⁹.

757. En 2019, la fusion entre Alstom et Siemens, visant à créer un champion européen dans le secteur ferroviaire, a été interrompue par la Commission européenne²³²⁰. De plus, la fusion entre Experian Plc (groupe irlandais) et Clear Score Technology (groupe anglais) a été abandonnée en raison de la réticence à approuver la transaction exprimée par la *British Competition and Markets Authority*²³²¹. L'acquisition de la filiale de Walmart ASDA Group au Royaume-Uni par J Sainsbury (groupe anglais) a été bloquée pendant un an pour empêcher la fusion des acteurs numéro deux et numéro trois du marché de l'épicerie²³²². Notons que la raison donnée par *British Competition and Markets Authority* réside dans le fait que la fusion entre les deux aurait entraîné une diminution substantielle de la concurrence sur plusieurs marchés au Royaume-Uni, et par conséquent, elle a décidé d'interdire la fusion dans son ensemble²³²³.

²³¹⁶ Agefi Dow Jones, « Aperam renonce à acquérir VDM Metals après les objections de la Commission européenne », *Les Echos investir*, le 21 décembre 2018 [en ligne : <https://investir.lesechos.fr/actions/actualites/aperam-renonce-a-acquerir-vdm-metals-apres-les-objections-de-la-commission-europeenne-1814513.php>] [consulté le 25 février 2022]

²³¹⁷ *Ibid.*

²³¹⁸ Est, « MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. cancelled the acquisition of 94.7% stake in Grupo Media Capital, SGPS, S.A. from Vertix SGPS, S.A. », *MarketScreener*, le 18 juin 2019 [en ligne : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/GRUPO-MEDIA-CAPITAL-SGPS-5804/news/MEO-Servicos-de-Comunicacoes-e-Multimedia-S-A-cancelled-the-acquisition-of-94-7-stake-in-Grupo-34676656/>] [consulté le 25 février 2022]

²³¹⁹ Communiqué de presse de Hydro, « Hydro and Rio Tinto end acquisition process for Icelandic aluminium plant ISAL », le 14 septembre 2018 [en ligne : <https://www.hydro.com/en/media/news/2018/hydro-and-rio-tinto-end-acquisition-process-for-icelandic-aluminium-plant-isal/>] [consulté le 25 février 2022]

²³²⁰ Steinmann L., « La Commission européenne justifie son rejet de la fusion Alstom-Siemens », *Les Echos*, le 7 février 2019

²³²¹ Velez R.F., « Experian drops planned acquisition of rival ClearScore », *S&P Global Market Intelligence*, *op.cit.*

²³²² v.Competition & Markets Authority, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd – Final Report, 25 avril 2019

²³²³ *Id.*, p. 6

758. Evidemment, d'autres motifs peuvent justifier l'échec d'une opération. Ces raisons, distinctes de celles liées à la sécurité nationale ou au maintien de la concurrence, donnent parfois au gouvernement la possibilité d'intervenir dans les transactions de concentration.

759. Pour citer un exemple parmi une longue série, la fusion entre Pfizer et Allergan a été annulée en 2016 en raison de divers problèmes, notamment les soupçons d'optimisation fiscale (« *Tax Inversion* »)²³²⁴. En 2017, l'*Overseas Investment Office* de la Nouvelle-Zélande a rejeté la demande de TIP-HNA New Zealand Holdings Limited²³²⁵ en vertu de l'*Overseas Investment Act* pour acquérir la totalité des actions d'UDC Finance Limited²³²⁶. Dans cette affaire, il a été considéré que les informations fournies sur la propriété et les intérêts de contrôle concernant la partie étrangère étaient opaques. En avril 2017, Dolphin Fund (investisseur argentin) a renoncé à reprendre FIH Group (groupe anglais) après avoir reçu une lettre du gouvernement des îles Falkland indiquant que la société pourrait perdre le statut permettant à FIH d'acquérir des terres sans obtenir de licence si le propriétaire de l'entreprise changeait²³²⁷. En janvier 2018, le département de la Justice des États-Unis a annoncé l'abandon de la fusion entre Ultra Electronics Holdings plc (société britannique) et Sparton Corporation (société américaine), d'une valeur dépassant 234 millions de dollars²³²⁸. Ces deux entreprises sont parmi les deux fournisseurs qualifiés de bouées acoustiques pour la marine américaine²³²⁹. Un mois plus tard, la *Securities and Exchange Commission* des États-Unis a rejeté la vente de la Bourse de Chicago (CHX) à un groupe dirigé par des investisseurs basés en Chine, après une bataille de près de deux ans pour obtenir l'approbation de la vente²³³⁰, mettant en avant l'environnement plus hostile auquel font face les acheteurs chinois sous l'administration du président américain Donald Trump. En juin 2018, le groupe australien AMA a annoncé la rupture d'un accord pour

²³²⁴ BFM Bourse, « Pfizer-Allergan : La Fusion Du Siècle Tombe À L'eau Pour Des Raisons Fiscales », *BFM Bourse*, le 6 avril 2016 [en ligne <https://www.tradingsat.com/actualites/marches-financiers/pfizer-allergan-la-fusion-du-siecle-tombe-a-l-eau-pour-des-raisons-fiscales-666829.html>] [consulté le 7 mars 2022]

²³²⁵ HNA, ou Hainan Airlines est un groupe chinois.

²³²⁶ Communiqué de presse de Land Information New Zealand, « Overseas Investment Office declines consent to TIP-HNA », le 21 décembre 2017 [en ligne : <https://www.linz.govt.nz/news/2017-12/overseas-investment-office-declines-consent-tip-hna>] [consulté le 7 mars 2021]

²³²⁷ MercoPress, « Falklands: Dolphin Fund desists from taking over FIH Group, at this time », *MercoPress*, le 14 avril 2017 [en ligne: <https://en.mercopress.com/2017/04/14/falklands-dolphin-fund-desists-from-taking-over-fih-group-at-this-time>] [consulté le 7 mars 2022]

²³²⁸ The United Department of Justice, « Ultra Electronics Abandons Its Proposed Acquisition of Sparton Corp. After Department of Justice Expresses Concerns », le 23 janvier 2019 [en ligne: <https://www.justice.gov/opa/pr/ultra-electronics-abandons-its-proposed-acquisition-sparton-corp-after-department-justice>] [consulté le 25 février 2022]

²³²⁹ *Ibid.*

²³³⁰ McCrank J., « SEC blocks Chicago Stock Exchange sale to China-based investors », *Reuters*, le 16 février 2018 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-sec-chicagostockexchange-idUSKCN1G000H>] [consulté le 7 mars 2022]

vendre sa branche de réparation de panneaux de véhicules au Blackstone Group (fonds d'investissement américain) pour 508 millions de dollars australiens (environ 375 millions de dollars) suite à une décision défavorable de l'*Australian Taxation Office*²³³¹.

760. En 2019, la *Washington Utilities and Transportation Commission* a rejeté une demande de fusion entre Hydro One (groupe canadien) et Avisat (groupe américain) d'une valeur de 6,7 milliards de dollars américains²³³². Les régulateurs ont estimé que la fusion ne protégerait pas suffisamment les intérêts des clients d'Avista²³³³. En effet, le gouvernement de l'Ontario était également le principal actionnaire d'Hydro One²³³⁴. De même, après avoir pris connaissance des documents de divulgation à soumettre à l'*Australian Securities Exchange*, Harman International Industries (appartenant au groupe Samsung) a retiré sa lettre d'intention d'acquérir Nuheara (groupe australien) pour 59 millions dollars en juillet 2019²³³⁵. En Europe, la fusion entre Fiat Chrysler Automobiles et Renault n'a pas abouti. On estime que l'État français, détenteur de 15 % des actions de Renault, est à l'origine du retard dans les négociations²³³⁶.

761. Pour conclure, l'intervention du gouvernement dans les opérations économiques s'est intensifiée après la crise financière. Différents outils juridiques ont été déployés pour réguler les investissements étrangers, voire les rejeter.

B. Les nouvelles mesures restrictives mises en place

762. Après une intervention gouvernementale massive en matière d'investissements étrangers à partir de 2016, la réaction législative ne s'est pas fait attendre. Les hommes politiques ont considéré que la législation interne n'était plus suffisante pour garantir les espaces réglementaires gouvernementaux vis-à-vis les investisseurs étrangers, et ils ont souhaité faire évoluer la législation nationale. De nouvelles mesures de contrôle ont alors été développées au titre de la sécurité nationale. En effet, nous avons constaté que la sécurité nationale est devenue l'un des enjeux souvent invoqués par les États en matière

²³³¹ Reuters Staff, « Australia's AMA Group calls off Blackstone deal after tax ruling, shares slide », *Reuters*, le 22 juin 2018[en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-ama-group-divestiture-regulator-idUSKBN1JI02H>] [consulté le 7 mars 2022]

²³³² Personnel de The Canadian Press, « Hydro One and Avista call off merger, citing Washington and Idaho rejections », *Globalnews*, le 5 mars 2018[en ligne: <https://globalnews.ca/news/4881067/hydro-one-and-avista-call-off-merger-citing-washington-and-idaho-rejections/>] [consulté le 26 février 2022]

²³³³ *Ibid.*

²³³⁴ *Ibid.*

²³³⁵ Communiqué de presse de Nuheara, « Response to Media Speculation », le 4 juillet 2019 [en ligne : <https://www.nuheara.com/usa/news/response-to-media-speculation/>] [consulté le 26 février 2022]

²³³⁶ Ducamp P., « Pourquoi la fusion entre renault et fiat-chrysler a échoué », le 6 juin 2019 [en ligne : https://www.bfmtv.com/economie/entreprises/industries/pourquoi-la-fusion-entre-renault-et-fiat-chrysler-a-echoue_AV-201906060027.html] [consulté le 26 février 2022]

d'investissement étranger dans les pays occidentaux²³³⁷. Ces nouvelles mesures se présentent généralement sous trois formes : l'élargissement du champ d'application du contrôle des investissements étrangers pour inclure de nouveaux secteurs ou industries considérés comme « stratégiques » en premier lieu, la réduction des seuils déclenchant le contrôle gouvernemental en second lieu, et l'extension de la définition des investissements sous contrôle afin d'inclure d'autres types d'investissements en plus des fusions et acquisitions en dernier lieu²³³⁸.

763. Selon les données de la CNUDCI, le nombre de nouvelles mesures restrictives (lois, décrets, règlements et circulaires introduits par un État) introduites par la législation est resté stable entre 2011 et 2016, mais une augmentation substantielle a été observée depuis 2017²³³⁹. En 2017, 34% des mesures introduites par les gouvernements dans le monde visaient un renforcement du contrôle des investissements étrangers²³⁴⁰. En 2018, ces mesures restrictives ont représenté 27.7% de l'ensemble des mesures introduites au cours de l'année²³⁴¹, puis 19.6% en 2019²³⁴². Cependant, presque tous ces mesures visant à renforcer les contrôles sur les investissements étrangers sont introduites par les pays développés²³⁴³.

764. Nous examinerons brièvement les mesures restrictives mises en place par différents pays occidentaux. En France, dans le sillage de l'opération entre GE et Alstom, le gouvernement a édicté le décret du 14 mai 2014, plaçant le secteur de l'énergie dans la catégorie des industries stratégiques. Dans la continuité de ce décret, les mesures relatives à la sécurité nationale ont été renforcées à plusieurs reprises, notamment par les décrets du 10 mai 2017 et du 29 novembre 2018, la loi Pacte de 2019, et enfin le décret du 31 décembre 2019²³⁴⁴. Aux États-Unis, la politique de « l'Amérique d'abord » a conduit à la mise en place de mesures protectrices. Parmi celles-ci, citons la loi FIRRMA de 2018 et ses réglementations d'application, promulguées sous la présidence de Donald Trump. L'Australie a également instauré des mesures de contrôle des acquisitions. En 2016, les acquisitions d'actifs d'infrastructures dans le *Commonwealth* d'un état ou d'un de ses territoires, réalisées par les investisseurs privés, sont soumises à une procédure d'examen destinée aux investisseurs étrangers²³⁴⁵. En 2017, l'Allemagne a introduit un amendement à son mécanisme de contrôle des investissements étrangers suite à l'opération

²³³⁷ UNCTAD, World Investment Report 2018, p.80

²³³⁸ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 96

²³³⁹ *Id.*, p.95

²³⁴⁰ *Id.*, p.84

²³⁴¹ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 97

²³⁴² *Ibid.*

²³⁴³ *Ibid.*

²³⁴⁴ *Ibid.*

²³⁴⁵ UNCTAD, World Investment Report 2017, p.103

annulée entre Fujian Grand Chip Investment Fund et Aixtron²³⁴⁶. En fin d'année 2018, l'Allemagne a réduit le seuil de contrôle étranger soumis aux procédures d'approbation de 25% à 10% dans les secteurs stratégiques, tout en élargissant la définition d'« infrastructure critique »²³⁴⁷. De son côté, le Canada a publié en 2016 les lignes directrices sur l'examen de la sécurité nationale des investissements, qui ont été ensuite révisées en 2021²³⁴⁸. En octobre 2017, le Royaume-Uni a émis un document de consultation (« *Green Paper* ») sur l'examen des investissements liés à la sécurité nationale et aux infrastructures²³⁴⁹. En juin 2018, le gouvernement britannique a abaissé les seuils de chiffre d'affaires dans le cadre de la procédure d'examen pour les acquisitions par des investisseurs étrangers, passant de 70 millions de livres sterling à 1 million de livres sterling²³⁵⁰. Au niveau de l'Union européenne, le règlement (UE) 2019/452 du 19 mars 2019, entré en vigueur le 11 octobre 2020, a été proposé pour répondre à la préoccupation suscitée par les investissements chinois²³⁵¹. Le premier rapport sur sa mise en place a été publié le 23 novembre 2021 par la Commission européenne, suivi du deuxième en septembre 2022.

765. En revanche, les pays asiatiques ont entamé un processus de libéralisation des investissements étrangers et introduisent chaque année des évolutions en ce sens²³⁵². Par exemple, la Chine met en place quasiment chaque année de nouvelles mesures favorables aux investissements étrangers²³⁵³. Cette politique libérale diffère de celle des pays occidentaux, qui continuent de renforcer leur souveraineté en adoptant des mesures protectrices²³⁵⁴.

²³⁴⁶ Riehmer K.W., Schwanna A., Glasmacher S., « Amendments to the German Foreign Trade Regime: Strong Impact on Foreign Investments in Germany », *Mayer Brown LLP Legal Update*, juillet 2017, p.1

²³⁴⁷ UNCTAD, « Germany expands the scope of its FDI screening regime », *Investment Policy Hub*, le 19 décembre 2018 [en ligne : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/3337/germany-germany-expands-the-scope-of-its-fdiscreening-regime>] [consulté le 23 février 2022]

²³⁴⁸ Guidelines on the National Security Review of Investments, le 24 mars 2021

²³⁴⁹ National security and infrastructure investment review, le 17 October 2017

²³⁵⁰ Girardet P., Saha R., Cheng A., « UK Government Sharpens its Screening Tools for Foreign Investments », *Willkie Farr & Gallacher Covid-19 News of Interest*, le 24 juin 2020, p.1-6 [en ligne: <https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2020/06/ukgovernmentsharpensitscreeningtoolsforforeigninv.pdf>] [consulté le 24 février 2022]

²³⁵¹ Eric-André M., « L'Union européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », *op.cit.*, p.22

²³⁵² v. UNCTAD, World Investment Report 2015, p.103; UNCTAD, World Investment Report 2016, p.90; UNCTAD, World Investment Report 2017, p.102; UNCTAD, World Investment Report 2018, p.81; UNCTAD, World Investment Report 2019, p.85; UNCTAD, World Investment Report 2020, p.88; World Investment Report 2022, p.57

²³⁵³ *Ibid.*

²³⁵⁴ UNCTAD, World Investment Report 2016, p.93

§2. Le second facteur : la crise sanitaire durant l'année 2020

766. La crise sanitaire de l'année 2020 a également incité les États à mettre en place des mesures de contrôle des investissements étrangers. Selon les chiffres de la CNUDCI, 42% des mesures relatives aux investissements étrangers ont été adoptées mondialement par les gouvernements par rapport à l'année 2019²³⁵⁵. Parmi ces mesure, 32.9% ont pour objectif de contrôler les investissements plutôt que de les favoriser²³⁵⁶. En effet, on considère que la pandémie a été à l'origine d'un retour vers le protectionnisme²³⁵⁷. Cependant, il faut comprendre que ces mesures s'inscrivent dans une tendance de protectionnisme durable, et qu'elles ne constituent pas une simple réponse ponctuelle à une crise extraordinaire²³⁵⁸. Parallèlement, les pays en développement ont commencé à emprunter la voie des pays développés en mettant en place des mécanismes de contrôle des investissements étrangers. La majorité des nouvelles mesures (81%)²³⁵⁹ ont été mises en place en 2020²³⁶⁰. Celles-ci sont liées à la protection de la sécurité nationale et concernent généralement la prise de contrôle, par des étrangers, d'infrastructures et de technologies sensibles(A)²³⁶¹. En revanche, les mesures favorables aux investissements étrangers ont atteint leur taux le plus bas²³⁶².

767. En 2021, en dépit de la fin de l'épidémie, la tendance vers une régulation plus stricte des investissements étrangers s'est maintenue²³⁶³.

768. Outre son intervention législative, le gouvernement a également redoublé de vigilance concernant les opérations transfrontalières (B).

A. Les mesures législatives

769. La crise sanitaire a intensifié le contrôle étatique sur les investissements étrangers, amenant les États à prendre conscience de la nécessité de préserver la sécurité nationale²³⁶⁴. En effet, la pandémie a poussé certains pays à réévaluer leurs priorités et à chercher à protéger leurs industries de la santé, des produits pharmaceutiques et des équipements médicaux²³⁶⁵.

²³⁵⁵ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 109

²³⁵⁶ *Ibid.*

²³⁵⁷ UNCTAD, World Investment Report 2021, p.109

²³⁵⁸ *Ibid.*

²³⁵⁹ *Id.*, p.111

²³⁶⁰ *Id.*, p.109

²³⁶¹ *Id.*, p.111

²³⁶² *Id.*, p.110

²³⁶³ UNCTAD, World Investment Report 2022, p. 56

²³⁶⁴ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 92

²³⁶⁵ *Ibid.*

Cette crise sanitaire a remis en question le modèle d'une industrie mondialisée, qui dépend fortement d'autres pays en matière de santé et de logistique.

770. Le 29 mars 2020, l'Australie a abaissé les seuils de filtrage à 0 dollar australien pour tous les investissements étrangers soumis à la loi de 1975 sur les acquisitions et prises de contrôle étrangères²³⁶⁶. En d'autres termes, tout investissement étranger est désormais soumis à une procédure d'approbation, quelle que soit sa valeur ou la nature de l'investisseur étranger²³⁶⁷. Le délai d'examen a été prolongé de 30 jours à 6 mois, et le gouvernement accordera la priorité aux demandes urgentes d'investissements visant à protéger et soutenir les entreprises australiennes ainsi que les emplois locaux²³⁶⁸. En décembre 2020, le gouvernement australien a ensuite apporté des modifications substantielles à son régime de contrôle des investissements étrangers, établissant de façon permanente le seuil de 0 dollar pour les industries sensibles, au lieu de le maintenir temporairement²³⁶⁹.

771. Le 18 avril 2020, le gouvernement canadien a également publié un « énoncé de politique sur l'examen des investissements étrangers et la COVID-19 », visant à prévenir l'acquisition d'infrastructures essentielles par des investisseurs étrangers²³⁷⁰. Le Canada a également exprimé des craintes quant aux éventuelles conséquences néfastes pour ses entreprises²³⁷¹. Les mesures de contrôle ont été mises en place dans le but d'éviter les investissements opportunistes pendant cette période²³⁷². Il convient de noter que le seuil pour les acquisitions d'entreprises canadiennes par des investisseurs étrangers, soumis à l'approbation du gouvernement, est révisé chaque année depuis 2019. En 2020, pour la première fois, le seuil a diminué de 3 % par rapport à l'année précédente²³⁷³.

²³⁶⁶ Australian Foreign Investment Review Board, Communiqué de presse, « Q&A – Temporary changes to foreign investment framework », le 29 mars 2020 [en ligne : <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁶⁷ *Ibid.*

²³⁶⁸ *Ibid.*

²³⁶⁹ *Ibid.*

²³⁷⁰ Walker S., Goodman A.S., « Canada announces heightened scrutiny of foreign investment during the COVID-19 crisis », *Dentons*, le 20 avril 2020 [en ligne : <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/april/20/canada-announces-heightened-scrutiny-of-foreign-investment-during-covid-19-crisis>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁷¹ Blakes, « Canada : Les investissements étrangers soumis à un examen approfondi dans le cadre de la COVID-19 », *Blake Cassels & Graydon*, le 20 avril 2020 [en ligne : <https://www.blakes.com/perspectives/bulletins/2020/canada-les-investissements-etrangers-soumis-a-un-examen-approfondi-dans-le-cadre-de-la-covid-19>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ Musgrouve J.B., Campbell A.N., Clifford J., Chad J., « 2021 Canadian Merger Notification and Investment Canada Act Review Thresholds Decrease », *Mcmillan*, le 12 février 2021 [en ligne : <https://mcmillan.ca/insights/2021-canadian-merger-notification-and-investment-canada-act-review-thresholds-decrease/#:~:text=Competition%20Act,->

772. Au Royaume-Uni, le papier vert intitulé « *National security and infrastructure investment review* » d'octobre 2017 a été soumis à des propositions de modification concernant le contrôle des investissements²³⁷⁴. Ces propositions ont ensuite été prise en compte dans un amendement en 2020, qui a élargi les pouvoirs de l'autorité pour intervenir dans les opérations étrangères dans des secteurs sensible²³⁷⁵. Ainsi, une deuxième enquête a été clôturée en janvier 2018, donnant naissance au *National Security and Investment Bill*²³⁷⁶. Ce projet de loi a reçu l'assentiment royal le 29 avril 2021, devenant la loi *National Security and Investment Act 2021*²³⁷⁷.

773. Aux États-Unis, la loi FIRMMA a été signée par le Président Trump le 13 août 2018 dans le but de donner les « contours généraux »²³⁷⁸ en l'absence de détails pour sa mise en application. Suite à cette loi, diverses réglementations ont été promulguées en 2020. En avril 2020, les États-Unis ont également promulgué un décret créant le Comité d'évaluation de la participation étrangère dans le secteur des services de télécommunications. En vertu de ce décret, le Comité examine et évalue si les demande d'octroi de licences ou de transfert pour déterminer s'ils présentent un risque pour la sécurité nationale ou les intérêts des forces de l'ordre aux États-Unis²³⁷⁹.

774. En Europe, la Commission européenne a publié le 25 mars 2020 des orientations concernant la protection des technologies et des actifs européens critiques dans le contexte de la crise actuelle. Selon le communiqué de presse, ces orientations visent à « garantir l'application d'une approche résolue, à l'échelle de l'Union, en matière de filtrage des

[The%20Competition%20Act&text=The%20Competition%20Bureau%20has%20announced,place%20for%202020%20and%202019](#)][consulté le 26 février 2022]

²³⁷⁴ Enterprises Act 2002: changes to the turnover and share of supply tests for mergers guidance 2020, juin 2020, p.5

²³⁷⁵ *Ibid.*

²³⁷⁶ *Ibid.*

²³⁷⁷ Mann S., Mobley S.J., Evans R., « UK National Security and Investment Bill granted Royal Assent ahead of expected commencement in late 2021 », *Baker McKenzie*, le 29 avril 2021 [en ligne : <https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2021/04/29/uk-national-security-and-investment-bill-granted-royal-assent-ahead-of-expected-commencement-in-late-2021/>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁷⁸ Jalinous F. Mildorf K., Schomig K., Brayton-Lewis C., « CFIUS Reform Becomes Law: What FIRRMA Means for Industry », *White&Case*, 13 août 2018[en ligne: <https://www.whitecase.com/publications/alert/cfius-reform-becomes-law-what-firma-means-industry>] [consulté le 22 mai 2019]

²³⁷⁹ Executive Order on Establishing the Committee for the Assessment of Foreign Participation in the United States Telecommunications Services Sector

investissements étrangers, dans le contexte de la crise de santé publique actuelle et de la vulnérabilité économique que celle-ci entraîne »²³⁸⁰.

775. Le 27 avril 2020, le Cabinet fédéral d'Allemagne a approuvé le 17^e amendement de l'Ordonnance allemande sur le commerce extérieur et les paiements, impliquant un resserrement considérable du filtrage des investissements en Allemagne²³⁸¹. Seize nouvelles activités ont été ajoutées à la liste couverte par le mécanisme de filtration des investissements étrangers²³⁸². Il est également à noter que le 16^e amendement de l'Ordonnance est entré en vigueur le 11 octobre 2020 afin de mettre en place Règlement (UE) 2019/452 règlement sur le filtrage des IDE²³⁸³.

776. En France, l'arrêté du 27 avril 2020²³⁸⁴ a d'abord ajouté « les biotechnologies » à la liste des industries stratégiques. Par la suite, le seuil de déclenchement du contrôle de la participation des investisseurs étrangers dans les entreprises françaises a été réduit du 25% à 10% par le Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020. Ces mesures temporaires, initialement applicables jusqu'au 31 décembre 2020, ont été prolongées jusqu'au 31 décembre 2021 par le décret n° 2020-1729 du 28 décembre 2020²³⁸⁵. Ce décret a une fois de plus été prolongé jusqu'au 31 décembre 2022 par le décret n° 2021-1758 du 22 décembre 2021.

B. Les fusions-acquisitions

777. En 2020, les fusions et acquisitions ont été fortement réduites en raison de la pandémie. Par exemple, aux États-Unis, quinze opérations d'acquisition ont été abandonnées soit en raison d'un contrôle administratif, soit en raison de pressions politiques²³⁸⁶. En effet, la valeur totale

²³⁸⁰ Commission Européenne, Communiqué de presse, « La Commission publie des orientations concernant la protection des technologies et des actifs européens critiques dans le contexte de la crise actuelle », le 25 mars 2020 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_528] [consulté le 25 février 2022]

²³⁸¹ Müller S., Heesing M., « 17th Amendment of the Foreign Trade and Payments Ordinance: renewed tightening of investment screening in Germany », *Lexology*, le 29 avril 2021 [en ligne: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=568ac43d-b725-42ff-a263-62a51690a28b>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁸² Gramsch M., Bertling S., « Germany expands its Foreign Direct Investment screening », *Simons Simons*, le 6 mai 2021 [en ligne : <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ckocreu801fao0967t72ar9vb/germany-expands-its-foreign-direct-investment-screening>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁸³ Moelle H., Traichel C., Wulf J., « Germany: Further Tightening of the Investment Screening Regime for Foreign Investors in Germany and Europe », *World Law Group*, le 24 novembre 2020 [en ligne : <https://www.theworldlawgroup.com/news/further-tightening-of-the-investment-screening-regime-for-foreign-investors-in-germany-and-europe>] [consulté le 26 février 2022]

²³⁸⁴ Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France, *JO*, le 30 avril 2020, texte n°22

²³⁸⁵ Décret n° 2020-1729 du 28 décembre 2020 modifiant le décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JO*, le 30 décembre 2020, texte n°35

²³⁸⁶ UNCTAD, *World Investment Report 2021*, p.119

de ces opérations annulées représente 12.4 milliards dollars américains²³⁸⁷. En 2021, de nouveau, ce chiffre atteint quatorze opérations annulées, représentant 47 milliards dollars américains²³⁸⁸. Ces opérations ont été bloquées au titre de la sécurité nationale (1), de la préservation de la concurrence sur le marché (2), ou encore sur la base d'autres motifs (3).

1) Sécurité nationale

778. Quatre opérations, dont la valeur de chacune dépasse 50 millions dollars, ont été annulées ou rejetées pour des impératifs de sécurité nationale en 2020.

779. À titre d'exemple, le 25 août 2020, le rachat de Lion Dairy par China Mengniu Dairy Co Ltd a échoué²³⁸⁹. Le trésorier fédéral (« *federal treasurer* ») d'Australie a déclaré que l'opération de 600 millions de dollars dans l'industrie laitière serait « contraire à l'intérêt national »²³⁹⁰.

780. Le 27 novembre 2020, le Canada a annoncé la prolongation du délai d'examen de l'achat d'une valeur de 230 millions de dollars²³⁹¹ par Shandong Gold Mining Co., Ltd (société chinoise) de TMAC Resources Inc (société canadienne), dans le but de déterminer si cette acquisition ne portait pas atteinte à la sécurité nationale. Cette acquisition avait été enclenchée en plein milieu de la crispation diplomatique entre les États-Unis et la Chine, subissant de plein fouet les répercussions de cette tension. En effet, en raison de l'extradition du directeur financier de Huawei, Mme Meng Wanzhou, requise par les États-Unis, le Canada, mêlé à cette situation, n'a pas émis in fine de déclaration officielle de refus concernant l'acquisition chinoise dans l'industrie minière canadienne²³⁹². On peut raisonnablement conclure que le gouvernement canadien a d'une manière ou d'une autre empêché cette acquisition, en dépit d'une annonce officielle²³⁹³, en raison du contexte diplomatique.

781. Le 4 décembre 2020, le ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie d'Allemagne a interdit l'acquisition du spécialiste des radars IMST GmbH par EMST GmbH,

²³⁸⁷ *Ibid.*

²³⁸⁸ UNCTAD, World Investment Report 2022, p.63

²³⁸⁹ Kehoe J., « China Mengniu takeover of Lion Dairy collapses », *Financial Review*, 25 août 2020 [en ligne: <https://www.afr.com/companies/manufacturing/china-mengniu-takeover-of-lion-dairy-collapses-20200825-p55p0w>] [consulté le 6 mars 2022]

²³⁹⁰ *Ibid.*

²³⁹¹ Strong W., « Ottawa blocks Chinese takeover of Nunavut gold mine project after national security review », *CBC*, le 22 décembre 2020 [en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/north/canada-china-tmac-1.5851305>] [consulté le 6 mars 2022]

²³⁹² *Ibid.*

²³⁹³ *Ibid.*

société détenue indirectement par l'entreprise chinoise Addisino²³⁹⁴. Le motif avancé pour le rejet de cette opération était la menace à l'ordre public ou à la sécurité²³⁹⁵.

782. Le 19 décembre 2020, la France a donné son veto à une opération d'une valeur de 425 millions d'euros. En l'occurrence, il s'agissait de l'achat de Photonis (société française) par Teledyne (groupe américain). La France a rejeté cette opération au motif de la protection de ses intérêts stratégiques nationaux²³⁹⁶. Actuellement, la France cherche à préserver son économie des investissements américains et chinois afin d'éviter « les rachats de pépites françaises par des acteurs étrangers »²³⁹⁷. Le dossier de « Photonis » a transmis « un signal politique »²³⁹⁸ puissant en ce sens.

783. Outre ces cas où le rejet provient d'une décision gouvernementale, il existe également des opérations qui ont été abandonnées avant qu'une décision officielle soit prise. Le 19 juin 2020, l'acquisition de Draka Fileca (entreprise française) par Carlisle Companies (groupe américain) a été annulée car la procédure d'approbation réglementaire de l'achat a dépassé le délai convenu par les parties pour satisfaire aux conditions de clôture²³⁹⁹. Notons que ces entreprises opéraient encore une fois dans un secteur stratégique, car Draka Fileca, faisant partie du groupe italien Prysmian, fournisseur historique du groupe Airbus, se spécialise dans les câbles de haute technologie pour l'aéronautique, l'espace et la défense²⁴⁰⁰.

784. En 2021, malgré la persistance de la crise sanitaire, de nouveaux projets de fusions-acquisitions ont continué à émerger. En conséquence, le nombre de contrôles de ces projets a également augmenté.

785. En avril 2021, China Oceanwide Holdings Group a mis en arrêt son projet d'acquisition de Genworth Financial, une société d'assurance américaine, pour un montant de 2.7 milliards

²³⁹⁴ Von Jacobs N., Enders G., « Radar Specialist: German Government Prohibits Takeover By Chinese Investor », *MWE*, le 4 décembre 2020 [en ligne: <https://www.mwe.com/fr/insights/radar-specialist-german-government-prohibits-takeover-by-chinese-investor/>] [consulté le 6 mars 2022]

²³⁹⁵ *Ibid.*

²³⁹⁶ Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers très différents », *Fusions & Acquisitions Magazine*, mars & avril 2021, p.4-6

²³⁹⁷ Vincent E., « Défense : veto de la France au rachat de Photonis par Teledyne », *Le Monde*, le 19 décembre 2020

²³⁹⁸ *Ibid.*

²³⁹⁹ Scottsdale A., « Carlisle Companies Announces the Termination of its Acquisition of Draka Fileca », *Bloomberg*, le 19 juin 2020 [en ligne : <https://www.bloomberg.com/press-releases/2020-06-19/carlisle-companies-announces-the-termination-of-its-acquisition-of-draka-fileca>] [consulté le 7 mars 2022]

²⁴⁰⁰ Fassot F., « Draka Fileca reste dans le giron de prysmian », *ViPress.net*, le 22 juin 2020 [en ligne : <https://vipress.net/draka-fileca-reste-dans-le-giron-de-prysmian/>] [consulté le 7 mars 2022]

de dollars américains²⁴⁰¹. Cette décision a été prise après quatre ans d'efforts pour répondre aux préoccupations des États-Unis concernant l'accès chinois aux données sensibles des citoyens américains²⁴⁰².

786. En décembre 2021, la société chinoise Wise Road Capital Ltd a suspendu son offre d'achat de Magnachip Semiconductor Corp, une entreprise coréenne²⁴⁰³. La maison mère de la société cible est basée à Delaware, aux États-Unis²⁴⁰⁴. Après plusieurs mois de procédure, l'acquéreur n'a finalement pas pu obtenir l'approbation du CFIUS des États-Unis²⁴⁰⁵.

787. En mars 2021, Applied Materials, un groupe américain, a annulé son projet de prise de contrôle de la société japonaise de Kokusai, fabricant des semi-conducteurs, d'une valeur de 3.5 milliards de dollars américains, en raison du manque d'approbation de la Chine²⁴⁰⁶. Le contrat d'achat d'actions avec KKR HKE Investment, actionnaire de Kokusai Electric, n'a pas reçu l'approbation de la Chine dans les délais requis.

788. Outre les investisseurs chinois, TransDigm Group des États-Unis a annulé son projet d'acquisition de l'entreprise d'aérospatiale et de défense britannique Meggitt, pour 9.7 milliards de dollars américains, en septembre 2021²⁴⁰⁷. De même, en mars 2021, TMH International, une entreprise suisse, a annulé son projet de prise de contrôle de Bergen Engines basée en Norvège et contrôlée par Rolls-Royce, une entreprise anglaise. Il faut relever que TMH International est une unité de Transmash Holdings JSC, un groupe russe²⁴⁰⁸. Cette opération avait déjà signée

²⁴⁰¹ Reuters Staff, « Insurer Genworth terminates \$2.7 billion buyout deal with China Oceanwide », *Reuters*, le 6 avril 2021 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-genworth-fincl-m-a-china-oceanwide-idUSKBN2BT2UK>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴⁰² *Ibid.*

v. également Bell A., « Genworth Ends China Oceanwide Merger Agreement », *ThinkAdvisor*, le 7 avril 2021 [en ligne : <https://www.thinkadvisor.com/2021/04/07/genworth-ends-china-oceanwide-merger-agreement/>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴⁰³ Magnachip Semiconductor Corporation, « Magnachip and Wise Road Capital Announce Withdrawal of CFIUS Filing and Mutual Termination of Merger Agreement », *Cision*, le 13 décembre 2021 [en ligne : <https://www.prnewswire.com/news-releases/magnachip-and-wise-road-capital-announce-withdrawal-of-cfius-filing-and-mutual-termination-of-merger-agreement-301443561.html>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴⁰⁴ *Ibid.*

²⁴⁰⁵ *Ibid.*

²⁴⁰⁶ Loukil R., « La Chine fait capoter le rachat de l'équipementier de puces Kokusai par Applied Materials », *L'Usinenouvelle*, le 4 avril 2021 [en ligne : <https://www.usinenouvelle.com/article/la-chine-fait-capoter-le-rachat-de-l-equipementier-de-puces-kokusai-par-applied-materials.N1078744>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴⁰⁷ Ryan C., « TransDigm Drops Meggitt Chase, Clearing Path for Lower Offer », *Bloomberg*, le 7 septembre 2021 [en ligne : <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-09-07/transdigm-drops-bid-for-meggitt-clearing-path-for-rival-parker>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴⁰⁸ Rolls-Royce, « Rolls-Royce signs agreement to sell Bergen Engines to TMH group », *Rolls-Royce*, le 4 février 2021 [en ligne : <https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2021/04-02-2021-rr-signs-agreement-to-sell-bergen-engines-to-tmh-group.aspx>] [consulté le 17 août 2022]

entre Rolls-Royce en février 2021²⁴⁰⁹. Toutefois, le gouvernement norvégien a publié une résolution royale en mars 2021 obligeant le groupe Rolls Royce à suspendre la vente²⁴¹⁰. De plus, en janvier 2021, le projet d'acquisition de Carrefour par le groupe canadien Couche-Tard a également été interrompu suite à l'objection ouverte par le ministre de l'Économie et des Finances de la France²⁴¹¹.

789. En février 2022²⁴¹², l'acquisition de l'entreprise anglaise ARM par la société américaine NVIDIA a été abandonnée à l'issue de la deuxième phase de contrôle par le gouvernement anglais²⁴¹³.

790. En novembre 2022, le Royaume-Uni a ordonné à l'investisseur chinois Nexperia de rétrocéder au moins 86% de ses parts pour préserver la sécurité nationale de la société semi-conducteur Newport Wafer Fab²⁴¹⁴. La participation de l'investisseur chinois dans la société avait été finalisée en juillet 2021 pour un montant de 68 millions de livres sterling²⁴¹⁵. Pendant cette même période, le gouvernement canadien a ordonné à trois entreprises chinoises de se désinvestir de leurs participations dans trois sociétés minières de lithium cotées au Canada, pour des raisons de sécurité nationale²⁴¹⁶. Également en novembre, l'acquisition par Silex Microsystems de l'usine de semi-conducteurs d'Elmos a été rejetée pour des motifs de sécurité et de protection du secteur par le gouvernement allemand²⁴¹⁷. Cette acquisition était prévue au

²⁴⁰⁹ *Ibid.*

²⁴¹⁰ TASS, « Norway orders Rolls-Royce to halt Bergen Engines sales to TMH International », *TASS*, le 26 mars 2021 [en ligne : <https://tass.com/economy/1270827>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴¹¹ Delvallé J., « Couche-Tard ne rachètera pas Carrefour... pour l'instant », *LSA*, le 29 janvier 2021 [en ligne : <https://www.lsa-conso.fr/couche-tard-ne-rachetera-pas-carrefour-pour-l-instant.371063>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴¹² Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition by NVIDIA Corporation of ARM Limited Cancellation of merger reference, le 8 février 2022

²⁴¹³ Competition and Markets Authority, NVIDIA / Arm merger inquiry, publié le 6 janvier 2021, mis à jour le 8 février 2022

²⁴¹⁴ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Acquisition of Newport Wafer Fab by Nexperia BV: notice of Final Order, le 16 novembre 2022

²⁴¹⁵ BBC, « New Newport Wafer Fab: 'No decision' on chip plant's sale to Chinese firm », *BBC*, le 2 février 2022

²⁴¹⁶ Home A., « Column: Canada slams the door on China in critical minerals race », *Reuters*, le 7 novembre 2022 [en ligne : <https://www.reuters.com/markets/commodities/canada-slams-door-china-critical-minerals-race-2022-11-07/>] [consulté le 25 novembre 2022]

²⁴¹⁷ Loukil R., « L'Allemagne bloque la vente de l'usine de puces d'Elmos à une filiale du chinois Sai Microelectronics », *UsineNouvelle*, le 14 novembre 2022 [en ligne : <https://www.usinenouvelle.com/article/l-allemande-bloque-la-vente-de-l-usine-de-puces-d-elmos-a-une-filiale-du-chinois-sai-microelectronics.N2066492>] [consulté le 24 novembre 2022]

profit d'une filiale d'une société chinoise²⁴¹⁸. À titre d'information, le montant de l'opération s'élevait à 85 millions d'euros²⁴¹⁹.

2) La préservation de la concurrence

791. Le 13 février 2020, la fusion entre Prosafe SE (groupe norvégien) et Floatel (groupe américain), d'une valeur de 199 millions de dollars, a été abandonnée suite à l'enquête menée par les autorités de concurrence du Royaume-Uni²⁴²⁰ et du gouvernement norvégien²⁴²¹.

792. Johnson & Johnson avait proposé un projet d'acquisition de 400 millions de dollars américains de Takeda Pharmaceutical Co. Ltd (société japonaise)²⁴²² par sa filiale TachoSil. Cependant, la *U.S. Federal Trade Commission* et la Commission européenne se sont immiscées sur la question de l'impact de cette opération en ce qui concerne la concurrence sur le marché²⁴²³. Le 11 avril 2020, cette opération a été abandonnée.

793. La Commission namibienne de la concurrence a rejeté le 5 août 2020 l'acquisition de la participation de Schwenk Namibia dans Ohorongong Cement par West China Cement²⁴²⁴. Cette décision a été motivée par la crainte que l'accord n'entraîne un comportement anticoncurrentiel sur le marché local²⁴²⁵. Le montant de l'opération s'élevait à environ de 870 millions de dollars²⁴²⁶.

794. Le 26 juillet 2021, l'offre d'acquisition formulée par l'entreprise américaine Aquiline Capital Partners pour le rachat d'Aon PLC de Royaume-Uni, d'une valeur de 30 milliards de

²⁴¹⁸ *Ibid.*

²⁴¹⁹ Reuters Staff, « L'Allemagne envisage d'approuver le rachat par la Chine de l'usine de semi-conducteurs d'Elmos », *Reuters*, le 27 octobre 2022 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/elmos-m-a-sai-microelectronics-idFRKBN2RM13Q-OFRIN>] [consulté le 24 novembre 2022]

²⁴²⁰ Case Hub, « Prosafe/Floatel International », *Lexisnexis UK*, [s. d.] [en ligne : <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/prosafe-floatel-international-archived>] [consulté le 6 mars 2022]

²⁴²¹ Energy Facts Staff Writer, « Prosafe announced extension of merger agreement with Floatel International », *Energy Facts*, le 5 janvier 2020 [en ligne : <https://www.energyfacts.eu/prosafe-announced-extension-of-merger-agreement-with-floatel-international/>] [consulté le 6 mars 2022]

²⁴²² Tanchico E., « J&J drops planned \$400M acquisition of Takeda surgical patch – Reuters », *S&P Global Market Intelligence*, le 11 avril 2020, [en ligne : <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/j-j-drops-planned-400m-acquisition-of-takeda-surgical-patch-8211-reuters-57999627>] [consulté le 6 mars 2022]

²⁴²³ *Ibid.*

²⁴²⁴ Reuters Staff, « Namibia competition watchdog blocks West China Cement's Schwenk deal », *Reuters*, le 5 août 2020, [en ligne : <https://www.reuters.com/article/ozabs-uk-namibia-cement-idAFKCN2511IJ-OZABS>] [consulté le 6 mars 2022]

²⁴²⁵ *Ibid.*

²⁴²⁶ *Ibid.*

dollars américains, a été abandonnée après la signature de la vente le 3 juin 2021²⁴²⁷. Cette décision a été prise en raison du dépôt d'une plainte par le département de la Justice des États-Unis basée sur le droit *antitrust* concernant un autre projet d'acquisition proposé par Aon, celui de Willis Towers Watson, malgré une approbation de la Commission européenne²⁴²⁸. Sous l'influence du litige en cours, Aquiline a annoncé l'abandon de l'opération. Il convient de garder à l'esprit que le litige concurrentiel a également influencé le projet d'acquisition par Arthur J. Gallagher des États-Unis de la société anglaise Willis Towers Watson. En juillet 2021, Arthur J. Gallagher a d'abord annoncé l'annulation du projet, mais il a finalement repris l'opération²⁴²⁹ et l'a finalisée en décembre 2021²⁴³⁰.

795. En septembre 2021, Kina Securities Limited, société de Papouasie-Nouvelle-Guinée, a annulé l'acquisition de Westpac Fiji ainsi que la participation de 89,91 % de Westpac dans Westpac Bank PNG Limited, propriété de Westpac Banking Corp (société australienne)²⁴³¹. La Commission indépendante de la consommation et de la concurrence de Papouasie-Nouvelle-Guinée a finalement refusé d'autoriser cette opération²⁴³².

3) Les autres motifs de rejet de l'opération

796. En plus des préoccupations concurrentielles, d'autres raisons ont également pu être invoqués pour justifier l'abandon de l'opération.

797. En avril 2020, Aurobindo Pharma Ltd (société indienne) a abandonné un projet d'achat d'une entreprise de dermatologie américaine ainsi que de trois usines de fabrication de Sandoz, l'unité de génériques du fabricant suisse de médicaments Novartis, pour un montant de 1

²⁴²⁷ Manganaro J., « Aon-Willis Towers Watson Merger Proposal Called Off », *Plansponsor*, le 26 juillet 2021, [en ligne : <https://www.plansponsor.com/aon-willis-towers-watson-merger-proposal-called-off/>] [consulté le 17 août 2022]

²⁴²⁸ *Ibid.*

²⁴²⁹ *Ibid.*

²⁴³⁰ *Ibid.*

v. également Communication de presse de Willis Tower Watson, « Willis Towers Watson announces agreement to sell Willis Re to Gallagher », *wtw*, le 13 août 2021, [en ligne : <https://www.wtco.com/en-MU/News/2021/08/Willis-Towers-Watson-announces-agreement-to-sell-Willis-Re-to-Gallagher>] [consulté le 18 août 2022]

²⁴³¹ Communication de presse de Westpac, « Westpac Pacific sale to Kina Bank to no longer proceed », *Westpac*, le 22 septembre 2021, [en ligne : <https://www.westpac.com.au/about-westpac/media/media-releases/2021/22-september/>] [consulté le 18 août 2022]

²⁴³² *Ibid.*

milliard de dollars²⁴³³. La raison de cet abandon est qu'elle n'a pas obtenu l'approbation de la *Federal Trade Commission* des États-Unis²⁴³⁴.

798. En mars 2021, n'ayant pas obtenu l'approbation du Service de surveillance financière de Corée, l'entreprise coréenne VI Investment Corp a décidé d'annuler son projet d'acquisition de J Trust Saving Bank (entreprise japonaise) pour un montant de 129 millions de dollars américains²⁴³⁵.

799. En avril 2021, Chijin International (société hongkongais), détenu par Chifeng Jihong Gold Mining Co Ltd (société chinoise), a interrompu son projet d'acquisition de Mensin Bibani, basé au Ghana, pour un montant de 108,9 millions de dollars américains²⁴³⁶. Mensin Bibani était détenu par Resolute Mining Ltd, une entreprise australienne²⁴³⁷. En effet, la Commission des minéraux de Ghana, sous les instructions du Ministre des Terres et des Ressources Naturelles, a résilié le bail minier de la mine d'or de Bibiani, ce qui a conduit Chifeng à décider d'arrêter le processus d'acquisition²⁴³⁸. Après que le bail ait été renouvelé par le gouvernement ghanéen, Bibinai a été vendu à l'entreprise canadienne Asante Gold Corporation pour un montant de 90 millions de dollars américains²⁴³⁹.

800. En avril 2021, le fonds d'investissement privé anglais Remus Horizons a retiré son offre de rachat d'un montant de 158,8 millions de dollars américains pour FAR, une société d'exploration pétrolière et gazière australienne²⁴⁴⁰. Cette décision a été prise en raison de la suspension de l'enregistrement en tant que fonds d'investissement privé de Remus par la Commission des services financiers de Guernesey²⁴⁴¹.

²⁴³³ Dhanjal S.S., « Aurobindo Pharma calls off \$1 billion deal with Sandoz after failing to get FTC nod », *Mint*, le 2 avril 2020, [en ligne : <https://www.livemint.com/companies/news/aurobindo-pharma-calls-off-1-billion-deal-with-sandoz-after-failing-to-get-ftc-nod-11585801128011.html>] [consulté le 7 mars 2022]

²⁴³⁴ *Ibid.*

²⁴³⁵ MarketScreener, « VI Investment Corporation cancelled the acquisition of JT Savings Bank Co., Ltd from J Trust Co., Ltd. », *MarketScreener*, le 31 mars 2021, [en ligne : <https://m.marketscreener.com/quote/stock/J-TRUST-CO-LTD-11551576/news/VI-Investment-Corporation-cancelled-the-acquisition-of-JT-Savings-Bank-Co-Ltd-from-J-Trust-Co-L-33456100/>] [consulté le 18 août 2022]

²⁴³⁶ Zurek K., « Bibiani Gold Mine sold for \$90million », *Graphic*, le 10 août 2021, [en ligne : <https://www.graphic.com.gh/business/business-news/bibiani-gold-mine-sold-for-90million.html>] [consulté le 18 août 2022]

²⁴³⁷ *Ibid.*

²⁴³⁸ *Ibid.*

²⁴³⁹ *Ibid.*

²⁴⁴⁰ Pétrou K., « Le jeu de yo-yo autour de la cession des parts de FAR dans Sangomar continue: l'offre de Remus Horizons non retenue », *Sunupetrole*, le 21 avril 2021, [en ligne : <https://sunupetrole.com/blog/2021/04/21/le-jeu-de-yo-yo-autour-de-la-cession-des-parts-de-far-dans-sangomar-continue-le-cas-remus-horizons/>] [consulté le 18 août 2022]

²⁴⁴¹ *Ibid.*

801. En juillet 2021, l'entreprise américaine Pershing Square Tontine a annulé son projet d'acquisition de 10% de l'entreprise française Universal Music Group pour un moment de 4 milliards de dollars américains²⁴⁴². Le projet a été bloqué par *Securities and Exchange Commission* des États-Unis, qui craignait que la structure du regroupement d'entreprises initial ne soit pas conforme aux règles de *New York Stock Exchange*²⁴⁴³.

802. En résumé, la crise financière en 2008 a mis à mal la théorie du néolibéralisme, montrant la nécessité d'un certain degré de régulation par le gouvernement dans les activités économiques. La crise sanitaire en 2020, à son tour, a contribué à justifier un élargissement du contrôle gouvernemental. Les investissements chinois sont fortement impactés par ce retour de la souveraineté et le renforcement du droit national relatif au contrôle des investissements étrangers au titre de la sécurité nationale. En parallèle, les investisseurs occidentaux font également face à des contrôles renforcés, notamment au titre du droit de la concurrence. Ainsi, de multiples outils juridiques permettent aux États d'intensifier leur rôle de régulateur du marché et leur ingérence dans les décisions des entreprises.

Section 2. Le renforcement du contrôle dans les pays spécifiques

803. Après avoir mis en évidence le développement des contrôles sur les investissements étrangers à l'échelle internationale, il est temps de se concentrer plus particulièrement sur le cas des États-Unis (1) et de la France (2) afin de préciser notre analyse. L'étude des politiques d'investissements à travers ces deux exemples nous permettra de consolider notre analyse précédente.

§1. Le renforcement des contrôles des investissements étrangers aux États-Unis

804. Les États-Unis sont devenus le principal destinataire mondial d'investissements étrangers directs depuis les années 2000 jusqu'à nos jours²⁴⁴⁴. Cette tendance a incité le

²⁴⁴² Harley-Mekeown L., « Bill Ackman forced to abandon Universal Music SPAC deal by SEC », *Yahoo!Finance*, le 19 juillet 2021, [en ligne : https://uk.finance.yahoo.com/news/pershing-square-universal-music-group-spac-deal-taylor-swift-lady-gaga-104412576.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAEdOGDyphh5mPEbiZWvmttGfBuWX4avRp1E7_qFmykgAEt1XbkJpeA7zUNx6hw5zOFgyKgWjgehjyJ_6KRqbev_sXK7C4-jNfkMujxWyFUzHkK2UDsi4II2M0AwL_SfqPITsw8zdgB6oy0Q7GILuNQ5aAnfCorUJUVfcs-QbcT0w] [consulté le 18 août 2022]

²⁴⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴⁴ UNCTAD, World Investment Report 2001, p.xiii ; UNCTAD, World Investment Report 2005, p.xix; UNCTAD, World Investment Report 2007, p.20; UNCTAD, World Investment Report 2008, p.7; UNCTAD, World Investment Report 2011, p.4 ; UNCTAD, World Investment Report 2014, p.xv; UNCTAD, World Investment Report 2017, p.8; UNCTAD, World Investment Report 2018, p.4; UNCTAD, World Investment

gouvernement américain à réguler les investissements étrangers dans les opérations d'acquisition de ses entreprises nationales. Sous l'influence de la théorie lockéenne, la propriété est au cœur du contrôle des investissements étrangers, puisque l'investissement repose sur la propriété. Cela explique probablement la préoccupation constante des États-Unis dans ces opérations. En réponse, le gouvernement fédéral a élargi la notion de sécurité nationale pour faire face aux pertes de contrôle des entreprises nationales stratégiques. En outre, un plus grand pouvoir est octroyé au CFIUS afin d'effectuer les contrôles sur les acquisitions menées par les entreprises étrangères, grâce à la loi de *Foreign Investment and National Security Act* (ci-après FINSA) de 2007 (I) et la loi de *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (ci-après FIRRMA) de 2018 (II).

I. La loi FINSA

805. La loi FINSA a prévu une série de modifications afin de renforcer le contrôle sur les investisseurs étrangers (A). Ces modifications ont notamment un impact significatif sur les investisseurs chinois (B).

A. Les modifications portées par la loi FINSA

806. À la suite de l'acquisition de Dubai Ports World – P&O de 2006, le Congrès a prétendu que le régime de contrôle prévu par l'amendement Exon-Florio se révélait insuffisant pour défendre les intérêts relevant de la sécurité nationale, en particulier dans le contexte de la menace du terrorisme²⁴⁴⁵. Dans ce cadre, le projet de loi H.R.556, dénommé *National Security Foreign Investment Reform and Strengthened Transparency Act* de 2007, a été introduit par la représentante de New York du Congrès des États-Unis Carolyn B. Maloney²⁴⁴⁶. Présenté lors du 110^{ème} congrès le 18 janvier 2007, et après plusieurs tours de vote, le projet a été signé par le Président George W. Bush en janvier 2007²⁴⁴⁷ sous nom de *Foreign Investment and National Security Act* de 2007, également connu sous le nom de loi FINSA.

Report 2019, p.4; UNCTAD, World Investment Report 2020, p.12; UNCTAD, World Investment Report 2021, p.5; UNCTAD, World Investment Report 2022, p.8

²⁴⁴⁵ De Moraes Gavioli M. G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 21

²⁴⁴⁶ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.10

²⁴⁴⁷ *Ibid.*

807. Le CFIUS a finalement été doté du pouvoir directement par la loi²⁴⁴⁸. De nouveaux membres ont été ajoutés, incluant le secrétaire à l'énergie, ainsi que deux membres *ex officio* : le directeur du renseignement national, et le secrétaire du travail²⁴⁴⁹.

808. Pour répondre à la menace du terrorisme, la loi FINSA a élargi la notion de sécurité nationale pour y inclure les questions relevant de la sécurité intérieure²⁴⁵⁰. De plus, les éléments à prendre en compte par le Président ont également été élargis par cette nouvelle loi, englobant les effets potentiels sur la sécurité nationale concernant les infrastructures essentielles, y compris les principaux actifs énergétiques²⁴⁵¹; ainsi que les effets potentiels sur la sécurité nationale liés aux technologies critiques²⁴⁵².

809. En ce qui concerne la procédure, la première modification réside dans le fait que le retrait de l'opération par l'acquéreur nécessite l'accord du CFIUS. En effet, dans la plupart des cas, les opérations ont été retirées par l'acquéreur avant que le CFIUS donne son avis. La loi FINSA prévoit donc qu'en l'absence d'une notice écrite déposée auprès du CFIUS et d'une approbation de ce dernier, aucune opération ne peut être retirée²⁴⁵³.

810. Le droit d'intervention du CFIUS est élargi. Pour les opérations sous contrôle ou ayant fait l'objet d'une enquête, la décision peut être révisée en cas de fausses informations ou d'omissions dans les documents fournis²⁴⁵⁴, ou en cas de violation d'un accord d'engagement de l'acquéreur (« *mitigation agreement* »)²⁴⁵⁵. Le pouvoir conféré au CFIUS par la loi lui permet de négocier voire d'imposer des conditions supplémentaires aux investisseurs afin réduire les risques pour la sécurité nationale dans le projet d'acquisition²⁴⁵⁶. Enfin, un agent est désigné pour suivre tout au long du projet si l'accord d'engagement a bien été respecté par les parties²⁴⁵⁷.

811. Les prérogatives du Congrès dans le contrôle des investissements étrangers ont de nouveau été élargies. Un rapport annuel est transmis à certains membres du Congrès concernant toutes les révisions et enquêtes effectuées²⁴⁵⁸. De plus, lorsqu'une enquête est menée sur une

²⁴⁴⁸ P.L.110-49, § 3(k)(1)

²⁴⁴⁹ P.L.110-49, § 3(k)(2)

²⁴⁵⁰ P.L.110-49, § 2(a)(5)

²⁴⁵¹ P.L.110-49, § 4(D)(6)

²⁴⁵² P.L.110-49, § 4(D)(7)

²⁴⁵³ P.L.110-49, § 2(b)(1)(C)(ii)

²⁴⁵⁴ P.L.110-49, § 2(b)(1)(D)(ii)

²⁴⁵⁵ P.L.110-49, § 2(b)(1)(D)(iii)

²⁴⁵⁶ P.L.110-49, § 5(b)(1)(1)

²⁴⁵⁷ P.L.110-49, § 5(b)(1)(2)(B)

²⁴⁵⁸ P.L.110-49, § 7(b)(m)

opération, le CFIUS doit remettre à certains membres du Congrès un rapport sur le résultat de l'enquête, sauf si celle-ci a été soumise au Président pour décision²⁴⁵⁹. Ce rapport doit inclure les mesures prises par le comité concernant l'opération²⁴⁶⁰ et vise à attester de la conformité de l'opération en termes de sécurité nationale²⁴⁶¹. Les destinataires de ce rapport sont : le chef de la majorité et le chef de la minorité du Sénat, le président et les membres de haut rang de la Commission des Banques, du Logement et des Affaires urbaines du Sénat, ainsi que tout comité du Sénat supervisant l'agence chef de file. De plus, le président et le chef de la minorité de la Chambre des représentants reçoivent également le rapport²⁴⁶². En ce qui concerne les opérations liées à l'infrastructure critique, le rapport doit également être transmis aux membres du Sénat de l'État concerné²⁴⁶³. Il a également été prévu que, sur demande d'un membre du Congrès susmentionné, le CFIUS soit tenu de fournir des comptes-rendus sur les opérations. Cette demande s'applique même lorsque les opérations impliquent des informations classifiées, à condition que le membre du Congrès dispose d'une habilitation de sécurité appropriée²⁴⁶⁴.

B. Attaques croissantes contre les investisseurs chinois

812. La mise en œuvre de la loi FINSA a été marquée par un nombre croissant d'attaques contre les acquéreurs chinois. Dans l'histoire du CFIUS, seulement cinq opérations ont fait l'objet de blocage par le Président des États-Unis, dont quatre concernant des sociétés chinoises²⁴⁶⁵. On observe que le ratio est élevé, et que ce sont essentiellement les entreprises chinoises qui se heurtent au refus américain. Parmi ces refus, trois ont eu lieu entre 2007 et 2018, soit après l'entrée en vigueur de la loi FINSA et avant la signature de la loi FIRMMA par le Président Trump en 2018.

813. Depuis 2012, les révisions sur les opérations effectuées ou proposées par les investisseurs chinois sont extrêmement fréquentes par rapport aux investisseurs originaires d'autres pays²⁴⁶⁶. En effet, les sept pays qui ont le plus investi aux États-Unis sont des pays alliés des États-Unis, en l'occurrence le Royaume-Uni, le Japon, l'Allemagne, la France, le Canada, le Suisse et les Pays-Bas²⁴⁶⁷. La Chine ne figure pas parmi ces pays. Toutefois, les

²⁴⁵⁹ P.L.110-49, § 2(b)(2)(B)

²⁴⁶⁰ P.L.110-49, § 2(b)(2)(C) (i)

²⁴⁶¹ P.L.110-49, § 2(b)(2)(C)(ii)

²⁴⁶² P.L.110-49, § 2(b)(2)(C)(iii)

²⁴⁶³ *Id.*

²⁴⁶⁴ P.L.110-49, § 7(g)(1)

²⁴⁶⁵ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.21

²⁴⁶⁶ Li J., « Investing Near the National Security Black Hole », *Berkeley Bus.L.J.*, vol 14, 2017, p.6

²⁴⁶⁷ P.L. 115-232, §1702(a)(3)(B)

opérations qui ont attiré l'attention du public sont surtout les opérations chinoises. En effet, de 2013 à 2015, les données non classifiées communiquées par le CFIUS ont démontré que 74 parmi 387 opérations contrôlées sont celles ayant un lien avec l'investisseur chinois, soit 19.1%. Avec ce score, la Chine occupe la première place. Cette position contraste avec les États alliés qui occupent des places bien plus éloignées, comme le Royaume-Uni (47^{ème} place) et le Canada (49^{ème} place)²⁴⁶⁸.

814. Parmi les investissements rejetés par l'administration, Ralls Corporation (1) est la seule entreprise sino-américaine qui ait saisi le tribunal pour contester la décision de refus. En revanche, d'autres acquisitions ont tout simplement été abandonnées après le rejet administratif (2).

1) Opération de Ralls Corporation

815. L'opération de Ralls Corporation (ci-après « Ralls ») fait partie des opérations précédemment évoquées qui ont été rejetées par le Président des États-Unis. Jusqu'à présent, elle est la seule opération à avoir fait l'objet d'une révision judiciaire.

816. Pour fournir un contexte plus détaillé, Ralls corporation est une société basée dans le Delaware aux États-Unis et détenue par deux ressortissants chinois²⁴⁶⁹. Ralls avait acquis plusieurs entreprises américaines dans le but de développer un parc éolien sur un terrain appartenant à une autre société américaine²⁴⁷⁰. Ce terrain était situé à proximité d'une installation de la marine américaine en Oregon²⁴⁷¹. Il est également important de noter qu'il y avait d'autres parcs éoliens étrangers à proximité de la même zone²⁴⁷². À l'origine, Ralls n'avait pas prévu de soumettre volontairement une déclaration auprès du CFIUS²⁴⁷³. Cependant, suite à une demande de la marine américaine, cette dernière a présenté un dossier²⁴⁷⁴. Le CFIUS a évalué que cette opération représentait une menace pour la sécurité nationale²⁴⁷⁵. En septembre 2012, le Président Obama a rejeté l'opération et a accordé à Ralls 90 jours pour céder toutes les participations qu'elle avait acquises dans les entreprises américaines²⁴⁷⁶. Cette cession était

²⁴⁶⁸ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2015, p.16

²⁴⁶⁹ *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv.*, U.S., 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)

²⁴⁷⁰ *Ibid.*

²⁴⁷¹ *Ibid.*

²⁴⁷² *Ibid.*

²⁴⁷³ Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *Marq.L.Rev.*, vol 102, 2019, p.673

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ *Ibid.*

²⁴⁷⁶ *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv.*, U.S., 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)

soumise à la condition suspensive de l'approbation du CFIUS²⁴⁷⁷. En raison de l'échec de cette opération, Ralls a subi une perte de 20 millions dollars²⁴⁷⁸.

817. La décision du CFIUS concernant la transaction de Ralls a marqué le tout premier litige de l'histoire du CFIUS²⁴⁷⁹. La société a contesté l'ordonnance en invoquant des motifs constitutionnels relatifs à la régularité de la procédure²⁴⁸⁰. Elle a fait valoir que le CFIUS ne lui avait pas accordé la possibilité de réfuter certaines informations, même si ces informations n'étaient ni classifiées ni privilégiées, ce qui aurait enfreint les droits procéduraux de Ralls²⁴⁸¹. Cette contestation s'est soldée par une défaite devant le tribunal de district²⁴⁸². Cependant, en juillet 2014, la Cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia a statué en faveur de Ralls, en reconnaissant l'irrégularité de la procédure²⁴⁸³. Néanmoins, cette victoire portait uniquement sur l'aspect procédural. Le tribunal n'est pas revenu sur les motifs invoqués, à savoir les questions de sécurité nationale, et par conséquent la décision de cession est demeurée inchangée²⁴⁸⁴. Subséquemment, un règlement transactionnel a été conclu entre le gouvernement et Ralls²⁴⁸⁵. Cette décision de ne pas poursuivre le litige a été bénéfique pour les deux parties²⁴⁸⁶, notamment pour le CFIUS qui cherchait à éviter d'éventuelles contestations futures de la part d'autres investisseurs étrangers. Ces investisseurs pourraient se référer à ce jugement pour contester toute décision du CFIUS, ce qui aurait pu se produire si le comité avait choisi de continuer le litige devant la cour d'appel concernant l'affaire de Ralls²⁴⁸⁷.

2) Les autres opérations chinoises refusées

818. Depuis 2013, les acquisitions réalisées par des investisseurs chinois aux États-Unis ont fréquemment suscité des inquiétudes en matière de sécurité nationale. De nombreuses

²⁴⁷⁷ Li J., « Investing Near the National Security Black Hole », *op.cit.*, p.8

²⁴⁷⁸ *Ibid.*

²⁴⁷⁹ Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *op.cit.*, p.674

²⁴⁸⁰ *Ibid.*

²⁴⁸¹ *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv.*, U.S., 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)

²⁴⁸² Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *op.cit.*, p.674

²⁴⁸³ *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv.*, U.S., 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)

²⁴⁸⁴ *Id.*

²⁴⁸⁵ Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *op.cit.*, p.674

²⁴⁸⁶ Wang J., « Ralls Corp. v. CFIUS: A New Look at Foreign Direct Investments to the US », *Colum.J.Transnat'l L.Bull.*, vol 30, 2016, p.54, v. note de bas de page: « Settling ... was a tactical decision that benefited both parties. »

²⁴⁸⁷ *Ibid.*

Texte original: «CFIUS realizing that its core powers to issue orders stood to be diluted, feared a district court's judgement of the issues on the merits. »

opérations menées par des acteurs chinois ont été sujettes à des refus de la part de l'administration américaine (c). Parmi celles-ci, deux cas ont engendré des débats intenses : l'opération impliquant Grand Chip Investment GmbH – Aixtron (a), et celle impliquant Canyon Bridge – Lattice Semiconductor (b). Ces exemples illustrent le rejet d'opérations directement par le Président des États-Unis.

a) Opération impliquant Grand Chip Investment GmbH - Aixtron

819. En 2016, le Président Obama a bloqué l'opération d'Aixtron SE par un décret en date du 2 décembre (« *Ordre of December 2, 2016* »)²⁴⁸⁸. Bien qu'Aixtron SE soit une société allemande, elle possède une filiale aux États-Unis²⁴⁸⁹. Plus précisément, cette filiale américaine joue un rôle essentiel dans l'industrie de la défense des États-Unis en contribuant au développement d'un système de missiles plus efficace²⁴⁹⁰. L'acquéreur, Grand Chip Investment GmbH (ci-après Grand Chip), est également une société allemande. Ses deux sociétés mères sont Grand Chip Investment S.A.R.L., une société luxembourgeoise, et Fujian Grand Chip investment Fund LP, une société chinoise²⁴⁹¹. Dans le décret susmentionné, le Président Obama a estimé que les deux sociétés mères, par le biais du contrôle de la société Aixtron SE, pourraient prendre des mesures susceptibles de compromettre la sécurité nationale des États-Unis²⁴⁹². En effet, l'industrie des semi-conducteurs a été depuis longtemps soumise à une protection et une surveillance rigoureuses en raison de la préservation de la sécurité nationale aux États-Unis, remontant à l'affaire Fujitsu-Fairchild en 1987²⁴⁹³. Le CFIUS s'est uniquement opposé à l'acquisition de la filiale établie aux États-Unis au sein du groupe allemand. Toutefois, le rejet de l'acquisition de cette filiale américaine a conduit l'investisseur chinois à abandonner l'ensemble du projet d'achat, étant donné que la filiale représentait 20% de la valeur totale du groupe allemand²⁴⁹⁴.

²⁴⁸⁸ *Ordre of December 2, 2016 Regarding the Proposed Acquisition of a Controlling Interest in Aixtron SE by Grand Chip Investment GmbH*, Federal Register, vol 81, 88607

²⁴⁸⁹ Wolde H.T., Siebold S., « U.S. fears over sensitive compound hits Chinese bid for Aixtron », *Reuters*, le 21 novembre 2016 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-usa-idUSKBN13G0OI>] [consulté le 11 juin 2021]

²⁴⁹⁰ *Ibid.*

²⁴⁹¹ *Ordre of December 2, 2016 Regarding the Proposed Acquisition of a Controlling Interest in Aixtron SE by Grand Chip Investment GmbH*, Federal Register, vol 81, 88607

²⁴⁹² *Id.*

²⁴⁹³ Lederman I., « The Right Rights for the Right People? The Need for Judicial Protection of Foreign Investors », *B.C.L.Rev.*, vol 61, 2020, p.723

²⁴⁹⁴ Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *op.cit.*, p.675

820. Subsidairement, il est pertinent de mentionner l'influence des États-Unis sur le renversement de la décision du gouvernement allemand. Le 8 septembre 2016, le ministère de l'Économie allemand a initialement approuvé l'opération entre Grand Chip et Aixtron²⁴⁹⁵. Cependant, le 24 octobre 2016, il a retiré son approbation et a rouvert l'enquête sur la transaction²⁴⁹⁶. Les responsables allemands ont reçu des informations de la part des États-Unis lors d'une réunion d'information à l'ambassade des États-Unis à Berlin²⁴⁹⁷, ce qui a compromis la finalisation du projet. Finalement, la transaction n'a pas pu être conclue²⁴⁹⁸.

821. Le refus émis par le CFIUS a généré des critiques, en particulier concernant l'étendue de son pouvoir de révision. Cette situation est particulièrement complexe avec l'intervention des États-Unis, car elle impliquait l'acquisition entre deux sociétés non-américaines, et pourtant, le CFIUS a réussi à bloquer une telle acquisition²⁴⁹⁹. De plus, la décision du CFIUS a été difficilement compréhensible, d'autant plus que, en octobre 2017, le comité a donné son aval à la vente d'une partie des activités de semi-conducteurs d'Aixtron à Eugene Technology Co., une entreprise sud-coréenne²⁵⁰⁰. Il est ainsi évident que les investisseurs chinois ont été spécifiquement ciblés par les États-Unis.

b) Opération impliquant Canyon Bridge – Lattice Semiconductor

822. En 2017, une autre décision de blocage a été prise à l'encontre d'investisseurs chinois agissant en tant qu'actionnaires d'une société acquéreur américain²⁵⁰¹. Il s'agit une nouvelle fois d'une opération dans l'industrie des semi-conducteurs. La proposition d'acquisition de la société Lattice Semiconductor Corp. (ci-après Lattice) par la société Canyon Bridge Capital Partner (ci-après Canyon Bridge) a fait l'objet de refus par le président Trump en 2017. Canyon

²⁴⁹⁵ Sheahan M., Copley C., « Germany stalls Chinese takeover of Aixtron, citing security worries », *Reuters*, le 24 octobre 2016 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-germany-idUSKCN12O13G>] [consulté le 11 juin 2021]

²⁴⁹⁶ *Id.*

²⁴⁹⁷ Chazan G., « Fujian drops Aixtron offer after US blocks deal », *Financial Times*, le 8 décembre 2016 [en ligne: <https://www.ft.com/content/b880ba3a-bd4a-11e6-8b45-b8b81dd5d080>] [consulté le 11 juin 2021] ;

AFT, « US tries to block Chinese purchase of Aixtron », *The Local de*, le 3 décembre 2016 [en ligne: <https://www.thelocal.de/20161203/us-tries-to-block-chinese-purchase-of-germanys-aixtron/>] [consulté le 11 juin 2021]

²⁴⁹⁸ Wilkes W., « Chinese Takeover of Aixtron Collapses After U.S. Ban », *The Wall Street Journal*, le 8 décembre 2016

²⁴⁹⁹ Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *op.cit.*, p.675

²⁵⁰⁰ Alert C., « M&A Guide to CFIUS: Deciding Whether to Submit Voluntarily to CFIUS Review », *Cooley*, le 27 février 2018 [en ligne: <https://www.cooley.com/news/insight/2018/2018-02-27-ma-guide-to-cfius>] [consulté le 12 juin 2021]

²⁵⁰¹ Pour rappel, tout au long de l'histoire du CFIUS, seules 5 opérations ont été bloquées au niveau du Président. Parmi ces 5 opérations, 4 étaient liées à des investisseurs chinois ou ayant un lien avec la Chine. Il s'agit de l'opération de CATIC, Ralls, Gran Chip et Canyon Bridge Capital Partners.

Bridge est une société de capital-investissement basée dans la Silicon Valley²⁵⁰². Toutefois, les investigations américaines ont révélé l'existence d'un commanditaire nommé Yitai Capital Limited (Yitai) lié à Canyon Bridge, dont la maison mère est la société chinoise China Venture Capital Fund Corporation Limited²⁵⁰³. Cette dernière est détenue par l'État et gère les investissements industriels et le capital-risque. Le Congrès craignait que le gouvernement chinois achète les technologies de semi-conducteur à des fins militaires par le biais de la société Canyon Bridge²⁵⁰⁴. Pourtant, Lattice avait cédé sa section militaire en 2012 et s'était depuis concentrée exclusivement sur le marché des puces civiles²⁵⁰⁵. En décembre 2017, les deux parties ont notifié l'opération auprès du CFIUS²⁵⁰⁶. En effet, le bureau exécutif du Président avait publié en janvier 2017 un rapport sur le maintien du leadership des États-Unis dans le secteur des semi-conducteurs²⁵⁰⁷. Ce rapport a surtout considéré les investissements chinois, décrits comme agressifs dans cette industrie, comme une menace pour les États-Unis²⁵⁰⁸. Sous l'influence de ce rapport, l'opération a suivi la procédure complète d'une durée de 75 jours, composée de 45 jours d'enquête²⁵⁰⁹ au cours desquels les parties se sont engagées à augmenter l'emploi chez Lattice²⁵¹⁰. Cela étant dit, cette proposition n'a pas obtenu l'approbation du Président Trump²⁵¹¹. En fin de compte, les deux parties ont présenté des mesures d'atténuation pour répondre aux problèmes de sécurité nationale, qui n'ont pas été acceptées par le CFIUS²⁵¹². L'opération a finalement été refusée par le président des États-Unis le 13 septembre 2017²⁵¹³.

²⁵⁰² Jalinous F., Mildorf K., Scholmig K., « CFIUS : President Trump Blocks Acquisition of Lattice Semiconductor by Canyon Bridge », *White & Case*, le 13 septembre 2017 [en ligne: <https://www.whitecase.com/publications/alert/cfius-president-trump-blocks-acquisition-lattice-semiconductor-canyon-bridge>] [consulté le 12 juin 2021]

²⁵⁰³ Presse du département de trésorerie des États-Unis, Statement On The President's Decision Regarding Lattice Semiconductor Corporation, le 13 septembre 2017

²⁵⁰⁴ Lederman I., « The Right Rights for the Right People? The Need for Judicial Protection of Foreign Investors », *op.cit.*, p.727

²⁵⁰⁵ *Ibid.*

²⁵⁰⁶ *Ibid.*

²⁵⁰⁷ Executive Office of the President, Report to the President Ensuring Long-Term U.S. Leadership in Semiconductors, Janvier 2017

²⁵⁰⁸ *Id.*, p.18

²⁵⁰⁹ Jalinous F., Mildorf K., Scholmig K., « CFIUS : President Trump Blocks Acquisition of Lattice Semiconductor by Canyon Bridge », *White & Case*, le 13 septembre 2017 [en ligne: <https://www.whitecase.com/publications/alert/cfius-president-trump-blocks-acquisition-lattice-semiconductor-canyon-bridge>] [consulté le 12 juin 2021]

²⁵¹⁰ Lederman I., « The Right Rights for the Right People? The Need for Judicial Protection of Foreign Investors », *op.cit.*, p.728

²⁵¹¹ *Ibid.*

²⁵¹² Jalinous F., Mildorf K., Scholmig K., « CFIUS : President Trump Blocks Acquisition of Lattice Semiconductor by Canyon Bridge », *op.cit.*

²⁵¹³ Ordre of September 13, 2017 Regarding the Proposed Acquisition of Lattice Semiconductor Corporation by China Venture Capital Fund Corporation Limited, vol 82, 43665

c) Les autres opérations

823. En 2013, l'achat de Smithfield Foods par le plus grand producteur de porc chinois Shanghai Shuanghui International²⁵¹⁴, a suscité l'attention du public. Cette opération a reçu le feu vert du CFIUS et a pu être finalisée. Toutefois, plusieurs sénateurs des États agricoles du Midwest américain ont exprimé leur réticence envers cette transaction, mettant en avant que l'opération pourrait compromettre la sécurité alimentaire des États-Unis²⁵¹⁵.

824. En 2017, plusieurs autres opérations ont été annulées par les investisseurs à la suite d'ouvertures d'enquêtes ou de refus émis par le CFIUS. Citons par exemple le retrait de l'offre d'acquisition initiée par NavInfo Co. Ltd (société chinoise) pour l'achat de International B.V. (société néerlandaise) spécialisée dans la cartographie numérique, en raison de l'opposition du CFIUS²⁵¹⁶. De même, TCL Industries Holdings (H.K) Limited et Jade Ocean Global Limited ont abandonné leur projet d'acquisition d'Inseego Corp. dans le domaine du volet sans fil. De plus, la HNA Group a pris la décision de suspendre l'achat de 9,9% des actions de Global Eagle Entertainment, une société américaine spécialisée dans la connectivité médiatique²⁵¹⁷.

825. En 2018, Ant Financial a annoncé l'abandon de son projet d'achat de MoneyGram lorsque le CFIUS a rejeté les propositions visant à atténuer les inquiétudes concernant la sécurité des données pouvant être utilisées pour identifier les citoyens américains²⁵¹⁸. La vente de Xerra Corp, une entreprise américaine spécialisée dans les tests de semi-conducteurs, à la société chinoise Hubei Xinyan, financée par le Fonds d'investissement dans les semi-conducteurs soutenu par l'État chinois, a été bloquée en février 2018²⁵¹⁹. Par ailleurs, l'accord entre Huawei et AT&T visant à vendre les smartphones développés par Huawei a été interrompue en raison de préoccupations liées aux risques d'espionnage²⁵²⁰. Cela étant, cette

²⁵¹⁴ Personnel de Reuters, « U.S. clears Smithfield's acquisitions by China's Shuanghui », *Reuters*, le 7 septembre 2013 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-usa-china-smithfield-idUSBRE98513I20130907>] [consulté le 10 juin 2021]

²⁵¹⁵ Karsny R., Youglai R., « U.S. lawmakers air concerns about Smithfield-Shuanghui deal », *Reuters*, le 5 juin 2013 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-smithfield-shuanghui-congress/u-s-lawmakers-air-concerns-about-smithfield-shuanghui-deal-idUSBRE9540YN20130605>] [consulté le 11 juin 2021]

²⁵¹⁶ Trade Practitioner, « CFIUS Filing Withdrawn, Deal Abandoned: NavInfo, Tencent, GIC Pte, and HERE International », *Squire Patton Boggs*, le 3 octobre 2017 [en ligne: <https://www.tradepractitioner.com/2017/10/navinfo-tencent-gic-here/>] [consulté le 4 août 2022]

²⁵¹⁷ Granville K., « CFIUS, Powerful and Unseen, Is a Gatekeeper on Major Deals », *New York Times*, le 5 mars 2008

²⁵¹⁸ Roumeliotis G., « U.S. blocks MoneyGram sale to China's Ant Financial on national security concerns », *Reuters*, le 2 janvier 2018 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-moneygram-intl-m-a-ant-financial-idUSKBN1ER1R7>] [consulté le 12 juin 2021]

²⁵¹⁹ *Ibid.*

²⁵²⁰ Jiang S., « Huawei's AT&T U.S. smartphone deal collapses », *Reuters*, le 8 janvier 2018 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-at-t-huawei-tech-idUSKBN1EX29E>] [consulté le 13 juin 2021]

interruption n'était pas directement causée par l'intervention du CFIUS, mais plutôt par les pressions exercées sur AT&T par des membres du Sénat américain²⁵²¹. Une autre source de pression provenait de la lettre envoyée le 20 décembre 2017 par les comités du renseignement de la Chambre à la *Federal Communications Commission* (FCC) des États-Unis. Cette lettre faisait part de préoccupations concernant les projets de Huawei de lancer des produits de consommation via un important opérateur de télécommunications américain²⁵²². Enfin, l'offre d'acquisition de Qualcomm, une société américaine, par Broadcom, une société singapourienne, a suscité l'attention en 2018. Cette transaction a été critiquée pour les abus de la procédure du CFIUS par les dirigeants de Qualcomm²⁵²³. En effet, elle impliquait une offre soumise sans recours à un processus d'appel d'offres préalable, ce qui n'était pas conforme aux plans de Qualcomm. Une telle approche aurait eu un impact direct sur les dirigeants de l'entreprise en cas de réalisation. C'est pourquoi les dirigeants ont employé la procédure de CFIUS pour bloquer l'acquisition²⁵²⁴.

II. La loi FIRMMA

826. La loi FIRMMA (*Foreign Investment Risk Review Modernization Act*) a été signée par le Président Donald Trump le 13 août 2018, lui conférant ainsi force législative. Selon certains praticiens, le terme « *Modernization* » est un « euphémisme »²⁵²⁵, puisqu'il vise spécifiquement les investissements chinois (A). L'entrée en vigueur de la loi a permis au CFIUS de rétroactivement contrôler les opérations qui ont été effectuées (B).

A. FIRMMA : une loi qui vise les investisseurs chinois

827. La loi a introduit d'importantes modifications dans le domaine du contrôle des investissements étrangers (1), et par la suite, plusieurs réglementations ont été promulguées au cours des années suivantes pour mettre en œuvre les dispositions de cette loi (2).

1) Les modifications issues de la loi FIRMMA

828. La loi FIRMMA est née dans un contexte de préoccupation croissante exprimée par les membres lors du 115^e congrès quant à l'augmentation des investissements chinois aux États-

²⁵²¹ *Ibid.*

²⁵²² *Ibid.*

²⁵²³ v. Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *op.cit.*, p.643-699

²⁵²⁴ *Ibid.*

²⁵²⁵ Jalinous F. Mildorf K., Schomig K., Brayton-Lewis C., « CFIUS Reform Becomes Law: What FIRMMA Means for Industry », *op.cit.*

Unis, en particulier dans le domaine de la technologie²⁵²⁶. Entre 2011 et 2016, le nombre d'opérations révisées par le CFIUS a augmenté de 55%²⁵²⁷. Introduit par les sénateurs John Cornyn et Dianne Feinstein, ainsi que par le représentant Robert Pittenger, le projet de loi FIRMMA a été modifié et examiné par le Sénat le 18 juin 2018²⁵²⁸. Il a ensuite été soumis à la Chambre des représentants le 26 juin 2018²⁵²⁹, avant d'être signé par le Président Trump le 13 août 2018²⁵³⁰.

829. La loi FIRMMA ne vise pas seulement à gérer des investissements chinois réalisés aux États-Unis. Elle s'efforce également d'encourager et d'assister les alliés et partenaires des États-Unis dans la mise en place de processus similaires visant à filtrer les investissements étrangers en matière de sécurité nationale et à faciliter la coordination entre les États²⁵³¹.

830. Le champ d'application de la loi a été élargi une nouvelle fois. Six nouveaux critères d'évaluation ont été ajoutés pour évaluer les risques des investissements étrangers à l'encontre de la sécurité nationale.

831. Tout d'abord, il est essentiel de déterminer si l'opération implique un pays particulièrement préoccupant, qui poursuit l'objectif stratégique d'acquérir un type de technologie sensible ou d'infrastructure critique. Cela pourrait remettre en question la domination des États-Unis dans des domaines liés à la sécurité nationale²⁵³². Précisons que cette considération doit être mise en perspective avec les opérations précédemment bloquées par les États-Unis dans l'industrie des semi-conducteurs.

832. Ensuite, il faudra tenir compte de l'impact du contrôle exercé par un gouvernement étranger ou une entité étrangère sur l'infrastructure critique, les actifs énergétiques, le matériel sensible et la technologie critique²⁵³³.

833. La troisième considération concerne les antécédents des investisseurs, impliquant d'examiner l'historique des relations du pays en question avec les États-Unis. On se penchera

²⁵²⁶ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.11

²⁵²⁷ P.L.115-232, §1702 (a)(4)

²⁵²⁸ H.R.4311, 115^e congrès

²⁵²⁹ H.R.5841, 115^e congrès

²⁵³⁰ Public Law 115-232, 13 août 2018, John C. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019

²⁵³¹ P.L.115-232, §1702 (b)(6)

²⁵³² P.L.115-232, §1702 (c)(1)

²⁵³³ P.L.115-232, §1702 (c)(2)

notamment sur la question de savoir si ce dernier s'est conformé aux lois et règlements des États-Unis par le passé²⁵³⁴.

834. En quatrième lieu, le CFIUS doit analyser les conséquences en matière de compétences, en particulier en ce qui concerne la préservation et la disponibilité des ressources humaines, des produits, de la technologie, des matériaux ainsi que d'autres fournitures et services aux États-Unis. Cette analyse vise à évaluer pleinement l'impact de l'opération sur le pays²⁵³⁵. Concernant la disponibilité des ressources humaines, il sera nécessaire d'examiner les pertes potentielles de cette disponibilité, qui pourraient découler de la diminution de l'emploi de citoyens américains possédant des connaissances ou des compétences essentielles à la sécurité nationale²⁵³⁶. Cela inclut également le maintien de la production continue aux États-Unis des articles susceptibles d'être acquis par le ministère de la Défense ou d'autres autorités fédérales, ministères ou organismes, dans le but de protéger la sécurité nationale américaine²⁵³⁷.

835. La protection des données devient le cinquième enjeu de cette loi. Il est nécessaire de vérifier si l'opération a le potentiel d'exposer, directement ou indirectement, des informations personnellement identifiables, génétiques ou d'autres données sensibles des citoyens américains à un gouvernement étranger ou à une entité étrangère qui pourrait exploiter ces informations d'une manière mettant en péril la sécurité nationale²⁵³⁸.

836. Enfin, le dernier point de vigilance consiste à vérifier si une opération aura pour effet d'exacerber ou de créer de nouvelles vulnérabilités en matière de cybersécurité aux États-Unis, ou si elle permettrait à un gouvernement étranger d'acquérir une nouvelle capacité significative pour mener des activités malveillantes dans le domaine cybernétique contre les États-Unis. Cela inclut également des activités conçues pour influencer le résultat de toute élection à un poste fédéral²⁵³⁹.

837. Il découle de ce qui précède que le contrôle effectué pour des raisons de sécurité nationale a été à nouveau élargi et renforcé.

838. De plus, certaines pratiques du CFIUS ont reçu une force légale. Par exemple, la justification utilisée pour bloquer l'opération Ralls a été officialisée par la loi. Le CFIUS

²⁵³⁴ P.L.115-232, §1702 (c)(3)

²⁵³⁵ P.L.115-232, §1702 (c)(4)

²⁵³⁶ *Ibid.*

²⁵³⁷ *Ibid.*

²⁵³⁸ P.L.115-232, §1702 (c)(5)

²⁵³⁹ P.L.115-232, §1702 (c)(6)

dispose désormais d'une compétence étendue pour examiner l'acquisition, la location ou la concession de biens immobiliers qui pourraient représenter un risque pour la sécurité nationale, en relation avec une installation militaire américaine ou toute autre installation ou propriété gouvernementale²⁵⁴⁰.

839. Au surplus, la compétence du CFIUS a été étendue en ce qui concerne la forme des investissements. La coentreprise (« *joint-venture* »)²⁵⁴¹ et les transferts dans le cadre de la procédure de faillite²⁵⁴² sont désormais également inclus dans le champ de compétence du CFIUS. À ce titre, le contrôle sur la coentreprise a été jugé excessivement large et avait été exclu lors de la modification de l'Exon-Florio dans les années 1990.

840. En ce qui concerne le régime de notification, la loi FIRREA a introduit un nouveau régime de déclaration obligatoire²⁵⁴³ lorsque l'opération présente un intérêt substantiel avec un gouvernement étranger²⁵⁴⁴. Initialement, le régime était basé sur la déclaration volontaire. Sous le nouveau régime de déclaration obligatoire, une définition préliminaire est établie pour l'intérêt substantiel. Cela concerne un gouvernement étranger qui pourrait influencer les actions d'une entité étrangère, notamment par le biais d'un conseil d'administration, de droit de propriété ou de droits des actionnaires²⁵⁴⁵. Cette exigence de déclaration obligatoire a été spécifiquement conçue en vue des investisseurs chinois, plus particulièrement les entreprises d'État de la Chine.

841. Ces élargissements nécessitent davantage de ressources, et le CFIUS est souvent considéré comme étant en sous-effectif, incapable de faire face à l'élargissement de ses compétences²⁵⁴⁶. Dans ce contexte, le délai de traitement des opérations a été prolongé. La période de révision précédemment fixée à 30 jours a été étendue à 45 jours²⁵⁴⁷, et la procédure d'enquête qui suit peut être prolongée de 15 jours²⁵⁴⁸, portant la durée totale de la procédure à une fourchette allant de 45 à 60 jours. Ainsi, afin de résoudre le problème de financement lié à l'élargissement des compétences du CFIUS et à l'augmentation de la charge de travail, non seulement une allocation de 20 millions de dollars américains a été prévue pour l'année fiscale

²⁵⁴⁰ P.L.115-232, §1703 (a)(4)(C)(ii)

²⁵⁴¹ P.L.115-232, §1703 (a)(4)(B)(i), et §1705

²⁵⁴² P.L.115-232, §1703 (a)(4)(D)(iv)(F)

²⁵⁴³ P.L.115-232, §1706(IV)

²⁵⁴⁴ P.L.115-232, §1706(IV) (bb)(AA)

²⁵⁴⁵ P.L.115-232, §1706(IV) (bb)(BB)

²⁵⁴⁶ Les rapports annuels ont connu des retards : celui de 2013 a été publié en février 2015, celui de 2014 en février 2016, et celui de 2015 en septembre 2017.

²⁵⁴⁷ P.L.115-232, §1709 (1)

²⁵⁴⁸ P.L.115-232, §1709 (2)(C)(ii)(I)

2019²⁵⁴⁹, mais également des frais de dépôt à la charge des investisseurs ont été instaurés par la loi²⁵⁵⁰. Ces frais de dépôt ne dépassent pas soit 1% de la valeur de l'opération, soit 300,000 dollars américains (un montant ajusté annuellement en fonction de l'inflation)²⁵⁵¹. Les frais de dossier sont régulièrement révisés par le Comité afin de garantir qu'ils ne dépassent pas les coûts d'administration de cette section et qu'ils restent appropriés²⁵⁵².

842. En dehors de ces éléments, la loi prévoit la publication d'un rapport tous les deux ans concernant les investissements chinois. Ce rapport fournit des informations sur le nombre total d'investissements en provenance de Chine, détaillés par catégorie en fonction du montant de l'opération. Sont concernées les opérations d'au moins 50 millions de dollars et de plus de 5 milliards de dollars, classées par secteur industriel et par nature de l'investissement (acquisition ou création d'entreprise). Ces opérations peuvent être à la fois d'origine gouvernementale et privée, à condition que les investissements soient réalisés par des entreprises déjà présentes sur le territoire des États-Unis et que les filiales aux États-Unis relèvent de la juridiction de la Chine²⁵⁵³.

843. Enfin, à la suite de l'affaire Ralls, la nouvelle loi institue la possibilité de révision judiciaire et désigne la Cour d'appel du district de Columbia Circuit comme le tribunal compétent²⁵⁵⁴. Toutefois, le rapport soumis par le CFIUS concernant sa décision inclurait de nombreuses informations classifiées. Ces informations devront être conservées sous scellé par la Cour dans la perspective de la résolution du conflit²⁵⁵⁵. Dès lors, la révision judiciaire ne porterait que sur les aspects procéduraux ; la Cour ne statuerait pas sur le fond, c'est-à-dire sur la validité des motifs invoqués au titre de la sécurité nationale²⁵⁵⁶.

²⁵⁴⁹ P.L.115-232, §1723 (p)(2)

²⁵⁵⁰ P.L.115-232, §1723 (p)(3)

²⁵⁵¹ P.L.115-232, §1723 (p)(3)(B)

Le frais de dépôt de dossier publié par le département de trésorerie : 0 US dollars pour les transactions jusqu'au 499, 999.99 US dollars, 750 US dollars pour transactions de 500, 000 à 4, 999, 999,999.99 US dollars ; 75 000 US dollars pour transactions de 50,000,000 à 249,999,999.99 US dollars ; 150,000 US dollars pour transactions de 250,000,000 à 749,999,999.99 US dollars ; 300,000 US dollars pour les transactions au-delà de 750,000,000 US dollars.

v. [en ligne : <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-filing-fees>] [consulté le 18 juin 2021]

²⁵⁵² P.L.115-232, §1723 (p)(3)(B)(ii)

²⁵⁵³ P.L.115-232, § 1719 (b)

²⁵⁵⁴ P.L.115-232, §1715 (2)(2)

²⁵⁵⁵ P.L.115-232, §1715 (2)(3)

²⁵⁵⁶ Jusuf C., « Investments and Security: Balancing international Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States », *op.cit.*, p.172

2) Les règlements d'application de la loi FIRMMA

844. La loi FIRMMA n'a fourni que les « contours généraux »²⁵⁵⁷ en l'absence de détails pour sa mise en application. Cette approche vise en effet à obtenir un large soutien au sein du Congrès, car une rédaction large permettait de concilier les intérêts concurrents partagés par les nombreux membres gouvernementaux du CFIUS et des industries diverses²⁵⁵⁸. Par conséquent, les questions techniques ou contentieuses ont été renvoyées au processus de rédaction des règlements, et de nombreuses sections de la loi FIRMMA sont soumises aux règlements prescrits par le comité²⁵⁵⁹. Dans ce contexte, plusieurs règlements d'application de la loi FIRMMA ont été publiés afin de définir plus précisément les contours de certaines sections de cette loi. La plupart de ces règlements finaux ont été publiés en 2020, tandis qu'en attendant, des règlements provisoires ont été promulgués.

845. Deux règlements retiennent particulièrement notre attention, puisqu'ils ont permis de clarifier des points non définis dans la loi FIRMMA. Il s'agit du règlement provisoire (« *Interim Rule* ») promulgué le 11 octobre 2018 et du règlement définitif (« *Final Rule* ») promulgué le 17 janvier 2020.

846. En détail, le règlement provisoire a été publié par le Département du Trésor des États-Unis le 11 octobre 2018, conformément à la § 1727(c) de la loi FIRMMA²⁵⁶⁰. Il est entré en vigueur le 10 novembre 2018. Ce règlement provisoire a établi un « Programme pilote » visant à étendre les opérations soumises à la déclaration obligatoire, depuis le 10 novembre 2018 jusqu'au 12 février 2020²⁵⁶¹, date à laquelle le règlement définitif a été publié le lendemain. Ce « Programme pilote » a pour objectif de mettre en place la procédure de déclaration obligatoire pour les opérations qui n'entraînent pas le contrôle dans le domaine des technologies essentielles (« *critical technology* »)²⁵⁶². Les technologies considérées comme essentielles désignent celles qui s'intéressent aux articles de défense ou aux services de défense figurant sur la liste des munitions des États-Unis établie par les *International Traffic in Arms Regulations* (ITAR)²⁵⁶³, ainsi que sur la liste de contrôle du commerce figurant dans le supplément n°1 de

²⁵⁵⁷ Jalinous F. Mildorf K., Schomig K., Brayton-Lewis C., « CFIUS Reform Becomes Law: What FIRMMA Means for Industry », *op.cit.*

²⁵⁵⁸ *Id.*

²⁵⁵⁹ *Id.*

²⁵⁶⁰ P.L.115-232, §1727 (c)

²⁵⁶¹ 31 C.F.R. § 801 Summary, Fed. Reg., vol 83, 51322, 11 octobre 2018

²⁵⁶² *Id.*

²⁵⁶³ 22 CFR, §121.1, Fed. Reg., vol 85

la §774 des *Export Administration Regulations* (EAR)²⁵⁶⁴. Une plateforme de déclaration en ligne a été mise en place pour la mise en œuvre de ce régime pilote²⁵⁶⁵.

847. Le deuxième règlement d'intérêt est le règlement définitif promulgué le 17 janvier 2020 et entré en vigueur le 13 février 2020, conformément à la date indiquée dans la § 1727(b) de la loi FIRRMA. Ce règlement précise les définitions pour les nouvelles opérations soumises au contrôle par le CFIUS. L'« infrastructure essentielle d'investissement couvert » n'est pas définie explicitement, mais elle consiste en une énumération d'infrastructures listées dans l'Annexe A colonne 1 du règlement²⁵⁶⁶. Ce règlement a également défini les données personnelles sensibles. Plusieurs catégories d'informations appartiennent aux données personnelles sensibles, à savoir: l'information relative aux produits ou prestations de service d'une agence de branche exécutive américaine ou d'un département militaire ; les données identifiables²⁵⁶⁷ d'un million d'individus à tout moment au cours des douze mois précédents, ou d'une entreprise poursuivant un objectif de maintien ou de collecte de toute donnée identifiable qui appartient à l'une des catégories suivantes : données financières, données de consommateur, données dans le cadre d'une application pour l'assurance maladie, les soins de longue durée assurance, l'assurance responsabilité civile professionnelle, l'assurance hypothécaire ou l'assurance-vie; les données relatives à la condition physique, mentale ou psychologique d'un individu ; les données électroniques non publiques de communications, y compris les courriels, les messages ou les communications via les applications de messagerie ; les données de géolocalisation collectées à l'aide de systèmes de positionnement ; les données

²⁵⁶⁴ Missiles de croisière, Suites électroniques d'avions et d'hélicoptères militaires, Radar pour les systèmes de recherche, de ciblage ou de suivi, Systèmes de commandement/contrôle/communications ou de navigation, Véhicules aériens sans pilote capables d'effectuer des opérations de reconnaissance, de surveillance ou soutien au combat; Systèmes de fusées ou de missiles ; Systèmes de guerre électronique ou de l'information ; Systèmes de renseignement, de reconnaissance ou de surveillance adaptés au soutien militaire.

²⁵⁶⁵ CFIUS Case Management System [en ligne : <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-case-management-system>] [consulté le 18 juin 2021]

²⁵⁶⁶ 31 CFR Parts 800 and 801, Appendix A to Part 800, Fed.Reg., vol 85

A titre exemplaire : Réseau de protocole Internet ; service de télécommunications ou service d'information ; point d'échange internet ; système de câble sous-marin ; centre de données colocalisé sur un câble sous-marin ; satellite ou système satellitaire fournissant des services directement au Ministère de la Défense ; l'entreprise américaine considérée comme une « source unique », ou « stratégique », « multi-source » ; installation aux États-Unis qui fabrique Métal de spécialité, plaque d'acier au carbone, allié et blindé ; toute installation qui fournit de l'électricité pour la production, la transmission, la distribution, ou le stockage directement à une installation militaire ; raffinerie individuelle avec une capacité de production de 300 000 ou plus de barils par jour (ou équivalent) de produits pétroliers ou gaziers raffinés, etc...

²⁵⁶⁷ Les données identifiables ont été définies comme des données pouvant être utilisées pour distinguer ou tracer l'identité d'une personne, y compris par l'utilisation de tout identifiant.

Texte original: « The term identifiable data means data that can be used to distinguish or trace an individual's identity, including through the use of any personal identifier. »

31 CFR Parts 800 and 801, § 800.226

d'inscription biométriques ; les données stockées et traitées pour générer un état ou une carte d'identité d'un gouvernement fédéral ; les données concernant le statut d'habilitation de sécurité du personnel du gouvernement américain²⁵⁶⁸.

848. Outre la clarification des notions non définies dans la loi FIRRMA, le règlement a également prévu une amende civile maximale de 250 000 dollars américains en cas de violation de la déclaration obligatoire ou de violation de l'accord d'engagement des investisseurs étrangers²⁵⁶⁹.

849. En ce qui concerne l'origine des investisseurs, le règlement prévoit des pays exonérés du contrôle élargi et désignés sous le nom d'« *excepted foreign states* »²⁵⁷⁰. La liste de ces pays est établie par le Département du Trésor des États-Unis²⁵⁷¹. Actuellement, il s'agit de l'Australie, du Canada et du Royaume-Uni²⁵⁷². Une notion étroitement liée à celle d'« *excepted foreign states* » est celle d'« *excepted investor* »²⁵⁷³, qui vise naturellement les investisseurs originaires de ces pays.

B. Les opérations révisées en application de la loi FIRRMA

850. En application de la loi FIRMMA, deux opérations menées par des investisseurs chinois ont été rétroactivement contrôlées par les États-Unis : l'opération entre Beijing Kunlun Tech Co., Ltd. (ci-après Kunlun) et Grindr (1), ainsi que l'opération impliquant TikTok et Musical.ly (2).

1) Opération entre Kunlun-Grindr

851. La société Beijing Kunlun Tech Co., Ltd. est une entreprise de jeux basée en Chine²⁵⁷⁴. La cible de l'acquisition était Grindr, une application de rencontres destinée aux homosexuels²⁵⁷⁵. La reprise par Kunlun de la société Grindr a été faite en deux étapes²⁵⁷⁶. En 2016, Kunlun était devenu actionnaire majoritaire de Grindr par le biais d'une prise de

²⁵⁶⁸ 31 CFR. Parts 800 and 801, §800.241, Fed.Reg., vol 85, le 17 janvier 2020

²⁵⁶⁹ 31 CFR. Parts 800 and 801, §800.901, Fed.Reg., vol 85, le 17 janvier 2020

²⁵⁷⁰ 31 CFR. Parts 800 and 801, §800.218, Fed.Reg., vol 85, le 17 janvier 2020

²⁵⁷¹ 31 CFR. Parts 800 and 801, §800.218, note 1, Fed.Reg., vol 85, le 17 janvier 2020

²⁵⁷² Information disponible sur [en ligne: <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-excepted-foreign-states>] [consulté le 17 juin 2021]

²⁵⁷³ 31 CFR. Parts 800 and 801, §800.218, Fed.Reg., vol 85, le 17 janvier 2020

²⁵⁷⁴ Wang E., « China's Kunlun Tech agrees to U.S. demand to sell Grindr gay dating app », *Reuters.*, 13 mai 2019 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-grindr-m-a-beijingkunlun-idUSKCN1SJ28N>] [consulté le 14 juin 2021]

²⁵⁷⁵ *Ibid.*

²⁵⁷⁶ *Ibid.*

participation à hauteur de 93 millions de dollars américains²⁵⁷⁷, et l'achat de la totalité de l'entreprise a été finalisé en 2018²⁵⁷⁸. Considérant que cette opération ne présentait aucun risque pour la sécurité nationale²⁵⁷⁹, Kunlun n'a pas notifié le CFIUS de ces deux étapes de l'acquisition. Cependant, en 2018, des inquiétudes ont été exprimées dans une lettre adressée par les sénateurs Edward Markey et Richard Blumenthal²⁵⁸⁰. Ils se sont interrogés sur la capacité de Grindr à protéger la vie privée des utilisateurs sous la propriété chinoise²⁵⁸¹. Cela a conduit à une enquête menée par le CFIUS²⁵⁸². En mars 2019, la décision a été prise de forcer Kunlun à se désinvestir de Grindr²⁵⁸³, avec une date limite fixée en juin 2020²⁵⁸⁴. Les raisons exactes de cette décision du CFIUS n'ont pas été divulguées, mais des préoccupations ont été soulevées quant aux informations sensibles des utilisateurs, telles que les emplacements, les messages et le statut VIH²⁵⁸⁵, stockées dans l'application, qui pourraient représenter un risque pour la sécurité nationale si elles étaient exploitées par des acteurs malveillants²⁵⁸⁶. Le CFIUS a en même temps interdit à Kunlun d'accéder aux données personnelles de Grindr et d'envoyer des données à des personnes ou des entités en Chine²⁵⁸⁷. Pour obtenir l'approbation du CFIUS, Kunlun a accepté de maintenir le siège social de Grindr aux États-Unis, d'intégrer au moins deux citoyens américains dans son conseil d'administration (composé de trois membres) et de soumettre ses décisions à l'approbation du CFIUS²⁵⁸⁸. Malgré ces mesures, la décision du CFIUS n'a pas été modifiée. Finalement, le 2 juin 2020, le CFIUS a donné son accord pour la vente de Grindr par Kunlun à une société d'investissement appelée San Vicente Acquisition LLC, dont les investisseurs sont américains²⁵⁸⁹. L'échec de cette opération a conduit certains à considérer cette société chinoise comme une victime collatérale de la guerre économique entre la Chine et les États-Unis²⁵⁹⁰. Pourtant, la collecte d'informations d'utilisateurs est une pratique

²⁵⁷⁷ *Ibid.*

²⁵⁷⁸ *Ibid.*

²⁵⁷⁹ Jusuf C., « Investments and Security: Balancing international Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States », *op.cit.*, p.161

²⁵⁸⁰ *Ibid.*

²⁵⁸¹ Wang E., « China's Kunlun Tech agrees to U.S. demand to sell Grindr gay dating app », *Reuters, op.cit.*

²⁵⁸² *Ibid.*

²⁵⁸³ *Ibid.*

²⁵⁸⁴ *Ibid.*

²⁵⁸⁵ *Ibid.*

²⁵⁸⁶ Jusuf C., « Investments and Security: Balancing international Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States », *op.cit.*, p.161

²⁵⁸⁷ Wang E., « China's Kunlun Tech agrees to U.S. demand to sell Grindr gay dating app », *Reuters, op.cit.*

²⁵⁸⁸ *Ibid.*

²⁵⁸⁹ Reuters, « China's Kunlun says U.S approves sale of Grindr to investor group », *Reuters*, 2 juin 2020 [en ligne: www.reuters.com/article/us-grindr-m-a-sanvincente-idUSKBN2352PR] [consulté le 14 juin 2021]

²⁵⁹⁰ Paquette E., « Pour Grindr, l'aventure chinoise tourne court », *l'Express*, le 19 janvier 2020, mis à jour le 21 janvier 2020 [en ligne: https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/pour-grindr-l-aventure-chinoise-tourne-court_2115202.html] [consulté le 14 juin 2021]

courante pour de nombreuses applications mobiles. Le contrôle rétroactif exercé sur Grindr a suscité des préoccupations parmi les investisseurs étrangers, car presque toutes les acquisitions d'applications mobiles pourraient potentiellement être soumises au contrôle du CFIUS²⁵⁹¹.

2) Opération impliquant TikTok-Musical.ly

852. Une autre opération a attiré l'attention du public. Il s'agit de celle impliquant l'entreprise TikTok. Sa maison mère est ByteDance, une société chinoise. TikTok est une application qui a fourni une plateforme de partage de vidéos courtes de 15 secondes²⁵⁹². L'application est devenue populaire en quelques années seulement aux États-Unis parmi les jeunes, et plus particulièrement la génération Z. Elle a été classée n°1 comme l'application avec le plus de téléchargements dans le monde entier en 2018²⁵⁹³. C'est ainsi qu'en novembre 2017, TikTok a acheté son concurrent Musical.ly, société basée aux États-Unis, pour 800 millions de dollars américains²⁵⁹⁴. Il a ensuite fusionné les bases d'utilisateurs des deux applications en août 2018²⁵⁹⁵, raison pour laquelle le CFIUS a pu intervenir. L'entreprise étant passée de plus de 35,6 millions d'utilisateurs aux États-Unis en 2019 à 65,9 millions en 2020, soit un chiffre qui a quasiment doublé du fait de l'opération²⁵⁹⁶, le CFIUS intervient au titre de la protection des données des utilisateurs stockées. Sont notamment visées les informations sur la géolocalisation, l'adresse IP et le contenu des messages in-app²⁵⁹⁷. Plus précisément, la crainte réside dans le risque de transférer ces informations au gouvernement chinois²⁵⁹⁸. TikTok a nié cette accusation à plusieurs reprises²⁵⁹⁹.

853. Comme dans plusieurs autres cas, la procédure CFIUS a été utilisée par des sociétés concurrentes. En effet, le fondateur et PDG de Facebook, Mark Zuckerberg, a été accusé d'avoir

²⁵⁹¹ Jusuf C., « Investments and Security: Balancing international Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States », *op.cit.*, p.162

²⁵⁹² Perez S., « It's time to pay serious attention to TikTok », *Techcrunch*, le 30 janvier 2019 [en ligne: https://techcrunch.com/2019/01/29/its-time-to-pay-serious-attention-to-TikTok/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAHyx38H7GUByc4t7x6_iiNcxxV8pucaJdGmmvofs1BkVYgFW2XObpCISRovjSNMkR70-hTNLb1hm22SQzhzKIWoSN1sef4fFLu_uY_96UU48yppSkcnth7R9cr9EI2Nos951UX_MXHDWw1BXYyBmzK9EDENAjYcd_wjYFuAwNUO] [consulté le 14 juin 2021]

²⁵⁹³ *Ibid.*

²⁵⁹⁴ *Ibid.*

²⁵⁹⁵ *Ibid.*

²⁵⁹⁶ [s.n.], « Number of TikTok users in the United States from 2019 to 2024 », *statista*, disponible sur [en ligne: <https://www.statista.com/statistics/1100836/number-of-us-TikTok-users/>] [consulté le 15 juin 2021]

²⁵⁹⁷ Fung B., « TikTok is a national security threat, US politicians say. Here's what experts think », *CNN Business*, le 9 juillet 2020 [en ligne : <https://edition.cnn.com/2020/07/09/tech/TikTok-security-threat/index.html>] [consulté le 14 juin 2021]

²⁵⁹⁸ *Ibid.*

²⁵⁹⁹ *Ibid.*

exercé des pressions auprès du Congrès et du Président Trump pour bannir TikTok des États-Unis lors de ses réunions avec les membres du Congrès et le Président en septembre et octobre 2019²⁶⁰⁰. Après la réunion avec Zuckerberg, les sénateurs Tom Cotton et Chuck Shumer ont envoyé une lettre de demande sollicitant une enquête sur TikTok aux services de renseignements. Une telle enquête a ensuite été déclenchée par le CFIUS²⁶⁰¹. Selon les médias américains, lors d'un dîner privé à la Maison Blanche fin octobre 2019, M. Zuckerberg a indiqué au président Trump que la montée en puissance des sociétés internet chinoises menaçait les entreprises américaines et devait être une préoccupation plus importante que de freiner Facebook²⁶⁰². Cette stratégie de la part de Facebook a été utilisée pour repousser une série de plaintes qui le visaient²⁶⁰³.

854. Dans le cadre de la procédure menée par le CFIUS, une enquête a été lancée concernant l'acquisition de Musical.ly en 2016, en particulier lors de la fusion des données des deux applications en août 2018. Pour atténuer les risques liés à la sécurité nationale, des investisseurs américains ont proposé d'acquérir l'application mobile, la plaçant ainsi sous le contrôle de ressortissants nationaux²⁶⁰⁴. Ainsi, le cas TikTok se situait dans un contexte complexe à deux égards : la guerre économique entre la Chine et les États-Unis et la campagne de réélection de Donald Trump²⁶⁰⁵. TikTok était devenu une cible politique de choix pour l'administration Trump et les membres du Congrès. Avant même que l'enquête menée par le CFIUS ne soit achevée, le président Trump a émis un décret présidentiel (« *Executive Order* »)²⁶⁰⁶ visant à interdire l'utilisation de l'application sur le territoire américain dans un délai de 45 jours²⁶⁰⁷. Ce décret présidentiel a été publié en vertu d'*International Emergency Economic Powers Act*

²⁶⁰⁰ Wells G., Horwitz J., « Facebook CEO Mark Zuckerberg Stoked Washington's Fears About TikTok », *The Washington Street Journal*, le 23 août 2020

²⁶⁰¹ *Ibid.*

²⁶⁰² *Ibid.*

²⁶⁰³ À noter qu'en décembre 2020, la *Federal Trade Commission* et 46 États ont déposé deux plaintes contre Facebook pour abus de position dominante en vertu de la loi antitrust.

v. Moutot A., « Antitrust : les autorités américaines poursuivent Facebook et réclament son démantèlement », *Les Echos*, le 6 décembre 2020

²⁶⁰⁴ Pham S., « TikTok could be sold to American investors to avert US ban, reports say », *CNN Business*, le 23 juillet 2020 [en ligne: <https://edition.cnn.com/2020/07/23/tech/TikTok-us-investors-hnk-intl/index.html>] [consulté le 15 juin 2021]

²⁶⁰⁵ *Ibid.*

²⁶⁰⁶ Executive Order 13942, Fed. Reg. 48637

²⁶⁰⁷ Department of Commerce, Identification of Prohibited Transactions To Implement Executive Order 13942 and Address the Threat Posed by TikTok and the National Emergency With Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain, 200717-0247, RIN 0605-XD009, Fed. Reg. 60061, 24 septembre 2021

(ci-après IEEPA)²⁶⁰⁸, afin de faire face à l'urgence nationale concernant la chaîne d'approvisionnement en technologies et services de l'information et des communications.

855. Pour rappel, l'IEEPA est l'ancien régime qui permet au Président des États-Unis de déclarer l'urgence nationale afin de procéder au blocage d'une opération avant la promulgation de l'amendement Exon-Florio²⁶⁰⁹. Les membres du Congrès ont poussé la législation d'amendement Exon-Florio de 1988 pour que le président des États-Unis puisse refuser une acquisition directement, sans besoin de déclarer une urgence nationale²⁶¹⁰. Depuis, les deux régimes coexistent : l'un, établi selon la loi IEEPA, requiert la déclaration d'urgence nationale, tandis que l'autre, mis en place le CFIUS, n'exige pas de déclaration d'urgence nationale.

856. Les raisons avancées pour ce décret sont multiples : la collecte de données de localisation, l'historique de navigation et de recherche, ainsi que le risque que ces informations donnent à la Chine un accès à un trop grand nombre d'informations sur les Américains²⁶¹¹. Selon ce décret, ces informations pourraient notamment être utilisées pour suivre l'emplacement des employés fédéraux et des sous-traitants, constituer des dossiers d'informations personnelles pour le chantage et mener des activités d'espionnage d'entreprise²⁶¹².

857. L'intervention du CFIUS et du Président Donald Trump a exercé une certaine pression sur TikTok, l'obligeant à réduire son prix de vente²⁶¹³. Le président a même demandé à TikTok de verser 5 milliards de dollars américains pour la création d'un fonds d'éducation aux États-Unis²⁶¹⁴. Le 19 septembre 2020, Oracle a également proposé d'acquérir TikTok. Cette offre, considérée comme agressive, a été faite sous l'intervention de Trump, en échange d'une participation de 12,5% dans TikTok Global²⁶¹⁵. Le délai imposé par l'*Executive Order* avait

²⁶⁰⁸ En ce qui concerne la comparaison entre l'IEEPA et le régime de CFIUS, v. Berg. E.M., « A Tale of Two Statutes : Using IEEPA's Accountability Safeguards to Inspire CFIUS Reform », *Colum. L. Rev.*, vol.118, n°6, 2018, p. 1763-1800

²⁶⁰⁹ Berg. E.M., « A Tale of Two Statutes: Using IEEPA's Accountability Safeguards to Inspire CFIUS Reform », *op.cit.*, p.1781

²⁶¹⁰ De Moraes Gavioli M. G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 8

²⁶¹¹ Executive Order 13942, Fed. Reg.48637

²⁶¹² *Ibid.*

²⁶¹³ Jacobs J., Parker M., Wingrove J., « Trump Wants \$5 Billion From TikTok Deal for History Project », *Bloomberg*, le 20 septembre 2020 [en ligne: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-09-20/trump-wants-5-billion-from-tiktok-deal-for-new-history-project#xj4y7vzkg>] [consulté le 15 juin 2021]

²⁶¹⁴ *Ibid.*

²⁶¹⁵ Dugua P-Y, « Donald Trump accepte de sauver TikTok aux États-Unis », *Le Figaro*, le 20 septembre 2020

pour objectif d'exercer une pression sur TikTok en vue d'une vente précipitée et de favoriser l'entreprise américaine en ce qui concerne le prix d'achat de TikTok.

858. La date limite de 45 jours établie par le Président Trump par décret présidentiel a été repoussée plusieurs fois, passant de 45 jours à 90 jours, du 12 novembre 2020 au 4 décembre 2021. Cependant, l'exécution du décret a finalement été bloquée par l'injonction accordée par le juge de district Columbia Carl Nichols le 7 décembre 2020²⁶¹⁶. En effet, ByteDance, la société mère de TikTok, a saisi le tribunal pour permettre à l'application de rester disponible dans les magasins de téléchargement américains. Selon le juge, « le gouvernement a probablement dépassé les limites explicites de l'IEEPA dans le cadre d'une action de l'agence qui était arbitraire et capricieuse »²⁶¹⁷.

859. En effet, deux régimes distincts sont identifiables : d'une part, celui établi par la loi IEEPA et d'autre part, les lois concernant les compétences de contrôle des investissements étrangers exercées par le CFIUS²⁶¹⁸. La loi IEEPA autorise une révision judiciaire en cas de blocage d'une opération par le Président²⁶¹⁹. Cependant, dans le cadre du CFIUS, la possibilité de révision juridique n'a été explicitement prévue qu'à partir de la loi FIRREA. Par ailleurs, une décision prise par le Président dans le cadre du CFIUS est définitive et ne peut faire l'objet d'une révision juridique²⁶²⁰. Par conséquent, le décret présidentiel signé par le Président Trump en vertu de l'IEEPA permet à TikTok d'entamer la procédure de révision juridique. L'injonction bloquant le décret du Président Trump a été émise en vertu de l'IEEPA.

860. Enfin, avec l'arrivée de Joe Biden à la présidence des États-Unis, le rachat de TikTok par Oracle a été mis en suspens²⁶²¹. Biden a également annulé plusieurs décrets signés par son prédécesseur, Donald Trump, notamment l'interdiction de téléchargement de TikTok et de WeChat le 9 juin 2021²⁶²². Toutefois, l'enquête menée par le CFIUS pour des raisons de sécurité

²⁶¹⁶ *TikTok Inc. v. Trump*, No. 1:20-cv-02658 (CJN)

²⁶¹⁷ *Ibid.*

Texte original : « the government likely exceeded IEEPA's express limitations as part of an agency action that was arbitrary and capricious »

²⁶¹⁸ Berg. E.M., « A Tale of Two Statutes: Using IEEPA's Accountability Safeguards to Inspire CFIUS Reform », *Colum. L. Rev.*, vol.118, n°6, 2018, p.1780

²⁶¹⁹ Berg. E.M., « A Tale of Two Statutes: Using IEEPA's Accountability Safeguards to Inspire CFIUS Reform », *op.cit.*, p.1786

²⁶²⁰ *Ibid.*

²⁶²¹ Cimino V., « Le rachat de TikTok par Oracle est mis en suspens indéfiniment », *SiecleDigital*, le 12 février 2021 [en ligne : <https://siecledigital.fr/2021/02/12/TikTok-oracle-suspens/>] [consulté le 16 juin 2021]

²⁶²² Freifeld K, Shepardson D., « Biden drops Trump attempt to ban TikTok, WeChat; orders new review », *Reuters*, le 10 juin 2021 [en ligne : <https://www.reuters.com/technology/us-withdrawing-trump-executive-orders-that-sought-ban-tiktok-wechat-2021-06-09/>] [consulté le 16 juin 2021]

nationale concernant TikTok, initiée en 2019, demeure active²⁶²³. De plus, Biden a chargé le département du Commerce de surveiller les applications telles que TikTok qui pourraient avoir un impact sur la sécurité nationale. Le dossier TikTok est loin d'être clos²⁶²⁴. Bien que l'affaire TikTok sous la procédure du CFIUS ne soit plus au centre de l'attention médiatique, les États-Unis, suivis par des pays européens, ont interdit l'utilisation de l'application par leurs fonctionnaires²⁶²⁵. En mars 2023, la Maison Blanche a soutenu un nouveau projet de loi appelé le « *Restrict act* », qui autoriserait l'interdiction totale de TikTok²⁶²⁶.

§2. Le renforcement des contrôles des investissements étrangers en France

861. Selon les données de l'année 2014, les investisseurs étrangers représentent 13% de la masse salariale en France, et 20 000 entreprises étrangères ont effectué leur production dans le pays²⁶²⁷. Les investisseurs étrangers sont donc perçus comme ayant un effet bénéfique sur la réindustrialisation de la France²⁶²⁸. L'objectif, selon l'auteur, est « d'atteindre la barre des 1 000 investissements étrangers en France par an, au lieu des 700 investissements actuels »²⁶²⁹.

862. Pour autant, la tendance à l'ouverture aux investissements directs étrangers s'accompagne d'un regain de contrôle au nom de la préservation des intérêts nationaux, ces derniers ayant inévitablement une « empreinte d'une nature politique »²⁶³⁰ (I). Cette tendance a été encore renforcée en raison de la crise sanitaire (II).

I. Élargissement des contrôles sur les investissements étrangers

863. Depuis 2014, la France a suivi le même chemin que les États-Unis. Par le biais de l'introduction de trois décrets, le champ de contrôle sous procédure d'autorisation au titre de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la défense nationale a été élargi. Le nombre de demandes d'autorisations préalables a augmenté de 5 à 10 fois en raison des renforcements de

²⁶²³ *Ibid.*

²⁶²⁴ *Ibid.*

²⁶²⁵ Le Parisien avec AFP, « TikTok : les États-Unis font un grand pas vers une interdiction de l'application », *Le Parisien*, le 7 mars 2023 [en ligne : <https://www.leparisien.fr/high-tech/tiktok-les-etats-unis-font-un-grand-pas-vers-une-interdiction-de-lapplication-07-03-2023-V7W6OCLC5FAMNGMJJXQFY5I5BY.php>] [consulté le 29 mars 2023]

²⁶²⁶ *Ibid.*

²⁶²⁷ Carrère J-L., « La diplomatie économique, 'nouvelle frontière' de la politique française », *Géoéconomie*, vol 3/70, 2014, p.18

²⁶²⁸ *Ibid.*

²⁶²⁹ *Ibid.*

²⁶³⁰ Chvika E., Hasting P., « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques en France », *op.cit.*, p. 218

contrôle introduits par ces décrets²⁶³¹. En effet, les services du ministre de l'Économie ont traité entre 20 et 30 dossiers d'autorisations préalables avant le décret de 2014 (A)²⁶³². Après le renforcement du contrôle, ce chiffre s'élevait à 100 voire 200²⁶³³ (B). Puis, après la promulgation de la loi Pacte, l'administration française a prévu un rythme de 440 cas par an²⁶³⁴.

A. Le décret Alstom du 14 mai 2014

864. Le décret n°2014-479 du 14 mai 2014²⁶³⁵, également connu sous le nom de « décret Alstom »²⁶³⁶ ou encore « décret Montebourg », a été promulgué en réaction à l'affaire Alstom²⁶³⁷. Ce décret est renommé pour son renforcement du contrôle des investissements directs étrangers, « dans le but affiché d'affirmation du patriotisme économique à des nouveaux secteurs »²⁶³⁸. Afin d'« aligner la réglementation française à celles d'autres États »²⁶³⁹, les modifications apportées ont été inspirées des dispositions américaines, incluant les « infrastructures essentielles »²⁶⁴⁰ dans la définition de la sécurité nationale²⁶⁴¹. Ces nouveaux secteurs et infrastructures essentielles englobent l'électricité, le gaz, les hydrocarbures et autres sources énergétiques, l'eau, les réseaux et services de transport, les réseaux et services de communications électroniques, la santé publique, ainsi que l'exploitation d'établissements, d'installations ou d'ouvrages d'importance vitale, tels que définis par les articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du Code de la défense²⁶⁴². De même, le gouvernement français, à l'instar les États-Unis, a fait « spontanément preuve de pugnacité »²⁶⁴³, comme cela a été démontré dans les cas impliquant l'entrée de Qataris dans le capital d'Areva ou encore l'acquisition de Dailymotion

²⁶³¹ Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *RLDA*, n°151, 1^{er} septembre 2019, n°6791, p.34

²⁶³² *Ibid.*

²⁶³³ *Ibid.*

²⁶³⁴ Drif A., « La France, championne du contrôle des investisseurs étrangers en Europe », *Les Echos*, le 24 mars 2021

²⁶³⁵ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JO*, le 15 mai 2014, p. 8062

²⁶³⁶ Pour rappel, l'annonce du rachat de la branche énergie d'Alstom par General Electric des États-Unis a été faite en 2013, et l'opération a été finalisée en 2014. v. Cohen C., « Pourquoi la vente controversée d'Alstom à General Electric fait à nouveau parler d'elle », *Le Figaro*, le 24 juillet 2019

²⁶³⁷ De Verdun A., Bardasi S., « Le pouvoir de police des investissements étrangers : un pouvoir réglementaire », *op.cit.*, p. 9

²⁶³⁸ Bernard S., « La réforme des mécanismes de protection des entreprises stratégiques », *AJDA*, 25 juin 2019, p.1285

²⁶³⁹ Delpech X., Royer E., « Investissements étrangers en France : la France réagit », *Dalloz Actualité*, le 19 mai 2014

²⁶⁴⁰ Pour rappel, il s'agit la loi FINSA 2007 des États-Unis qui a inclus « infrastructures cruciales » dans le cadre de « sécurité nationale ».

²⁶⁴¹ Delpech X., Royer E., « Investissements étrangers en France : la France réagit », *op.cit.*

²⁶⁴² L'article 1, Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014, *op.cit.*

²⁶⁴³ De Verdun A., Bardasi S., « Le pouvoir de police des investissements étrangers : un pouvoir réglementaire », *op.cit.*, p. 11

par Orange²⁶⁴⁴. Ce décret « offre à l’activisme gouvernementale une légitimité textuelle »²⁶⁴⁵, car la disposition concernant les nouveaux secteurs soumis à contrôle prévue par le décret « n’a qu’une valeur indicative, et les régulateurs peuvent interdire des investissements étrangers pour d’autres motifs que ceux prévues dans la réglementation »²⁶⁴⁶. Encore une fois, l’influence du régime appliqué aux États-Unis n’est pas négligeable. En effet, le sénateur Gaudin a rédigé un rapport en 2007 portant sur des « enjeux d’indépendance et de sécurité nationales »²⁶⁴⁷, faisant référence à la « législation protectrice »²⁶⁴⁸ de l’amendement Exon-Florio aux États-Unis pour proposer la création d’un « centre de décision économique »²⁶⁴⁹ similaire en France, tout comme aux États-Unis.

B. Constitution d’un régime similaire à celui des États-Unis

865. Si le décret Montebourg a été une réponse à l’affaire « Alstom », les décret du 10 mai 2017 (1) et du 29 novembre 2018 (2) illustrent la volonté du législateur français d’établir un régime similaire à celui des États-Unis.

1) Le décret du 10 mai 2017

866. Le décret n°2017-932 du 10 mai 2017²⁶⁵⁰ apporte des modifications au mécanisme de contrôle des investissements direct étrangers, en particulier dans son article 4. Cette révision consiste à simplifier les démarches procédurales, tout en renforçant simultanément le mécanisme de contrôle²⁶⁵¹. Toutefois, ces évolutions se limitent aux aspects procéduraux, les contours liés à l’ordre public, à la sécurité publique et aux intérêts de la défense nationale demeurant tout aussi flous²⁶⁵².

867. L’allègement de la démarche procédurale réside dans la suppression de la déclaration de statistiques auprès du Trésor²⁶⁵³, par l’abrogation de l’article R. 152-4 du Code monétaire et

²⁶⁴⁴ *Ibid.*

²⁶⁴⁵ *Ibid.*

²⁶⁴⁶ *Ibid.*

²⁶⁴⁷ Gaudin C., La notion de centre de décision économique et les conséquences qui s’attachent, en ce domaine, à l’attractivité du territoire national, Sénat, *rapport d’information*, n°347, session ordinaire de 2006-2007, p.29

²⁶⁴⁸ *Ibid.*

²⁶⁴⁹ *Ibid.*

²⁶⁵⁰ Décret n° 2017-932 du 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises, *JO*, le 11 mai 2017

²⁶⁵¹ Barrillon C., « Le nouveau mécanisme de contrôle des investissements étrangers en France », *BJS*, novembre 2017, n°116z5, p.709

²⁶⁵² Lienhardt P-A., Rambaud A., « Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l’Economie D. n°2017-932, 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises », *JCP E*, n°37, le 14 septembre 2017, n°1480, p. 48

²⁶⁵³v. R152-4, Code de monétaire et financier, version en vigueur du 2017

financier. Les sanctions correspondantes ont été supprimées par la même occasion. Ces sanctions, pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, ont été considérées comme disproportionnées, car l'obligation de déclaration était uniquement à des fins statistiques²⁶⁵⁴. Toutefois, la déclaration statistique auprès de la Banque de France²⁶⁵⁵, prévue par l'article R. 153-3 du Code monétaire et financier, n'a pas été supprimée, de même que la peine d'emprisonnement de cinq ans.

868. Le renforcement du contrôle est introduit par l'article R. 153-13 du Code monétaire et financier. En effet, les opérations d'investissements qui ont déjà reçu l'autorisation donnent lieu à une déclaration à des fins statistiques. L'objectif de cette double démarche est de « permettre au ministre de l'Économie d'avoir un suivi de l'opération qu'il a autorisée »²⁶⁵⁶. Cette deuxième mesure de contrôle a été critiquée, puisqu'au lieu de demander davantage de déclarations sur les opérations déjà autorisées par le ministre, il serait plus opportun d'accorder une plus grande attention à l'analyse des résultats des statistiques disponibles²⁶⁵⁷.

2) Le décret du 29 novembre 2018

869. Considéré par les médias français comme entraînant une évolution similaire au CFIUS²⁶⁵⁸, le décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018²⁶⁵⁹ a été annoncé par l'ancien Premier ministre Édouard Philippe pour renforcer le décret Alstom du 2014. Son objectif était de protéger les « champions français »²⁶⁶⁰ et le « patrimoine économique »²⁶⁶¹. Ce décret a étendu les domaines d'application des secteurs soumis à l'autorisation préalable, conformément à son article 1, en incluant les secteurs économiques jugés « essentiels à la garantie des intérêts du pays »²⁶⁶². Les nouveaux secteurs ajoutés à cette liste comprennent les opérations spatiales, la

Il s'agit des créations d'entreprises et des achats de biens immobiliers par des investisseurs étrangers en France, ainsi que de la liquidation d'investissements étrangers en France, qui donnent lieu à une déclaration.

²⁶⁵⁴ *Ibid.*

²⁶⁵⁵ v. R151-1 4° et R152-3, Code de monétaire et financier, version en vigueur du 1^{er} janvier 2018.

Il s'agit des investissements directs en France dépassant le montant de 15 millions d'euros pour les investissements directs étrangers en France, ainsi que leur liquidation dont le seuil est de 10% du capital ou des droits de vote. Cela comprend également l'acquisition ou la cession d'entreprises non-résidentes par des résidents, ainsi que l'acquisition ou la cession de biens immobiliers à l'étranger par des résidents et en France par des non-résidents.

²⁶⁵⁶ Barrillon C., « Le nouveau mécanisme de contrôle des investissements étrangers en France », *op.cit.*, p.710

²⁶⁵⁷ *Ibid.*

²⁶⁵⁸ Loriers J-P., « De l'extension du domaine de la guerre économique. Vers un CFIUS français ? », *Les Echos*, le 21 février 2018

²⁶⁵⁹ Décret n° 2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JO*, le 1^{er} décembre 2018

²⁶⁶⁰ *Ibid.*

²⁶⁶¹ *Ibid.*

²⁶⁶² Lecourt V.B., « Investissements étrangers soumis à autorisation préalable : renforcement du dispositif français », *Rev. sociétés*, février 2019, p.147

sécurité informatique, les activités d'hébergement de données, les activités de recherche et de développement en cybersécurité, l'intelligence artificielle, la robotique, la fabrication additive et les semi-conducteurs. En conséquence, 750 sociétés françaises supplémentaires sont concernées par l'élargissement du champ d'application, qui s'applique lorsque ces entreprises font l'objet d'une acquisition par des investisseurs étrangers²⁶⁶³. Cette modification est intervenue peu après la signature de la FIRRMMA aux États-Unis en août 2018, d'où le fait que la protection des données personnelles soit également devenue un secteur protégé au titre de la sécurité nationale.

870. Même si les investisseurs chinois sont principalement ciblés par ce contrôle des investissements, l'application de la loi révèle une autre réalité. Selon les chiffres divulgués en septembre 2019, la Chine est « quasi inexistante dans les opérations de filtrage de Bercy »²⁶⁶⁴. Ces mesures sont donc perçues comme un « épouvantail pour les entreprises françaises »²⁶⁶⁵.

II. Élargissement du pouvoir de contrôle d'administration

871. L'entrée en vigueur de la loi FIRMMMA aux États-Unis en 2018 a eu une influence significative sur la législation française en matière de contrôle des investissements étrangers, marquant un tournant du libéralisme vers la souveraineté(A). La crise sanitaire depuis 2020 a encore renforcé cette tendance(B).

A. De 2018 à 2020 : le retour de la souveraineté

872. De 2018 à 2020, suite à l'élargissement du contrôle et notamment à la nécessité de préserver l'intérêt national dans le contexte de l'épidémie de la Covid-19, le nombre de dossiers soumis à la procédure d'autorisation préalable a augmenté de 50% en France²⁶⁶⁶. En 2020, 275 opérations ont été soumises à un contrôle, ce qui représente le niveau de contrôle le plus élevé par rapport à tous les autres pays européens²⁶⁶⁷. Les Echos a ainsi désigné la France comme championne du contrôle des investissements étrangers en Europe²⁶⁶⁸, en comparaison avec les 159 opérations d'achat soumises à un contrôle en Allemagne en 2020, les 69 en Italie en 2019

²⁶⁶³ Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *op.cit.*, p.33

²⁶⁶⁴ Drif A., « L'Etat projette d'étendre aux médias le contrôle des acquisitions étrangères », *Les Echos*, le 16 septembre 2019

²⁶⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶⁶ Drif A., « La France, championne du contrôle des investisseurs étrangers en Europe », *op.cit.*

²⁶⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁶⁸ *Ibid.*

et les 15 en Finlande en 2019²⁶⁶⁹. L'augmentation annuelle du nombre de contrôles sur les fusions et acquisitions découle en effet de manière significative de la loi PACTE (1) et du décret du 31 décembre 2019 (2).

1) La loi PACTE

873. Le Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (la loi PACTE) du 22 mai 2019²⁶⁷⁰ a pour objectif principal de « relever un défi majeur, celui de la croissance des entreprises, à toute phase de leur développement, pour renouer avec l'esprit de conquête économique »²⁶⁷¹. Cela implique notamment « une transformation du modèle d'entreprise français pour l'adapter aux réalités du 21^e siècle »²⁶⁷². Pour atteindre ce but, Monsieur le Professeur Boiteau considère que la conception de l'« État régulateur »²⁶⁷³ s'est affirmée à travers la loi PACTE, puisque l'État joue également un rôle significatif dans l'économie²⁶⁷⁴. En effet, « l'État n'apparaît pas comme un objet de la loi »²⁶⁷⁵, toutefois « il n'est, à tout le moins, qu'un objet secondaire »²⁶⁷⁶. Dans ce contexte, la protection renforcée contre les « investissements étrangers indésirables »²⁶⁷⁷ représente une phase essentielle pour que l'État endosse un rôle d'« État régulateur » dans l'économie et protège les « intérêts souverains »²⁶⁷⁸. Le principe fondamental demeure que « les relations financières entre la France et l'étranger sont libres et il n'est pas remis en cause par la loi PACTE »²⁶⁷⁹. Néanmoins, ce régime s'est durci par cette dernière en octroyant davantage de pouvoirs à l'autorité française. En effet, le régime mis en place était considéré comme « trop souple, peu dissuasif et inadapté aux technologies d'avenir »²⁶⁸⁰. La loi PACTE est perçue comme ayant introduit des

²⁶⁶⁹ *Ibid.*

²⁶⁷⁰ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO, le 23 mai 2018, texte n°2

²⁶⁷¹ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2018, p. 3

²⁶⁷² *Ibid.*

²⁶⁷³ Boiteau C., « La loi PACTE et l'Etat », *op.cit.*, p. 581

²⁶⁷⁴ *Ibid.*

²⁶⁷⁵ *Ibid.*

²⁶⁷⁶ *Ibid.*

²⁶⁷⁷ *Id.*, p. 582

²⁶⁷⁸ *Ibid.*

²⁶⁷⁹ Couret A., Dondero B., *Loi Pacte et droit des affaires*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2019, p.125

²⁶⁸⁰ *Ibid.*

« modifications substantielles »²⁶⁸¹ dans le régime. Plus spécifiquement, les articles 152 et 153 de la loi PACTE visent à « mieux protéger les secteurs stratégiques »²⁶⁸².

874. À l'origine, les parlementaires avaient envisagé d'inclure également l'acquisition de terres agricoles dont la superficie dépasse un certain seuil dans la procédure d'autorisation préalable²⁶⁸³. Cependant, cette proposition a été rejetée, car « il serait difficile de démontrer, pour justifier le dispositif, que ces opérations priveraient la France de sa sécurité alimentaire »²⁶⁸⁴. Pas besoin de rappel, aux États-Unis, l'acquisition de terres agricoles est assujettie à une procédure de déclaration obligatoire lorsque ces terres se trouvent à proximité d'installations militaires ou d'autres propriétés du gouvernement américain. Un exemple illustrant cette situation est l'affaire Ralls, évoquée précédemment, où le CFIUS et le président Obama ont demandé à Ralls de désinvestir son acquisition déjà finalisée car les terres acquises étaient trop proches d'installations navales américaines. Dans ce contexte, les limitations imposées aux opérations immobilières s'inscrivent dans le cadre de la traditionnelle notion de sécurité nationale, en particulier la défense des États-Unis. Aux États-Unis, la question de la sécurité alimentaire a également été soulevée par certains membres du Congrès pour s'opposer à l'acquisition de Smithfield par le producteur de porc Shuanghui. Ces sénateurs représentaient des États agricoles du Midwest américain et ont mis en avant les risques encourus par la sécurité alimentaire en cas de réalisation de la transaction de Shuanghui²⁶⁸⁵. Malgré ces préoccupations, l'opération a finalement obtenu l'approbation du CFIUS. Effectivement, les inquiétudes des sénateurs américains concernant la sécurité alimentaire ont influencé les législateurs français dans leur décision d'intégrer ce concept au cadre de la « sécurité nationale ».

875. Le Professeur Schlumberger milite à l'encontre de ce renforcement de contrôle. Il a estimé que les nouvelles prérogatives accordées au ministre de l'Économie étaient « extrêmement larges »²⁶⁸⁶ et pourraient porter « une atteinte excessive aux droits fondamentaux des intéressés »²⁶⁸⁷. À titre d'exemple, la loi PACTE a instauré une obligation pour les investisseurs étrangers soumis aux procédures d'autorisation préalable de fournir l'ensemble

²⁶⁸¹ Catala Marty J., Doumoulakis L., Sauer C., « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *CDE*, n°5, septembre-octobre 2020, n°21, p.47-53

²⁶⁸² Emlek C., « Economie et monnaie : Loi Pacte : renforcement de la procédure d'autorisation préalable des investissements étrangers en France », *Actualité du droit/Public/Lamy*, 23 mai 2019

²⁶⁸³ Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *op.cit.*, p.34

²⁶⁸⁴ *Ibid.*

²⁶⁸⁵ v. Karsny R., Youglai R., « U.S. lawmakers air concerns about Smithfield-Shuanghui deal », *op.cit.*

²⁶⁸⁶ Schlumberger E., « Du renforcement du contrôle des investissements », *BJS*, 1^{er} février 2019, n°2, n°119m7, p.6

²⁶⁸⁷ *Ibid.*

des documents et informations nécessaires à la réalisation de leur démarche, sans que les secrets légalement protégés ne puissent leur être opposés²⁶⁸⁸.

876. De nouveaux pouvoirs en matière de sanctions et de mesures conservatoires sont octroyés au ministre l'Économie. Ces pouvoirs sont prévus dans l'article 152 de ladite loi, codifiée à l'article L. 151-3-1 du Code monétaire et financier. Quatre nouvelles mesures ont été précisées, permettant au ministre « d'agir de manière plus souple, réactive et durable »²⁶⁸⁹ en cas de non-respect de l'obligation d'autorisation préalable. Ainsi, selon cet article, le ministre peut donner injonction à l'investisseur de déposer une demande d'autorisation 1), de rétablir aux frais d'investisseurs la situation antérieure 2), de modifier l'investissement 3), d'assortir d'une astreinte à des injonctions susmentionnés 4). Ensuite, le ministre peut intervenir par le biais de mesures conservatoires lorsque la protection des intérêts nationaux est compromise ou susceptible de l'être. Par exemple, ce dernier peut prononcer la suspension des droits de vote attachés à la fraction des actions ou des parts sociales ; l'interdiction ou la limitation de la distribution des dividendes ou des rémunérations attachés aux actions ou aux parts sociales ; la suspension, la restriction ou l'interdiction temporaire de la libre disposition de tout ou partie des actifs. Pour les sociétés soumises à la procédure d'autorisation préalable, le ministre peut désigner un mandataire chargé de veiller au sein de l'entreprise à la protection des intérêts nationaux. Plus précisément, le mandataire désigné peut faire obstacle à toute décision des organes sociaux de nature à porter atteinte à ces derniers. Enfin, la rémunération des mandataires est fixée par le ministre de l'Économie, et les frais engagés sont pris en charge par l'entreprise²⁶⁹⁰. Lorsque les conditions assorties de l'autorisation ont été méconnues, le ministre peut retirer l'autorisation, donner injonction à l'investisseur de respecter l'obligation dans un délai fixé, ou même demander le rétablissement de la situation antérieure ou encore la cessation de tout ou partie de ses activités. Enfin, les mesures du ministre ne peuvent intervenir qu'après que l'investisseur ait été mis en demeure de présenter des observations dans un délai de quinze jours²⁶⁹¹. Par exception, ce délai de quinze jours ne s'applique pas en cas d'urgence, de circonstances exceptionnelles ou d'atteinte imminente à l'ordre public, à la sécurité publique ou à la défense nationale. Il a également été prévu une sanction pécuniaire dont le montant

²⁶⁸⁸ L'article 152, Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *op.cit.*

²⁶⁸⁹ Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *op.cit.*, p.34

²⁶⁹⁰ L'article 152, Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *op.cit.*

²⁶⁹¹ *Id.*

s'élève au maximum à la plus élevée des sommes suivantes : le double du montant de l'investissement irrégulier, 10 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes de l'entreprise, cinq millions d'euros pour les personnes morales et un million d'euros pour les personnes physiques²⁶⁹².

877. À l'instar des États-Unis²⁶⁹³, l'article 153 de la loi PACTE, codifié à l'article 151-6 du Code monétaire et financier, a été introduit à l'initiative de l'Assemblée nationale²⁶⁹⁴. Il rend obligatoire la communication annuelle au Parlement et au public des principales données statistiques relatives au contrôle des investissements étrangers en France par le Gouvernement²⁶⁹⁵. Outre l'obligation de communiquer les informations, les commissions chargées des finances de chaque assemblée peuvent conjointement mener des investigations sur place²⁶⁹⁶. Les présidents des commissions chargées des affaires économiques et les rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée peuvent également adresser conjointement des recommandations et des observations au Président de la République, au Premier ministre et aux ministres compétents²⁶⁹⁷. Une fois de plus, ces mesures, considérées

²⁶⁹² *Id.*

²⁶⁹³ Pour rappel, ce type de demande a également été initié par le Congrès des États-Unis, qui a exigé que la CFIUS communique sous forme de rapport les opérations concernées ainsi que les informations détaillées.

²⁶⁹⁴ Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *op.cit.*, p.34 ; v. également : LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, Débats parlementaires, Assemblée nationale (1ère lecture), compte rendu intégral des séances du 4 octobre 2018, 2e séance : « M. Ian Boucard : L'amendement vise à permettre au Parlement un meilleur contrôle de l'action du Gouvernement, ce à quoi nous sommes tous attachés. Nous proposons qu'après l'examen d'une opération d'investissement en France, une note d'information confidentielle soit transmise aux parlementaires – plus précisément aux présidents de groupe et aux présidents des commissions compétentes –, ainsi qu'un rapport annuel récapitulatif toutes les autorisations accordées et les conditions octroyées par l'État.

L'amendement tend non à remettre en cause le fait que le ministre de l'économie accorde ou non un investissement étranger dans une entreprise française, mais à ce que le Parlement en soit mieux informé, ce qui nous permettra de mieux contrôler collectivement l'action du Gouvernement. » ; « M. Guillaume Kasbarian : ... Il s'agit, pour le ministère de l'Économie, de publier les statistiques relatives aux procédures d'autorisation préalable des investissements étrangers en France – dites procédures IEF. ... Nos collègues du groupe La France insoumise déploieraient tout à l'heure l'opacité du ministère quant à cette procédure, et regrettaient de ne pas savoir combien de dossiers sont étudiés chaque année. De fait, le manque de transparence sur ces procédures laisse du champ à la fois aux complotistes qui estiment que l'État n'est qu'une grande passoire et que personne ne contrôle rien en matière d'IEF, et aux ultralibéraux qui considèrent, à l'inverse, que l'horrible administration française rend impossible tout investissement dans notre pays. Le flou et l'opacité sur le nombre de dossiers qu'étudie, à Bercy, le fameux bureau Multicom 2, entretiennent ces mythes, ce qui n'est pas bon.

C'est pourquoi nous avons proposé, dans le rapport de la commission d'enquête, qu'un rapport annuel soit publié par le ministère de l'Économie et des finances pour présenter de façon transparente les statistiques relatives aux IEF, dont le nombre de dossiers traités chaque année par les services de Bercy. Cette proposition a été adoptée à l'unanimité en commission spéciale : je remercie nos collègues de tous les partis de l'avoir soutenue. Ce rapport annuel permettra de montrer que l'État n'est ni laxiste, ni ultra-protectionniste, mais joue bien son rôle de contrôle des investissements étrangers. »

²⁶⁹⁵ L'article 153, Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *op.cit.*

²⁶⁹⁶ *Id.*, codifié dans l'article 157-7 CMF

²⁶⁹⁷ *Id.*

comme une « originalité de la réforme »²⁶⁹⁸, sont des pratiques empruntées par le législateur français au système américain. Tout comme le Congrès aux États-Unis, le législateur français joue un rôle actif dans la surveillance de l'exécution de la loi par le ministère de l'Économie en matière de contrôle des investissements étrangers.

2) Le décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019

878. Le décret du 31 décembre 2019²⁶⁹⁹, entré en vigueur le 1^{er} avril 2020, est considéré comme ayant « clarifié et simplifié la loi conformément aux objectifs fixés par le règlement « filtrage » »²⁷⁰⁰. En effet, le critère du caractère « étranger » d'un investissement a été modifié, mais il est toujours basé sur le double critère de nationalité et de résidence. L'article 1 du décret, codifié à l'article R. 151-1 I du Code monétaire et financier, a ainsi stipulé qu'il s'agit de toute personne physique de nationalité étrangère, ainsi que de toute personne physique de nationalité française qui n'est pas domiciliée en France selon le droit fiscal français. En ce qui concerne les personnes morales, cette définition inclut toute entité de droit étranger ou de droit français contrôlées par une ou plusieurs des personnes ou entités susmentionnées, conformément au même article. Pour enrichir cette définition, la notion de « chaîne de contrôle » a été introduite, où toutes les personnes et entités appartenant à une chaîne de contrôle sont considérées comme des investisseurs étrangers²⁷⁰¹. La définition du contrôle est établie en se référant à l'article L. 233-3 du Code de commerce²⁷⁰² ou à l'article L. 430-1 III²⁷⁰³ du même code. Un tel

²⁶⁹⁸ Bernard S., « La réforme des mécanismes de protection des entreprises stratégiques », *op.cit.*, p.1285

²⁶⁹⁹ Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, *JO*, le 1^{er} janvier 2020, Texte n°35

²⁷⁰⁰ Saleh G., « L'adaptabilité du droit des investissements étranger dans le contexte de la crise du Covid-19 », *op.cit.*, p.30

²⁷⁰¹ Article 1, Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France

²⁷⁰² Code du commerce, Article L233-3

I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.-Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.-Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

²⁷⁰³Code du commerce, Article L. 430-1

...

élargissement de la définition de l'investisseur étranger révèle « une approche pragmatique »²⁷⁰⁴ de la notion, permettant aux « autorités françaises d'étendre leur supervision à des situations de contrôle économique ou opérationnel »²⁷⁰⁵, allant au-delà des seules situations de contrôle liées à la détention de capital ou de droits de vote.

879. Le seuil d'investissement permettant de déclencher la procédure d'autorisation préalable a été redéfini. Cela concerne l'acquisition du contrôle au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce, l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français, ainsi que le seuil de détention des droits de vote d'une entité de droit français, qui est passé de 33.3% à 25%. Notons que ce seuil de 25% ne s'applique pas aux investisseurs européens, mais uniquement à ceux en provenance de pays tiers²⁷⁰⁶.

880. La liste des secteurs sensibles soumis à la procédure d'autorisation préalable est devenue de plus en plus longue, « de sorte qu'un nombre plus important d'opérations sont susceptibles d'être appréhendées »²⁷⁰⁷. L'article R.151-3 du Code monétaire et financier a été créé dans le but d'alléger et de préciser davantage l'article L.151-3 du même Code. Parmi les ajouts à cette liste, on peut noter : l'édition, l'impression ou la distribution des publications de presse d'information politique et générale, la production, la transformation ou la distribution de produits agricoles en vue de la sécurité alimentaire nationale, ainsi que les technologies critiques, dont la liste est établie par arrêté²⁷⁰⁸ promulgué le même jour. L'introduction de l'industrie de la presse dans cette liste est perçue comme une réaction²⁷⁰⁹ à la participation de 49% du capital du journal *Le Monde* par l'industriel tchèque Daniel Kretinsky via Matthieu Pigasse en 2018²⁷¹⁰. Quant aux technologies critiques, elles englobant la cybersécurité,

III. - Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

²⁷⁰⁴ Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p.2

²⁷⁰⁵ *Ibid.*

²⁷⁰⁶ Article 1, Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France

²⁷⁰⁷ Benoit A., Barrillon C., « La réforme du contrôle des investissements étrangers en France : entre attractivité et protectionnisme », *Gaz. Pal.*, n°12, mardi 24 mars 2020, 376m0, p. 48

²⁷⁰⁸ Arrêté du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, ECOT1937237A, *JO*, le 1^{er} janvier 2020, texte n°38

²⁷⁰⁹ Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p.2

²⁷¹⁰ *Le Monde*, « Daniel Kretinsky dit investir dans « *Le Monde* » pour combattre les Gafa », *Le Monde*, le 3 novembre 2018[en ligne : https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/11/03/daniel-kretinsky-dit-investir-dans-le-monde-pour-combattre-les-gafa_5378509_3236.html] [consulté le 20 septembre 2022]

l'intelligence artificielle, la robotique, la fabrication additive, les semi-conducteurs, les technologies quantiques et le stockage d'énergie²⁷¹¹. Il est à noter que la notion de sécurité alimentaire n'avait pas été incluse lors des débats parlementaires sur la loi PACTE²⁷¹². Cependant, cette notion a été introduite ultérieurement par le décret. Néanmoins, le renforcement du contrôle des investissements étrangers « a fait l'objet de vives critiques dans la mesure où le dispositif français était perçu tant par les investisseurs français que par les sociétés cibles françaises comme une procédure peu lisible »²⁷¹³.

881. D'un point de vue procédural, il est possible de solliciter préalablement un examen auprès de l'administration pour déterminer si l'investissement doit être soumis aux procédures de déclaration²⁷¹⁴. Le délai de traitement est de deux mois²⁷¹⁵. En addition à la demande préalable, la procédure de demande d'autorisation a été précisée et se rapproche de plus en plus des lois américaines. Lors de la réception de la demande, le ministère chargé de l'Économie dispose de trente jours pour indiquer à l'investisseur s'il relève ou non de la procédure et s'il a obtenu l'autorisation. Des examens complémentaires peuvent être effectués pour déterminer si les intérêts nationaux sont préservés. Il est possible que l'opération soit assortie de conditions ou donne lieu à un « accord d'atténuation » (« *mitigation agreement* ») similaire au système américain. Par la suite, « le refus ou l'autorisation, le cas échéant assortie de conditions, est délivré dans un délai de quarante-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception par l'investisseur ayant déposé la demande de la décision du ministre », conformément à l'article 1 du décret, codifié dans l'article R.151-6 du Code monétaire et financier. Ce délai de trente jours, ajouté au délai de quarante-cinq jours, rappelle le délai de traitement aux États-Unis. Il en ressort que la France s'est inspirée des États-Unis pour mettre en place sa procédure. Enfin, si aucune réponse n'est donnée dans le délai de trente jours, la demande d'autorisation est réputée rejetée²⁷¹⁶. Le refus est motivé uniquement dans des situations spécifiques, notamment lorsque la mise en œuvre des conditions ne suffit pas à assurer la préservation des intérêts nationaux. C'est le cas lorsque l'on soupçonne sérieusement que l'investisseur pourrait commettre l'une des infractions prévues par le Code pénal ou le Code général des impôts, telles que le trafic de stupéfiants, l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'un mineur,

²⁷¹¹ L'article 6, *Id.*

²⁷¹² Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *op.cit.*, p.34

²⁷¹³ Dondero B., Bousquet J-R., Ricard L-N., « Loi PACTE : la protection des actifs stratégiques, Un renforcement du contrôle des investissements étrangers en France », *JCP E*, n°26, le 27 juin 2019, n°1323, p.44

²⁷¹⁴ Article 1, Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France

²⁷¹⁵ *Ibid.*

²⁷¹⁶ *Ibid.*

ou encore en cas de récidive d'un investisseur ayant été condamné pour l'une de ces infractions dans les cinq années précédentes, ou pour violation de son obligation d'obtenir une autorisation préalable²⁷¹⁷.

882. En ce qui concerne les conditions d'autorisation, le ministre peut notamment la conditionner à la cession d'une partie des parts ou actions acquises au capital de l'entité faisant l'objet de l'investissement. Il peut également la subordonner à la cession d'une branche d'activité exercée par l'entité faisant l'objet de l'investissement à une entité distincte de l'investisseur et agréée par le ministre. Cette faculté est prévue par l'article 1 du décret, codifié à l'article R. 151-9 du Code monétaire et financier. Là encore, on peut observer l'empreinte du droit américain sur le droit français à travers ces prérogatives. Effectivement, celles-ci sont largement utilisées par le CFIUS aux États-Unis. Par ailleurs, en cas d'évolution des conditions économiques et réglementaires d'exercice des activités ou de modification de l'actionnariat, ces conditions pourraient être révisées selon le même article.

B. Renforcement du contrôle pendant la crise sanitaire

883. La pandémie de Covid-19 est souvent qualifiée de « cygne noir », symbolisant un événement imprévisible aux conséquences majeures, ayant joué un rôle pivot dans le renouveau de la souveraineté étatique. En effet, au cours de cette période, de multiples règlements ont été édictés pour préserver l'intérêt national (1), témoignant d'une réorientation vers des politiques souveraines. Dans ce contexte, diverses opérations soumises à des contrôles spécifiques ont suscité l'attention médiatique et renforcé cette dynamique (2).

1) Les règlements promulgués pendant la crise sanitaire

884. La crise sanitaire a engendré la promulgation de divers arrêtés et décrets ayant pour l'objectif de protéger les secteurs sensibles ou stratégiques en France.

885. L'arrêté du 27 avril 2020²⁷¹⁸ a ainsi ajouté les « biotechnologies » à la liste des technologies sensibles. Le ministre de l'Économie, Bruno Le Maire, a justifié cette décision en expliquant que le renforcement du décret sur les investissements étrangers en France nécessitait l'inclusion de toutes les biotechnologies dans le champ de contrôle²⁷¹⁹. Parmi les entreprises

²⁷¹⁷ *Ibid.*

²⁷¹⁸ Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France, *JO*, le 30 avril 2020, texte n°22

²⁷¹⁹ Le Maire B., Matichou E., « Interview de M. Bruno Le Maire, ministre de l'économie et des finances, à LCI le 29 avril 2020, sur les conséquences économiques de l'épidémie de Covid-19 », *LCI*, texte intégral publié sur

impactées figurent plusieurs milliers d'entreprises, dont certaines sont impliquées dans la recherche sur les vaccins contre le Covid-19²⁷²⁰. Ces entreprises sont soumises à une procédure d'autorisation préalable si elles sont ciblées par des investisseurs étrangers pour une acquisition. Actuellement, on compte plus de « 720 entreprises de biotechnologies et 160 entreprises de « medtech » (dispositif médicaux) »²⁷²¹, plaçant la France au deuxième rang européen en termes de produits de biotechnologie en développement. Cette modification du texte a été mise en place, comme l'ont souligné certains experts²⁷²², à un moment où le président Trump avait proposé d'acquérir le laboratoire allemand CureVac en mars 2020²⁷²³. L'ajout des biotechnologies à la liste des technologies essentielles est perçu comme une mesure protectionniste, susceptible d'accroître la méfiance à l'égard des investissements étrangers²⁷²⁴.

886. Lors d'une discussion sur LCI le 29 avril 2020, Bruno Le Maire a également annoncé son intention de réduire le seuil de contrôle des investisseurs de 25% à 10% jusqu'à la fin de l'année 2020. Ce nouveau seuil a été intégré par le Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020²⁷²⁵. En effet, ce seuil de 10% concerne les sociétés de droit français dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé. Cette mesure n'a pas été appliquée aux investisseurs européens. Il convient de noter que ce décret a été émis dans le contexte de la chute du CAC 40, qui a été passé de 6 111 points à la mi-février 2020 à 3 800 points au 24 mars 2020²⁷²⁶. Cette situation a créé un potentiel risque d'achats d'actions de ces sociétés stratégiques à un prix avantageux. Étant donné que les sociétés cotées au CAC 40 ont un grand nombre d'actionnaires, même les participations minoritaires sont capables de « déstabiliser la société, voire de permettre à l'investisseur d'acquérir une influence déterminante sur celle-ci »²⁷²⁷. Cette mesure a été accompagnée d'une procédure simplifiée de notification, dispensant la demande d'autorisation selon l'article 2 du décret. À moins d'opposition du ministre, l'autorisation est

Vie Publique, le 29 avril 2020[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/275069-bruno-le-maire-29042020-covid-19>][consulté le 1er juillet 2021]

²⁷²⁰ *Ibid.*

²⁷²¹ Saleh G., « L'adaptabilité du droit des investissements étranger dans le contexte de la crise du Covid-19 », *op.cit.*, p.31

²⁷²² *Ibid.*

²⁷²³ Roland S., « Vaccin : l'Allemagne fait bloc face à l'offre américaine », *Libération*, le 17 mars 2020

²⁷²⁴ [s.n.], « Investissements étranger en France : le protectionnisme se poursuit », *RLDA*, n°162, le 1^{er} septembre 2020, n°7037, p.19-20

²⁷²⁵ Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JO*, le 23 juillet 2020, texte n°16

²⁷²⁶ Saleh G., « L'adaptabilité du droit des investissements étranger dans le contexte de la crise du Covid-19 », *op.cit.*, p.31

²⁷²⁷ Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p.2

accordée au terme d'un délai de dix jours ouvrés à compter de la notification²⁷²⁸. Ces mesures temporaires, initialement prévues jusqu'au 31 décembre 2020, ont été prolongées jusqu'au 31 décembre 2021 par le décret n° 2020-1729 du 28 décembre 2020²⁷²⁹. Ensuite, le décret n° 2021-1758 du 22 décembre 2021 a de nouveau prolongé ces mesures jusqu'au 31 décembre 2022²⁷³⁰.

887. Enfin, en vertu de l'article 4 de l'arrêté du 10 septembre 2021 relatif aux investissements étrangers en France, la France a également ajouté les technologies liées à la production d'énergies renouvelables à la liste des technologies sensibles en 2021.

2) Les opérations soumises au contrôle

888. Le renforcement du contrôle s'est concrétisé dans la pratique par une augmentation des refus d'opérations par le ministère de l'Économie²⁷³¹. Selon les médias, les contrôles récents ont démontré que « la rhétorique a radicalement changé »²⁷³² et que « le ministère de l'Économie n'hésitant pas à exercer son veto »²⁷³³. Ce durcissement du régime intervient dans un contexte de « guerre économique »²⁷³⁴ et de crise sanitaire. À titre d'exemple, l'acquisition de la start-up Alsid par la société américaine cotée au Nasdaq, Tenable, pour un montant de 98 millions dollars dans le domaine de cyberattaque²⁷³⁵, a été soumise à la procédure de contrôle des investissements étrangers en France²⁷³⁶. Cette opération a été perçue comme un test visant à évaluer « la détermination de Bercy dans les hautes technologies, alors que plusieurs acteurs français ont déjà été placés sous contrôle étranger »²⁷³⁷. Les détails spécifiques de cette opération ne sont pas clairement spécifiés par les médias. Finalement, l'autorisation de la

²⁷²⁸ L'article 2, Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020, *op. cit.*

²⁷²⁹ Décret n° 2020-1729 du 28 décembre 2020 modifiant le décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JO*, le 30 décembre 2020, texte n°35

²⁷³⁰ Décret n° 2021-1758 du 22 décembre 2021 prorogeant l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JO*, le 24 décembre 2021, texte n°12

²⁷³¹

²⁷³² Drif A., « La France, championne du contrôle des investisseurs étrangers en Europe », *Les Echos*, le 24 mars 2021

²⁷³³ *Ibid.*

²⁷³⁴ Babreteau J., Reffay A., « Photonis, Carrefour, symboles du renforcement du contrôle des investissements étrangers en France? », *Ashurst*, le 9 février 2021, [en ligne : <https://www.ashurst.com/fr-fr/news-and-insights/legal-updates/photonis--carrefour-symbols-of-the-strengthening-of-the-control-of-foreign-investments-in-france/>] [consulté le 6 juillet 2021]

²⁷³⁵ Bregeras G., « Cybersécurité : le rachat d'Alsid par Tenable sous l'œil de Bercy », *Les Echos*, le 18 février 2021 Babreteau J., Reffay A., « Photonis, Carrefour, symboles du renforcement du contrôle des investissements étrangers en France? », *Ashurst*, *op.cit.*

²⁷³⁶ *Ibid.*

²⁷³⁷ Drif A., « La France, championne du contrôle des investisseurs étrangers en Europe », *op.cit.*

transaction d'acquisition a été annoncée en avril 2021 sur le site de Tenable, mais nous ne disposons pas d'informations sur d'éventuelles conditions liées à cette autorisation²⁷³⁸.

889. Malgré une opération réussie après contrôle, trois opérations ont rencontré des objections fermes. Il s'agit de l'opération de Teledyne concernant la proposition d'achat de Photonis (a), de l'achat par Couche Tard de Carrefour (b) et de l'acquisition du Site d'Hayange du British Steel par Jingye (c).

890. En matière de jurisprudence, l'arrêt du Conseil d'État du 3 avril 2020 (d) représente l'un des rares cas dans lesquels les décisions du ministère ont été révisées.

a) L'opération impliquant Teledyne – Photonis

891. Photonis est une société qui est directement visée par le contrôle des investissements étrangers en France, du fait qu'elle « est spécialisée dans les technologies optroniques, notamment pour les jumelles à vision nocturne à destination des forces armées françaises »²⁷³⁹. De plus, cette entreprise est impliquée dans le domaine nucléaire²⁷⁴⁰. Plus précisément, Photonis fournit des instruments de détection pour le projet de Laser Mégajoule, qui fait partie du programme de dissuasion nucléaire, détenant ainsi une capacité significative de recherche et développement avec de nombreux brevets²⁷⁴¹. Les négociations avec la société industrielle américaine Teledyne ont débuté en 2019²⁷⁴². Teledyne a alors entamé la procédure de demande d'autorisation préalable en février 2020. Après une procédure longue et complexe²⁷⁴³, Teledyne a reçu un avis informel défavorable²⁷⁴⁴. Par la suite, elle a engagé des pourparlers avec le ministère de l'Économie en vue d'élaborer des engagements visant à atténuer les risques pour la sécurité nationale²⁷⁴⁵. Après avoir accepté ces engagements, Teledyne a soumis une nouvelle

²⁷³⁸ Tenable, « Tenable finalise l'acquisition d'Alsid et lance Tenable.ad pour sécuriser les environnements Active Directory », *Tenable*, le 27 avril 2021 [en ligne : https://fr.tenable.com/press-releases/tenable-finalise-l-acquisition-d-alsid-et-lance-tenable-ad-pour-s-curiser-les?tns_redirect=true] [consulté le 6 juillet 2021]

²⁷³⁹ Ministère des armées, Communiqué de presse, « Souveraineté des entreprises stratégique : Florence Parly annonce que l'Etat travaille à une solution alternative de reprise de Photonis », le 18 décembre 2020 [en ligne : <http://www.oliviercadic.com/wp-content/uploads/2020/12/Communique%CC%81-de-presse-Photonis-v-18-de%CC%81-cembre-2020.pdf>]

²⁷⁴⁰ *Ibid.*

²⁷⁴¹ Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers très différents », *Fusions & Acquisitions Magazine*, mars & avril 2021, p.4-6

²⁷⁴² *Ibid.*

²⁷⁴³ *Ibid.*

²⁷⁴⁴ *Ibid.*

²⁷⁴⁵ *Ibid.* Ces engagements concernent : « 1. Participation minoritaire de la BPI au capital de la cible français ; 2. Droit de veto de la BPI sur certaines décisions de gestion, 3. Mise en place d'un comité de sécurité composé d'un ou plusieurs représentants de l'Etat, en charge de la préservation des activités et des informations sensibles en France. »

demande le 30 octobre 2020²⁷⁴⁶. Toutefois, cette requête s'est vu refuser l'autorisation par le ministre des Armées en utilisant un veto²⁷⁴⁷, invoquant « la volonté forte du gouvernement français de protéger et garantir la souveraineté économique et industrielle française de défense »²⁷⁴⁸, au motif que les modalités de reprise de l'entreprise Photonis ne satisfaisaient pas à ces exigences²⁷⁴⁹. Même si la procédure d'évaluation interne ne mentionne pas ce point explicitement²⁷⁵⁰, il est évident que le ministère de l'Économie n'est pas le seul décisionnaire, puisque d'autres ministères peuvent également mettre leur veto à une opération²⁷⁵¹. Cependant, de tel refus demeurent relativement exceptionnels dans la pratique française²⁷⁵².

b) L'opération impliquant Couche Tard et Tenable - Carrefour

892. L'annonce de l'acquisition de Carrefour par la société canadienne Couche Tard le 13 janvier 2021 a immédiatement suscité une réaction du ministre de l'Économie français, qui a émis « un veto catégorique »²⁷⁵³. Agissant de manière décrite comme « non courtois, mais clair et définitif »²⁷⁵⁴, Bruno Le Maire s'est opposé à l'opération au titre de « la souveraineté alimentaire et de la défense du premier employeur privé de France »²⁷⁵⁵. Cette décision repose sur la nécessité de maintenir un certain niveau de « sécurité alimentaire »²⁷⁵⁶ dans le pays. Elle découle de l'ajout de la notion de sécurité alimentaire au décret du 30 décembre 2019 susmentionné, ainsi que de son intégration en tant que facteur à prendre en compte en vertu de l'article 4 du Règlement (UE) 2019/452²⁷⁵⁷. Pendant un certain temps, il y avait encore de l'espoir que l'opération se concrétise. On a notamment évoqué que « [l']entreprise québécoise peut encore tenter de convaincre le gouvernement en mettant en avant les avantages économiques d'une telle opération pour sa cible, voire, en dernier recours, en apportant des garanties pour que les marges de manœuvre opérationnelles et les actifs de Carrefour, tout

²⁷⁴⁶ *Id.*, p. 5.

²⁷⁴⁷ *Ibid.*

²⁷⁴⁸ Ministère des armées, Communiqué de presse, « Souveraineté des entreprises stratégique : Florence Parly annonce que l'Etat travaille à une solution alternative de reprise de Photonis », 18 décembre 2020, *op.cit.*

²⁷⁴⁹ *Ibid.*

²⁷⁵⁰ Pour rappel, la composition de CFIUS est définie dans la loi et la réglementation aux États-Unis.

²⁷⁵¹ Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers très différents », *op.cit.*, p. 5.

²⁷⁵² Babreteau J., Reffay A., « Photonis, Carrefour, symboles du renforcement du contrôle des investissements étrangers en France? », *Ashurst, op.cit.*

²⁷⁵³ Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers très différents », *op.cit.*, p. 5.

²⁷⁵⁴ Babreteau J., Reffay A., « Photonis, Carrefour, symboles du renforcement du contrôle des investissements étrangers en France? », *Ashurst, op.cit.*

²⁷⁵⁵ Bertrand P., « Couche-Tard : l'occasion manquée pour Carrefour », *Les Echos*, le 22 janvier 2021

²⁷⁵⁶ Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers tr-s différents », *op.cit.*, p. 5.

²⁷⁵⁷ L'article 4-1c, « l'approvisionnement en intrants essentiels, y compris l'énergie ou les matières premières, ainsi que la sécurité alimentaire ».

comme l'emploi, soient préservés »²⁷⁵⁸. Toutefois, ces deux sociétés ont finalement abandonné conjointement le projet de fusion à la suite de l'opposition ferme du gouvernement français²⁷⁵⁹. Cette situation, là encore, présente des similitudes frappantes avec les affaires américaines précédemment mentionnées, où les opérations avaient été abandonnées en accord avec la position du gouvernement. Pour certains, l'intervention du gouvernement était principalement motivée par des considérations politiques, visant notamment à « éviter de prêter le flanc à la critique sur le thème des grandes entreprises françaises passées sous contrôle étranger (GE/Alstom Energie, Hocim/Lafarge, Nokia/Alcatel Lucent, Rio Tinto/Pechiney, etc.) »²⁷⁶⁰.

c) L'opération impliquant Jingye – Site d'Hayange du British Steel

893. En mars 2020, le groupe chinois Jingye a annoncé son intention de reprendre l'entreprise sidérurgie britannique en faillite, British Steel²⁷⁶¹. Cette entreprise possédait une usine en France comptant un effectif de 400 salariés. Cependant, cette installation n'était pas incluse dans l'acquisition, car la cession de l'usine était soumise à la procédure d'autorisation préalable du gouvernement français. D'après la position de l'administration française, l'usine d'Hayange, spécialisée dans la production de « rails de notre réseau ferré »²⁷⁶², relève du décret Alstom de 2014 et doit être considérée par le ministère de l'Économie comme une des « entreprises essentielles à la souveraineté française »²⁷⁶³. Lors de son audition devant l'Assemblée nationale le 11 mai 2020, Madame Florence Parly, Présidente de la Commission de la Défense, a mis en avant que l'usine en question se situait dans le périmètre de la « branche d'innovation et de systèmes très importante pour le ministère des armées »²⁷⁶⁴, et que « les activités de défense devraient nécessairement rester sous contrôle français »²⁷⁶⁵. Bien que l'autorisation n'ait pas été explicitement refusée, la Commission de la Défense aurait pu éventuellement exprimer son désaccord, comme cela a été démontré lors de cette audition²⁷⁶⁶. Il aurait été évident que l'usine d'Hayange reviendrait dans le giron de la « souveraineté française », mais au lieu d'être cédé à

²⁷⁵⁸ Mudet P., « Pourquoi Couche Tard a peu de chances d'acquérir Carrefour », *Option Finance*, le 15 janvier 2021

²⁷⁵⁹ Latribune, « Carrefour et Couche-Tard renoncent à leur fusion », *Latribune*, le 17 janvier 2021

²⁷⁶⁰ Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers tr-s différents », *op.cit.*, p. 5.

²⁷⁶¹ Feitz A, Braun P., « L'usine de rails d'Hayange de British Steel attise les convoitises », *Les Echos*, le 5 mars 2020

²⁷⁶² *Ibid.*

²⁷⁶³ *Ibid.*

²⁷⁶⁴ Assemblée Nationale, Commission de la Défense Nationale et des Forces Armées, Audition de Madame Florence Parly, Ministre des Armées, lundi 11 mai 2020, Séance de 16 heures, Compte-rendu n°50, cité dans Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p. 3

²⁷⁶⁵ *Ibid.*

²⁷⁶⁶ *Ibid.*

l'investisseur chinois, c'est une autre entreprise britannique Liberty Steel, qui a raflé la mise. Le débat est ainsi clos sur la souveraineté française²⁷⁶⁷.

d) Arrêt du Conseil d'État du 3 avril 2020

894. Comme aux États-Unis, peu de contentieux ont émergé depuis la mise en place de ces dispositions de contrôle des investissements étrangers. Cette absence de contentieux peut sembler surprenante, en particulier à la lumière de l'élargissement récent de l'intervention du ministre de l'Économie²⁷⁶⁸.

895. L'arrêt du Conseil d'État du 3 avril 2020²⁷⁶⁹ se distingue en tant qu'exception dans ce domaine, car il traite d'une affaire soumise à une révision judiciaire. Cela étant, le débat se focalisait sur l'identification des investisseurs et non sur la préservation de la sécurité publique. Le ministre de l'Économie a accordé son autorisation le 16 décembre 2015 à la société FII Co, une société luxembourgeoise, pour l'acquisition de la société française B. Industries²⁷⁷⁰, spécialisée dans la fabrication de fibres pour les secteurs de l'automobile, de l'aéronautique et de l'électronique²⁷⁷¹. Des actionnaires de la société cible, s'opposant à cette acquisition, ont engagé une demande d'annulation de la décision ministérielle du 16 décembre 2015, invoquant un contexte de tensions familiales et le fait que le dossier présenté à l'autorisation ne détaillait pas l'identité de tous les investisseurs impliqués dans l'opération²⁷⁷². Le tribunal de Paris a rejeté leur demande d'annulation dans la mesure où rien ne s'opposait à une présentation non-exhaustive de tous les investisseurs du fonds concerné²⁷⁷³. En appel, la cour administrative d'appel de Paris et, plus tard, le Conseil d'État en 2020 ont confirmé cette décision²⁷⁷⁴. Le Conseil d'État a établi que lorsqu'une opération est menée par un fonds d'investissement, « il incombe au demandeur d'indiquer l'identité du gestionnaire du fonds et, lorsque ce gestionnaire est lui-même une personne morale, l'identité des personnes physiques ou des collectivités publiques qui la contrôlent, et en relevant qu'aucune disposition n'impose que soit précisée

²⁷⁶⁷ Odile V., « Hayange : Bercy donne son feu vert à Liberty Steel pour reprendre France Rail, les salariés sont mitigés », *franceinfo*, le 14 août 2020 [en ligne : <https://france3-regions.francetvinfo.fr/grand-est/moselle/hayange/hayange-bercy-donne-son-feu-vert-liberty-steel-reprendre-france-rail-salaries-soulages-1862942.html>] [consulté le 20 septembre 2022]

²⁷⁶⁸ Lienhardt P-A., Rambaud A., « Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Économie D. n°2017-932, 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises », *op.cit.*, p. 48

²⁷⁶⁹ CE, 3 avril 2020, n°422580

²⁷⁷⁰ *Ibid.*

²⁷⁷¹ *Ibid.*

²⁷⁷² Storck M., « Le contrôle d'un fonds d'investissement est exercé par le gestionnaire et non par les investisseurs », *BJB*, n°3, n°119a1, le 1^{er} mai 2020, p. 49

²⁷⁷³ TA Paris, 21 mars 2017, n°1521052/2, *Claire Porcher et Philippe Procher*

²⁷⁷⁴ CE, 3 avril 2020, n°422580, *op.cit.*

l'identité de tous les investisseurs participant à ce fonds, la cour n'a pas commis d'erreur de droit »²⁷⁷⁵. Toutefois, tout comme dans l'affaire Ralls aux États-Unis, l'appréciation du juge administratif est limitée, car il lui est complexe d'annuler une décision discrétionnaire de l'administration, à moins de constater une « erreur manifeste d'appréciation »²⁷⁷⁶, situation qui ne survient que pour des illégalités flagrantes.

896. En conclusion, les législateurs français ont progressivement renforcé le contrôle gouvernemental sur les investissements étrangers, surtout lorsque des entreprises nationales stratégiques sont sur le point d'être acquises par des investisseurs étrangers. Les crises financières de 2008 et sanitaires de 2020 ont également contribué à une évolution de la politique, passant d'une approche libérale à une orientation mettant davantage l'accent sur la souveraineté de l'État. Toutefois, en France, les investisseurs chinois ont été peu concernés par le contrôle, par rapport à ceux aux États-Unis. Les opérations d'acquisition proposées par d'autres pays développés ont été les principales cibles de refus de la part du gouvernement français.

Conclusion du Chapitre

897. Après la crise financière de 2008 et la crise sanitaire de 2020, on constate un recul général du néolibéralisme favorisant les investissements étrangers, marqué par le retour en force de la souveraineté. Ce changement s'est traduit par l'introduction ou la multiplication de législations nationales relatives au contrôle des investissements étrangers. Les États continuent de réviser et d'optimiser leur droit interne pour donner à leurs administrations la capacité d'intervenir directement et rapidement dans les activités économiques menées par des investisseurs étrangers, particulièrement dans le contexte des opérations d'acquisition. Les pays développés, en tant que principaux destinataires des acquisitions, sont devenus les précurseurs en matière de contrôle des investissements internationaux. Le concept de sécurité nationale, introduit en premier lieu par les États-Unis, a servi de justification à l'exception à la politique néolibérale. Selon Monsieur le professeur Peng, ce concept représente intrinsèquement une dérogation à la responsabilité étatique envers ses engagements internationaux en faveur de la promotion des investissements étrangers²⁷⁷⁷. Au fil du temps, cette notion n'est plus demeurée

²⁷⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁷⁶ Lienhardt P-A., Rambaud A., « Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Economie D. n°2017-932, 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises », *op.cit.*, p.48

²⁷⁷⁷ 彭阳 (Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对 », *op.cit.*, p.91 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *op.cit.*, p. 91)

une exception, mais plutôt un principe appliqué de manière systématique²⁷⁷⁸. Depuis 2015, une période marquée par d'importants investissements chinois dans les pays développés, ces investisseurs font face à des contrôles administratifs intensifiés au sein de ces pays.

²⁷⁷⁸ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE II

898. La souveraineté constitue le fondement des évolutions législatives récentes, que ce soit en droit interne ou en droit international²⁷⁷⁹. Cependant, elle a conduit à la fragmentation du droit international et à la dépendance de l'organisation internationale envers la volonté des États membres. En effet, le droit international, plutôt que de concilier les divergences d'opinion entre les États -comme il le devrait- pour arriver à un consensus, conduit souvent à l'application du droit d'un seul État²⁷⁸⁰. En d'autres termes, il échoue à refléter une position collective et exprime généralement une position strictement individuelle. Monsieur le Professeur Tladi indique à ce sujet que « le droit international que l'on dit fondé sur la recherche du bien commun et de la solidarité repose sur un défaut fondamental : un tel droit international n'existe pas »²⁷⁸¹. Au contraire, « le droit international reste inexorablement lié à la souveraineté des États et aux intérêts nationaux »²⁷⁸².

899. Dans cette partie, nous avons mis en évidence une évolution dans la politique des investissements étrangers. Après une période qualifiée de « départ de l'État »²⁷⁸³, nous observons désormais un « retour de l'État ». En effet, c'est dans cette optique que les pays souverains ont entrepris une réforme du droit international, tout en renforçant simultanément le droit interne en matière de contrôle des investissements étrangers.

900. En ce qui concerne les États-Unis, la modification de leurs modèles de TBI et des traités de libre-échange constitue, à ce jour, le meilleur exemple pour illustrer la stratégie américaine. À cet égard, nous avons démontré que ces derniers font de la protection de l'intérêt des propriétés américaines une priorité. Ce culte de la propriété demeure, plus que jamais, au cœur de la philosophie américaine. Ainsi, un phénomène assez paradoxal se dessine : d'un côté, le principe de liberté d'investissement est toujours mis en avant pour permettre aux entreprises américaines de s'implanter à l'étranger. Mais de l'autre, ce principe est remis en cause afin de réduire la possibilité pour les investisseurs étrangers d'investir dans les entreprises américaines.

²⁷⁷⁹ Besson S., *Sovereignty in Conflict*, *op.cit.*, p.3

²⁷⁸⁰ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p87

²⁷⁸¹ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.386

Texte original: « the international law that is said to be based on the pursuit of the common good and solidarity is premised on a fundamental flaw: there is no such international law »

²⁷⁸² *Id.*, p.387

Texte original: « international law remains inexorably tied to State sovereignty and national interests »

²⁷⁸³ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.18 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *op.cit.*, p. 18)

901. En outre, la volonté de préserver la propriété a également incité les États-Unis à surveiller étroitement les opérations d'acquisition d'actifs américains par des investisseurs étrangers, souvent au nom de la sécurité nationale. De nombreuses mesures ont été mises en place dans cette optique pour élargir à la fois le périmètre du contrôle et les prérogatives d'intervention du gouvernement. Si les entreprises japonaises ont été ciblées dans les années 1990, ce sont désormais les investissements chinois qui se heurtent à des refus fréquents de la part des autorités américaines. Le flou régnant autour de la définition de la sécurité nationale a permis de s'opposer à la plupart de ces opérations. Une telle omniprésence du gouvernement est en contradiction directe avec la politique néolibérale que prétend pratiquer les États-Unis.

902. En ce qui concerne la France, son intention de contrôler les investisseurs étrangers entre en conflit avec les quatre libertés fondamentales de l'Union européenne, à savoir la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. La législation nationale mise en place pour superviser les investissements étrangers a été contestée par la Commission européenne depuis 2014. Bien que l'Union européenne ait la compétence exclusive en matière d'investissement direct étranger depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cela n'empêche pas les États membres, dont la France, l'Allemagne et l'Italie, de se rassembler autour du concept de sécurité nationale pour défendre leurs intérêts souverains. L'entrée en vigueur du Règlement (UE) 2019/452 du 19 mars 2019, établissant un cadre de contrôle des investissements directs étrangers dans l'Union, témoigne des efforts conjoints des États membres, confirmant ainsi la transition de la politique libérale vers la prise en compte des intérêts nationaux.

903. En dépit de l'intervention européenne, la France continue de renforcer ses pouvoirs en matière de contrôle des investissements étrangers. À ce titre, elle a établi un régime similaire à celui des États-Unis depuis 2017. Toutefois, les opérations refusées par l'administration française concernent essentiellement les investisseurs des pays anglo-saxons, très peu d'opérations chinoises ayant été rejetées, à l'exception de l'opération Jingye – Site d'Hayange du British Steel en 2020.

904. D'une manière générale, le contrôle vis-à-vis des investisseurs étrangers s'est intensifié depuis l'année 2017²⁷⁸⁴. Selon le rapport annuel de la CNUDCI de 2016, les restrictions sur l'acquisition d'actifs par les investisseurs étrangers sont devenues répandues, de sorte que 80%

²⁷⁸⁴ UNCTAD, World Investment Report 2017, p. 100

En 2016, la CNUDCI a observé une tendance de renforcement du contrôle des fusions et acquisitions par les investisseurs. v. UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 32

des pays ont prévu des restrictions dans au moins une industrie²⁷⁸⁵. Le retour de la souveraineté est une tendance indiscutable. Nous avons vu que les différentes crises ont d'ailleurs accéléré cette tendance.

²⁷⁸⁵ UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 32

CONCLUSION DE LA PARTIE I

905. Du Titre I, nous pouvons retenir que le néolibéralisme, auparavant soutenu par la Première ministre du Royaume-Uni Margaret Thatcher et le Président des États-Unis Ronald Reagan dans les années 1980, est devenu une option politique prédominante depuis les années 1990. Cette théorie économique vise à déréglementer les contrôles étatiques sur le marché et à favoriser la libre circulation des capitaux. Elle s'est manifestée par la volonté des États-Unis de créer un marché mondial et d'établir des normes de droit international économique, ouvrant ainsi la voie aux entreprises nationales pour pénétrer les marchés étrangers. Pourtant, ces marchés étrangers demeurent soumis au contrôle des États hôtes.

906. En effet, la doctrine politique de John Locke a exercé une influence significative sur le droit national des États-Unis. Selon Locke, la liberté est intrinsèquement liée à la libre disposition des biens, et il soutient que le rôle du gouvernement est de garantir la préservation de la propriété individuelle. Les États-Unis ont ainsi incorporé cette conception de la liberté dans les normes internationales relatives aux investissements internationaux. Les traités d'investissement visent principalement à protéger les investissements internationaux, en particulier en offrant une protection contre la nationalisation des biens étrangers par les pays d'accueil.

907. La conclusion de l'ALENA entre les États-Unis, le Canada et le Mexique est perçue par les Américains comme un symbole du triomphe du libéralisme sur la souveraineté défendue par les pays d'Amérique latine. D'une part, cela implique l'incorporation de dispositions de protection des actifs étrangers dans les traités d'investissement, notamment la formule Hull élaborée par l'ambassadeur américain Cordell Hull, qui prévoit une indemnisation « rapide, adéquate et efficace » en cas d'expropriation des actifs des investisseurs. D'autre part, la victoire du libéralisme se reflète également dans l'insertion du mécanisme de règlement des différends dans ces traités. Ce mécanisme permet aux investisseurs étrangers de contourner l'ordre juridique national et de saisir directement un tribunal composé d'arbitres choisis par l'investisseur et l'État défendeur.

908. En ce qui concerne la protection de la propriété contre l'expropriation, les arbitres l'interprètent de manière à considérer que la réglementation environnementale ayant un impact négatif sur les activités économiques des investisseurs constitue une expropriation indirecte. Les interprétations élargies de l'expropriation dans différentes sentences arbitrales mettent en

évidence le triomphe du libéralisme dans les années 2000, confirmant ainsi la suprématie de l'interprétation lockéenne de la liberté sur la scène internationale.

909. À propos du mécanisme de règlement des différends, il est important de souligner que les pays d'Amérique latine ont soutenu que les investisseurs étrangers doivent appuyer sur l'ordre juridique national pour porter leurs plaintes et revendications. Ces pays d'Amérique latine, rejoints plus tard par les pays africains, ont adopté les normes internationales confirmant la souveraineté, telles que la Résolution sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles en 1962. Cependant, la prolifération des TBI en droit international, l'acceptation du néolibéralisme après la guerre froide sur le plan politique, ainsi que le manque de capitaux pour les États sur le plan économique, ont conjointement contribué à la création d'un multilatéralisme américain en matière d'investissement international, favorisant ainsi la protection des investissements.

910. Malheureusement, l'apogée du néolibéralisme sur la scène internationale n'a pas pu empêcher les interventions gouvernementales dans les activités des entreprises étrangères, y compris aux États-Unis. En effet, le régime de contrôle des investissements étrangers s'est développé aux États-Unis en utilisant le concept de « sécurité nationale », présenté comme une exception à la politique libérale. Les membres du Congrès ont craint que les entreprises japonaises accèdent aux technologies stratégiques en acquérant des entreprises nationales, ce qui a conduit à l'adoption de législations sur le contrôle des investisseurs étrangers. Depuis lors, la notion de sécurité nationale a vocation à jouer chaque fois qu'une entreprise nationale stratégique a fait l'objet d'une acquisition par une entreprise étrangère. Les attentats du 11 septembre 2001 ont également contribué à renforcer l'affirmation de la souveraineté. L'intensification du contrôle des investisseurs étrangers est considérée comme nécessaire pour éviter les acquisitions susceptibles de pénétrer dans les infrastructures stratégiques. Ainsi, bien que le néolibéralisme ait triomphé sur la scène internationale, il a dû faire face à une augmentation des interventions gouvernementales sur les investissements étrangers au niveau national.

911. En ce qui concerne la France, elle est effectivement marquée par l'influence de la théorie politique de Jean-Jacques Rousseau, mettant l'accent sur le rôle primordial de la volonté générale ou de l'intérêt général dans la vie publique. L'État joue donc un rôle régulateur important dans les activités économiques, si bien que le contrôle est assez rigide sur les investisseurs étrangers. Toutefois, la France est également confrontée à la prédominance du

libéralisme et est contrainte d'ouvrir ses marchés nationaux et de déréguler ses contrôles sur les investisseurs étrangers après la Seconde Guerre mondiale. Comme aux États-Unis, l'affirmation de la souveraineté nationale est à nouveau mobilisée lorsqu'une entreprise nationale stratégique est susceptible d'être rachetée par une entreprise étrangère.

912. Quant au Titre II, on retiendra qu'en matière d'investissements étrangers, la souveraineté se trouve en contradiction directe avec le néolibéralisme. À la suite de la crise financière de 2008, le néolibéralisme a été mis en question, incitant les États à mobiliser leurs pouvoirs normatifs pour réformer le droit international de l'investissement. Ce conflit de valeur entre le libéralisme et la souveraineté s'est cristallisé lorsque les États-Unis et le Canada ont été pris en tant que défendeurs dans des arbitrages liés aux investissements. En effet, le mécanisme d'arbitrage utilisé par les investisseurs étrangers pour contester les législations nationales ainsi que les décisions administratives ou judiciaires, touchant à la protection de l'environnement et de la santé publique, ont suscité des critiques quant à son impact sur la souveraineté des États²⁷⁸⁶. Ces arbitrages, souvent menés devant des tribunaux arbitraux d'investissement, permettent aux investisseurs étrangers de remettre en question les mesures prises par les États, mesures qui pourraient potentiellement nuire à leurs intérêts économiques. Certains observateurs estiment que ce mécanisme d'arbitrage affaiblit la capacité des États à réglementer dans l'intérêt public et peut limiter leur souveraineté en matière de prise de décision, ce qui est perçu comme « une intrusion du droit international dans les affaires intérieures d'un État souverain »²⁷⁸⁷. Cette problématique engendre un débat crucial quant à l'équilibre entre les droits des investisseurs étrangers et la souveraineté des États en matière de réglementation. En tant que l'État défendeur dans les arbitrages d'investissement, les États-Unis ont d'abord introduit des techniques procédurales telles que l'*amici curia* pour favoriser la transparence de la procédure d'arbitrage d'investissement dans le cadre de l'affaire *Methanex c. États-Unis*. Cette technique procédurale permet aux organisations non gouvernementales environnementales d'exprimer leurs observations sur la législation ou les mesures environnementales appliquées par l'État défendeur lors d'un arbitrage. Par la suite, les États-Unis ont modifié leurs modèles de TBI afin de restreindre les abus des protections accordées aux investisseurs étrangers par les traités d'investissements. Un rééquilibre entre le libéralisme et la souveraineté est recherché par les

²⁷⁸⁶ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p.7

Texte original: « Developed states subscribe to so-called balanced treaties, they are confident that they can manage these treaties in a manner that will provide protection to the investments of their multinational companies while at the same time allowing them to defend themselves against arbitrator. »

²⁷⁸⁷ Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *op.cit.*, p. 44

États-Unis. Sur le plan national, les États-Unis ne cessent d'ajouter de nouveaux éléments à prendre en compte au titre de la sécurité nationale afin de contrôler les opérations étrangères. Initialement conçu pour refuser les acquisitions dans les secteurs de la défense, ce contrôle s'étend désormais à presque toutes les activités économiques. L'absence de définition précise de la sécurité nationale accord à l'administration une grande marge de manœuvre pour déterminer si une opération présente ou non des risques pour la sécurité nationale. Les investisseurs chinois ont essuyé de nombreux rejets de la part du gouvernement américain dans ce mouvement d'intensification du contrôle. Selon Monsieur le Professeur Peng, la préservation de la sécurité nationale est un prétexte idéal pour contrôler les investissements étrangers aux États-Unis²⁷⁸⁸. L'évolution de la législation américaine témoigne du retour de la souveraineté et du recul du libéralisme, ou comme le souligne le Professeur Peng, d'un renforcement arbitraire des réglementations juridiques visant à s'écarter des règles conventionnelles en matière de commerce et d'investissement²⁷⁸⁹. Le rôle de la « main invisible » en tant que régulateur naturel des activités économiques a une fois de plus été remplacé par l'intervention gouvernementale²⁷⁹⁰.

913. Comparativement aux États-Unis, la France est moins exposée aux pressions en matière d'arbitrage des investissements. Néanmoins, elle reste tenue de respecter ses engagements envers l'Union européenne dans le cadre de la construction du marché intérieur. De manière plus générale, la France doit prendre en compte l'interprétation européenne du libéralisme et s'aligner sur les principes et les réglementations établis au niveau de l'Union européenne. Malgré cela, un durcissement du contrôle sur les investissements étrangers par la France pourrait être à l'encontre de la politique commerciale commune de l'Union européenne. Cependant, la croissance des acquisitions d'entreprises stratégiques européennes ainsi que les mesures interventionnistes déjà prises par les États-Unis influencent la Commission européenne, l'incitant à reconsidérer son attitude face au conflit entre sa politique libérale et la souveraineté de ses États membres. Les crises financières et sanitaires ont également contribué à la réflexion sur le rôle prédominant du néolibéralisme dans l'économie. Le retour à la souveraineté a permis à la France et aux autres États membres de promouvoir la législation en matière de contrôle des investissements étrangers, tant au niveau européen que national. Au niveau européen, le

²⁷⁸⁸ 彭阳 (Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对 », *op.cit.*, p.96 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *op.cit.*, p. 96)

²⁷⁸⁹ *Id.*, p. 98

²⁷⁹⁰ *Ibid.*

règlement (UE) 2019/452 a été adopté le 19 mars 2019, encourageant les États membres à établir individuellement un régime national de « filtrage des investissements directs étrangers ». Au niveau national, le gouvernement français a adopté des mesures visant à protéger les entreprises nationales stratégiques en utilisant ses leviers politiques, notamment lorsque la législation nationale ne permet pas encore une intervention directe de l'administration dans une opération spécifique. Le régime de contrôle des investissements a ensuite été renforcé par plusieurs prises, que ce soit par l'ajout de nouveaux secteurs sensibles soumis au contrôle ou par l'élargissement des pouvoirs de l'administration dans ce cadre.

914. Dans cette partie, nous avons mis en évidence le développement du droit international de l'investissement sous l'influence du néolibéralisme, facilitant aux États-Unis l'accès aux marchés pour leurs entreprises multinationales. Cependant, ils mettent en œuvre des politiques contradictoires : d'un côté, le renforcement du contrôle des investisseurs étrangers en droit interne, et de l'autre, la promotion des investissements internationaux en droit international. Parallèlement, ils ont initié des réformes des normes internationales en vue d'assouplir les rigidités des anciennes générations de traités d'investissement et de rétablir le pouvoir de l'État en matière de régulation des investissements étrangers. Le retour de la souveraineté nationale, découlant des crises financières et sanitaires, met en lumière la vulnérabilité du droit international et la puissance de la souveraineté.

915. En réalité, le droit international de l'investissement vise à garantir un traitement égal entre les investisseurs étrangers et nationaux. Dans cette perspective, il cherche à restreindre les interventions gouvernementales « artificielles » dans les activités économiques et à favoriser l'autorégulation du marché. Pourtant, cette approche soulève une question fondamentale : le traitement différencié entre étrangers et nationaux suppose-t-il l'existence d'une inégalité contraire au principe constitutionnel d'égalité entre les citoyens dans la plupart des États ? Comme le souligne Madame la Professeure en droit international Jault-Seseke, « [e]voquer l'existence de droits attachés à la nationalité, c'est admettre que tous les hommes ne sont pas libres et égaux, contrairement à ce qu'énonce l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ; c'est dire que certains droits sont réservés aux nationaux, ou encore que ces droits ne sauraient être reconnus aux étrangers »²⁷⁹¹. Pour résoudre ce conflit, la jurisprudence française précise d'ailleurs explicitement que : « les étrangers se trouvent placés dans une

²⁷⁹¹ Jault-Seseke F., « La remise en cause des droits attachés à la nationalité », dans *La nationalité : enjeux et perspectives*, Varenne, Institut Universitaire Varenne, 2019, p.135

situation différente de celle des nationaux »²⁷⁹². Ainsi, « la nationalité est en soi discriminante »²⁷⁹³, notamment en tenant compte de « l'essor de la liberté de circulation n'y est pas étranger »²⁷⁹⁴. Dans ce contexte, doit-on admettre que la souveraineté est en fin de compte la source et l'origine de la création de l'inégalité entre les nationaux et les étrangers ?

²⁷⁹² Genevois B., « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871

²⁷⁹³ *Ibid.*

²⁷⁹⁴ Jault-Seseke F., « La remise en cause des droits attachés à la nationalité », *op.cit.*, p.135.

PARTIE II. LA RÉOLUTION DU CONFLIT DES VALEURS

916. D'après Madame la Professeure Leibowitz, le droit international n'est rien de plus que « la transcription sur la scène internationale du droit objectif interne d'un État »²⁷⁹⁵. Par ailleurs, Monsieur le Professeur Tladi considère qu'il s'agit d'« un outil entre les mains de ceux qui ont de l'influence »²⁷⁹⁶.

917. C'est la raison pour laquelle « le multilatéralisme d'après-guerre n'est pas du multilatéralisme, mais plutôt un multilatéralisme »²⁷⁹⁷, ou, en d'autres termes, un « multilatéralisme américain »²⁷⁹⁸. En effet, « le système actuel de droit international » est, selon Tladi, « reste basé sur la souveraineté, flirte avec la solidarité et cherche à poursuivre le bien commun si le bien commun peut être rendu compatible avec les intérêts nationaux de ceux qui ont le plus grand pouvoir de négociation »²⁷⁹⁹.

918. Toutefois, la contestation de la théorie du néolibéralisme a ébranlé les bases du régime d'investissement international promu par les États-Unis, établi sous son initiative. Le Professeur Sornarajah le décrit comme étant ce qui finit par basculer en faveur du changement : lorsque le groupe dominant, qui avait autrefois façonné les interdictions prédominantes en droit, perçoit des développements contraires à ses intérêts²⁸⁰⁰.

919. En parallèle, d'autres États cherchent également à transcrire leurs valeurs et leurs objectifs nationaux sur la scène internationale, créant ainsi une concurrence dans l'élaboration du droit international. Parmi ces initiatives, on peut citer le Partenariat Transpacifique initié par les États-Unis, l'AECG entre l'Union européenne et le Canada, ainsi que le RCEP conclu sous l'initiative de la Chine selon les juristes françaises²⁸⁰¹. De nos jours, les États-Unis semblent avoir perdu leur monopole sur la création des normes du droit international pour garantir leurs

²⁷⁹⁵ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.28

²⁷⁹⁶ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.389

Texte original: « It is a tool in the hands of those with influence. »

²⁷⁹⁷ Zwahlen J., Bichsel O., « Europe, Relations sino-américaines : le futur du multilatéralisme en étau ? », *op.cit.*, p.50

²⁷⁹⁸ *Ibid.*

²⁷⁹⁹ Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *op.cit.*, p.387

Texte original: « the current system of international law... remains to be based on sovereignty, flirts with solidarity, and seeks to pursue the common good if the common good can be made consistent with the national interests of those with greater bargaining power »

²⁸⁰⁰ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.413

²⁸⁰¹ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

valeurs, notamment leurs interprétations du libéralisme. Il est donc considéré que « la prochaine décennie ne sera pas celle *du* multilatéralisme, mais *des* multilatéralismes »²⁸⁰².

920. Dès lors, la théorie néolibérale s'éloigne, la politique promue via la primauté du droit international du libre-échange des biens et des capitaux est secouée, laissant les espaces pour les mesures nationales à contraindre ces libertés. Ainsi, le défenseur du néolibéralisme met actuellement en place une politique contraire en instaurant un contrôle interne de plus en plus étendu, ce qui se traduit par une augmentation constante du nombre d'acquisitions bloquées. Les autres pays occidentaux, partisans du libéralisme, s'embrassent du nationalisme et ont adopté des mesures défavorables aux investissements en suivant le chemin des États-Unis. Les craintes concernant les activités de fusions et acquisitions menées par les investisseurs chinois ont conduit à l'introduction de nouvelles mesures de filtrage des investissements, ainsi qu'au renforcement des mesures existantes. Comme le Professeur Huntington souligne, les interactions plus fréquentes et intenses, favorisées par la mondialisation engendrent une prise de conscience plus profonde des différences civilisationnelles²⁸⁰³. Cela est dû aux distinctions linguistiques, aux variations des comportements sociaux, à un manque de compréhension des principes, motivations, structures et pratiques sociales étrangères²⁸⁰⁴. Cette conscience entraîne un renforcement de l'identité civilisationnelle et suscite un besoin de protéger ce qui « nous distingue d' « eux » »²⁸⁰⁵.

TITRE I. DU MULTILATÉRALISME VERS DES MULTILATÉRALISMES

TITRE II. DÉVELOPPEMENT DES MESURES DE CONTRÔLE NATIONAL

²⁸⁰² Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », *op.cit.*, p. x

²⁸⁰³ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, traduit par Jean-Luc Fidel et Geneviève Joubtain, Patrice Jorland, Jean-Jacques Pédussaud, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p.184

²⁸⁰⁴ *Ibid.*

²⁸⁰⁵ *Ibid.*

TITRE I. DU MULTILATÉRALISME VERS DES MULTILATÉRALISMES

921. Le « multilatéralisme » est, tout d’abord, une notion de politique étrangère²⁸⁰⁶. Le secrétaire d’État de Clinton a expliqué :

« Laisse-moi être clair : le multilatéralisme est un moyen, non une fin. C’est l’un des nombreux instruments de la politique étrangère à notre disposition. Et il n’est justifié que lorsqu’il sert l’objectif central de cette dernière : protéger les intérêts américains »²⁸⁰⁷.

922. Sur le plan historique, il est couramment reconnu que l’idée d’« internationalisme », a été d’abord introduite avant le concept de « multilatéralisme » par Woodrow Wilson, le 28^{ème} président des États-Unis après la Première Guerre mondiale²⁸⁰⁸. Wilson envisageait la création d’une « une ligue des nations »²⁸⁰⁹ pour négocier la paix. Cependant, il est important de noter que « si l’approche est multilatérale, le projet est unilatéral, à tout le moins national : ce que la Ligue a pour mission de réaliser, c’est d’étendre au reste du monde la démocratie et le marché, les deux valeurs dont les États-Unis se sont toujours réclamés »²⁸¹⁰.

923. Après cette « page de l’internationalisme se tourne »²⁸¹¹, la notion de multilatéralisme est apparue lors de l’administration de Roosevelt, après la Deuxième Guerre mondiale en 1945²⁸¹². L’ONU, créée la même année, est perçue comme la principale institution multilatérale²⁸¹³. En effet, il est considéré que les institutions multilatérales sont au cœur de

²⁸⁰⁶ 张乃根 (Zhang N.), « 国际法上的多边主义及其当代涵义 », 国际法研究, n°3, 2021, p.3 (« Le multilatéralisme du droit international et ses implications contemporaines », *Chinese Review of International Law*, n°3, 2021, p.3)

²⁸⁰⁷ Warren C., *In the Stream of History: Shaping Foreign Policy for a New Era*, Palo Alto, California, Stanford University Press, 1998, p. 89

Text original: « Let me be clear: Multilateralism is a means, not an end. It is one of the many foreign policy tools at our disposal. And it is warranted only when it serves the central purpose of American foreign policy: to protection American interests. »

²⁸⁰⁸ v. Perron R., « De l’internationalisme au multilatéralisme : continuité et ruptures », dans *Les États-Unis entre uni-et multilatéralisme de Woodrow Wilson à George W. Bush*, Pierre Melandri et Serge Richard (dirs.), Paris, l’Harmattan, 2008, p. 30

« Les États-Unis se méfient de cette Europe impérialiste, dans la mesure où l’internationalisme professé par Wilson a insisté sur la pratique d’une diplomatie transparente entre les pays concernés, grands et petits, afin de ne plus avoir affaire à des négociations menées en coulisse entre les principales puissances européennes. »

²⁸⁰⁹ Melandri P., Ricard S., « Introduction : Les États-Unis entre uni-et multilatéralisme » dans *Les États-Unis entre uni-et multilatéralisme de Woodrow Wilson à George W. Bush*, Pierre Melandri et Serge Richard (dirs.), Paris, l’Harmattan, 2008, p.9

²⁸¹⁰ *Ibid.*

²⁸¹¹ Perron R., « De l’internationalisme au multilatéralisme : continuité et ruptures », *op.cit.*, p. 30

²⁸¹² *Ibid.*

²⁸¹³ Perron R., *Histoire du multilatéralisme II, l’Organisation du bloc occidental dans la compétition économique*, Paris, PUPS, 2018, p. 17

cette notion, en raison du fait que « la multilatéralisation illustre la volonté des États de s'appuyer sur les institutions multilatérales depuis 1945 pour leur politique extérieure »²⁸¹⁴.

924. En même temps, « les organisations internationales ne sont qu'une forme parmi d'autres du multilatéralisme »²⁸¹⁵. En effet, le « multilatéralisme » ne peut fonctionner en l'absence de règles, de normes et de principes de base²⁸¹⁶, d'où le fait que le « multilatéralisme » entretient une relation étroite avec le droit international. Selon Monsieur le Professeur ZHANG, le droit international correspondant au système multilatéral des relations internationales existe depuis longtemps, mais il ne semble pas qu'une théorie du multilatéralisme sous forme de doctrine internationale ait déjà pu exister²⁸¹⁷. Le multilatéralisme, au sens du droit international, trouve son origine dans les traités de Westphalie²⁸¹⁸ et sa base théorique a été développée par Grotius²⁸¹⁹. La Charte des Nations Unies emploie le terme « collective »²⁸²⁰ ou « coopération internationale »²⁸²¹ et ne fait pas encore référence au « multilatéralisme ». En effet, la notion de « multilatéralisme » est d'origine américaine et signifie « *many sided* » ou « de tous côtés » en français²⁸²². Initialement née dans le cadre de la politique étrangère, le multilatéralisme n'a pas de définition juridique claire. C'est une « forme de coopération entre un minimum de trois États »²⁸²³ permettant de distinguer l'unilatéralisme et le bilatéralisme²⁸²⁴. Toutefois, une telle distinction n'est pas conforme à l'attente générale pendant l'apogée du libéralisme, qui vise à atteindre des « formes universelles ou quasi universelles de coopérations »²⁸²⁵. Dans ce cadre, l'ALENA pourra être considéré comme un type de « multilatéralisme ». Pourtant, cette affirmation n'est pas si évidente en raison de l'ambiguïté de son statut : par rapport au traité de non-prolifération nucléaire ou à l'Accord de Kyoto, l'ALENA semble difficilement pouvoir être qualifié de « multilatéralisme » avec seulement trois États membres²⁸²⁶. En effet, le multilatéralisme traite initialement de la « défense des frontières »²⁸²⁷. De nos jours, sa

²⁸¹⁴ *Ibid.*

²⁸¹⁵ Petiteville F., *Le multilatéralisme*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2009, p. 11

²⁸¹⁶ Perron R., *Histoire du multilatéralisme II, l'Organisation du bloc occidental dans la compétition économique*, *op.cit.*, p. 20

²⁸¹⁷ 张乃根(Zhang N.), « 国际法上的多边主义及其当代涵义 », *op.cit.*, p.7 (« Le multilatéralisme du droit international et ses implications contemporaines », *op.cit.*, p.7)

²⁸¹⁸ *Id.*, p.5

²⁸¹⁹ *Ibid.*

²⁸²⁰ Charte des Nations Unies, Chapitre I, Article 1

²⁸²¹ *Ibid.*

²⁸²² Petiteville F., *Le multilatéralisme*, *op.cit.*, p. 11

²⁸²³ *Ibid.*

²⁸²⁴ *Ibid.*

²⁸²⁵ *Ibid.*

²⁸²⁶ *Id.*, p. 12

²⁸²⁷ Perron R., *Histoire du multilatéralisme II, l'Organisation du bloc occidental dans la compétition économique*, *op.cit.*, p. 20

préoccupation est devenue le commerce et l'investissement international, le changement du climat, le droit d'homme, etc. C'est pourquoi l'ALENA est accepté aujourd'hui comme un type de multilatéralisme, toutefois régionalisé²⁸²⁸. En résumé, en l'absence d'une définition juridique claire, le multilatéralisme en droit international contient tant les normes établies par trois ou plus de trois États, que les traités ou codes de conduites à caractère universel ou quasi-universel. Plus précisément, à la suite des difficultés à poursuivre les négociations du cycle de Doha de l'OMC, des « limites du pouvoir autorégulateur du marché » mises en évidence par la crise financière de 2008²⁸²⁹, ainsi que des incapacités des institutions internationales à réagir aux crises sanitaires²⁸³⁰, comme à la guerre entre l'Ukraine et la Russie, le multilatéralisme universel ou « multilatéralisme américain »²⁸³¹ est remis en cause. Le droit international concrétisé sous ce « multilatéralisme » est « dans le langage économique et financier du XXe siècle lors des négociations relatives à la création des institutions de Bretton Woods »²⁸³². Son monopole est considéré comme le résultat d'un « [o]ccident dominant politiquement, économiquement et territorialement à travers ses colonies »²⁸³³.

925. En effet, le « multilatéralisme » construit et développé depuis le 1945 ne s'adapte plus au monde d'aujourd'hui, y compris dans le domaine du droit international de l'investissement. Compte tenu des « déficiences systémiques » identifiées par la CNUDCI²⁸³⁴, les États-Unis, qui ont été les créateurs et promoteurs du mécanisme de RDIE, ont lancé une réforme visant à réexaminer le multilatéralisme et les normes internationales établies. Parallèlement, d'autres pays souverains cherchent à participer au processus de création du droit international économique, vers une multiplicité des multilatéralismes, sous forme de multilatéralisme régional. Pesant comme un « nouveau mécanisme de gouvernance »²⁸³⁵ dans le domaine des sciences sociales, le multilatéralisme régional permet de favoriser le multiculturalisme²⁸³⁶, contre le monopole de la pensée anglo-saxonne²⁸³⁷ et la supériorité historique de la civilisation

²⁸²⁸ Petiteville F., *Le multilatéralisme*, op.cit., p. 11

²⁸²⁹ Garabaghi N., *Les espaces de la diversité culturelle, Du multilatéralisme au multilatéralisme régional*, Paris, Edition Karthala, 2010, p. 34

²⁸³⁰ Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, op.cit., p. ix

²⁸³¹ Zwahlen J., Bichsel O., « Europe, Relations sino-américaines : le futur du multilatéralisme en étau ? », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier, Bruxelles(dirs.), Edition Bruylant, 2021, p. 49

²⁸³² *Ibid.*

²⁸³³ *Ibid.*

²⁸³⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2013*, p. xxi

²⁸³⁵ Garabaghi N., *Les espaces de la diversité culturelle, Du multilatéralisme au multilatéralisme régional*, op.cit., p. 11

²⁸³⁶ *Id.*, p.97

²⁸³⁷ *Id.*, p.88

européenne²⁸³⁸. Si le RCEP et les nouveaux modèles de traité de libre-échange d'Inde et du Brésil n'ont pas contribué à la réforme du régime de RDIE existant, la proposition de l'Union européenne de remplacer ce régime entre en compétition directe avec le mécanisme déjà établi par les États-Unis. Nous vivons non seulement à une époque où la concurrence sur l'élaboration des normes internationales persiste entre la tradition continentale et anglo-saxonne, mais aussi à une ère où nous assistons à une transition du multilatéralisme vers des formes multiples de multilatéralisme, avec la participation de pays en développement²⁸³⁹, représentant des civilisations autres que l'Occident.

CHAPITRE I. Réforme de l'ancien multilatéralisme

CHAPITRE II. Concurrence entre les nouveaux multilatéralismes

²⁸³⁸ *Ibid.*

²⁸³⁹ Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, *op.cit.*, p. x

CHAPITRE I. RÉFORME DE L'ANCIEN MULTILATÉRALISME

926. Le libéralisme, en tant que théorie dominante depuis les années 1990, a toujours fait l'objet d'un examen critique constant, y compris les normes du droit international établies sous le « multilatéralisme américain » en matière du droit international de l'investissement. Les traités d'investissement ont été promus par les pays exportateurs de capitaux comme des « instruments de droit international public qui transforment les investisseurs en détenteurs de droits de manière délibérée et contingente en vertu de la théorie selon laquelle la juridification des droits des investisseurs et la protection de leurs portefeuilles soutiendront le bien-être économique de l'État hôte »²⁸⁴⁰. Toutefois, un nombre important de sentences arbitrales, dont les notifications d'intention d'arbitrage²⁸⁴¹ datent des années 1990 à 2010, ont donné « des interprétations excessivement larges des dispositions des traités pour favoriser les investisseurs »²⁸⁴². Une tendance anti-libérale, et notamment à l'encontre de l'arbitrage des investissements²⁸⁴³, est soutenue par l'opinion publique lorsque ces arbitrages sont en opposition avec la législation nationale visant au renforcement de l'intérêt général, notamment la protection de l'environnement et de la santé publique.

927. Il est question de savoir si le libéralisme est la seule valeur prioritaire, ou si les autres valeurs sont au moins d'importance équivalente que le libéralisme dans le conflit entre l'investisseur étranger et le pays d'accueil (Section 1). Plus précisément, le Professeur Sornarajah a même conclu que « si des traités d'investissement sont nécessaires, le pouvoir réglementaire des États de promouvoir l'intérêt public devrait avoir la priorité sur la protection des investissements »²⁸⁴⁴.

928. Les pays ont également exprimé leurs préoccupations concernant le mécanisme de RDIE actuel, et les institutions internationales ont commencé à réfléchir à des mesures

²⁸⁴⁰ Kethireddy S., « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.318

Texte original: « investment treaties are instruments of public international law that turn investors into rights-holders purposively and contingently under the theory that juridifying investors' rights and protecting their pocketbooks will buoy the economic well-being of the host State. »

²⁸⁴¹ Le processus d'arbitrage dure souvent plusieurs années. La décision arbitrale pour *Methanex Corporation v. United States of America* a été rendu en 2005, soit 6 ans après la notification d'intention d'arbitrage de la part d'investisseur.

²⁸⁴² Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 414

²⁸⁴³ *Ibid.*

²⁸⁴⁴ *Id.*, p.413

correctives en modernisant les TBI. En doctrine, certains juristes considèrent qu'il faut sans doute améliorer, voire éliminer, le régime de RDIE²⁸⁴⁵.

929. Par suite de leurs expériences avec l'ALENA, les États-Unis ont été parmi les premiers à mettre à jour leurs modèles de traités en concluant des traités de libre-échange avec de nouvelles dispositions, sous une énorme pression nationale contre le mécanisme de RDIE.

930. Le consensus pour réformer le mécanisme de règlement des différends actuellement mis en place est devenu un point d'accord au sein de la communauté internationale (Section 2).

²⁸⁴⁵ Bradlow A.H., « Human Rights Impact Litigation in ISDS: A Proposal for Enabling Private Parties to Bring Human Rights Claims Through Investor-State Dispute Settlement Mechanisms », *op.cit.*, p. 389

Section 1. Consensus de la réforme du droit des investissements internationaux

931. Selon Monsieur le Professeur Sornarajah, « la dernière décennie du XXe siècle a vu la création d'une structure normative de protection des investissements préjudiciable aux intérêts de la communauté mondiale dans la protection de l'environnement et des droits de l'homme, ainsi qu'aux intérêts des peuples du monde en développement »²⁸⁴⁶. Monsieur le Professeur Fadlallah ajoute que « les investissements étrangers coûtaient aux États un pan de souveraineté dans des domaines d'intérêt général »²⁸⁴⁷.

932. La protection de l'environnement est l'un des domaines d'intérêt général crucial. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé dans l'arrêt *Hamer c. Belgique* du 27 novembre 2007 que droit de l'environnement prévaut sur d'autres droits protégés²⁸⁴⁸, y compris le droit de propriété en tant que droit fondamental²⁸⁴⁹. Cependant, cette interprétation n'a qu'un effet limité auprès des pays contractants de la CEDH. En effet, la CEDH ne justifie pas sa supériorité par rapport aux autres traités transnationaux²⁸⁵⁰. De plus, la CEDH et les traités d'investissement poursuivent des objectifs différents. Pour les traités d'investissement, la protection des investissements étrangers est l'objectif principal²⁸⁵¹. Le tribunal arbitral a donc adopté une position différente dans l'affaire *Santa Elena*, jugeant que « [l]es mesures environnementales d'expropriation, aussi louables et bénéfiques soient-elles pour la société dans son ensemble, sont, à cet égard, similaires à toute autre mesure d'expropriation qu'un État peut prendre pour mettre en œuvre sa politique : en cas d'expropriation, même à des fins environnementales, qu'elles soient nationales ou internationales, l'obligation de l'État d'indemniser demeure »²⁸⁵². Ce conflit de valeurs à multiples facettes se traduit également par

²⁸⁴⁶ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.414
Texte original: « the last decade of the twentieth century saw the creation of a normative structure of investment protection detrimental to global community interests in the protection of the environment and human rights as well as to the interests of the people of the developing world »

²⁸⁴⁷ Fadlallah I., « Cri d'alarme pour les Traités bilatéraux d'investissements », *CAPJIA*, n°3, 2020, p.449

²⁸⁴⁸ Asscher J., Benaboud A., Boiardi S., et al., *Droit de l'environnement*, Jean-Pierre Desideri(dir.), Editions Foucher, Vanves, 2010, p. 12

²⁸⁴⁹ CEDH, 27 novembre 2007, 21861/03, *Hamer c. Belgique*

²⁸⁵⁰ Forteau M., Miron A., Pellet A, *Droit international public*, *op.cit.*, p.515

²⁸⁵¹ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.130

²⁸⁵² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, paragr. 72

Texte original: « 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, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains. »

un manque de concordance entre différents traités du droit international ayant des objectifs variés.

933. En effet, bien que des valeurs telles que le développement durable, la santé publique et les droits de l'homme aient été reconnues par la communauté internationale et soient au moins aussi importantes que le libéralisme (§1), leur prise en compte ne peut se faire que par le biais d'une réforme des anciennes générations de TBI par les pays contractants (§2). Selon Sornarajah, la fragmentation du droit international de l'investissement ne peut être résolue par l'apaisement, mais plutôt par la construction d'une hiérarchie de normes, indiquant lesquelles parmi elles ont une primauté sur la valeur de la protection des investissements étrangers²⁸⁵³.

§ 1. La reconnaissance des autres valeurs

934. Selon le droit des investissements internationaux classique, la priorité est d'assurer le libéralisme de l'investissement international. Cette notion de libéralisme s'est traduite, entre autres, par la protection de la propriété des investisseurs étrangers²⁸⁵⁴, sous l'influence de la théorie de Locke et l'interprétation des États-Unis. Plus précisément, l'acceptation de méthodes telles que le « flux de trésorerie actualisé » et l'« analyse quantique » pour évaluer les pertes prévisibles des investisseurs étrangers dans le futur a été largement influencée par les sentences arbitrales d'investissement dans le calcul des indemnités en cas d'expropriation directe ou indirecte²⁸⁵⁵. Ces méthodes, développées pour estimer les pertes futures d'un investissement, sont étroitement liées à l'idéologie de la protection de la propriété, au cœur du libéralisme lockéen. Cependant, le Professeur Zhu émet des critiques envers ces méthodes en les qualifiant d'« agressives dans l'estimation des dommages »²⁸⁵⁶.

935. Toutefois, lorsque le créateur du système s'est retrouvé attaqué par les investisseurs étrangers par la suite de renforcement de sa propre législation environnementale, la question s'est posée sur la manière de concilier la protection de l'investissement et les autres objectifs politiques d'un pays souverain²⁸⁵⁷. En effet, selon un document de travail publié par l'OCDE

²⁸⁵³ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p.419
Texte original: « Fragmentation cannot be resolved by appeasement but by the construction of a hierarchy of norms indicating which of them precede the value of foreign investment protection. »

²⁸⁵⁴ *Ibid.*

²⁸⁵⁵ Gotanda J.Y., « Assessing Damages : Valuation Standards », dans *Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016, p. 523

²⁸⁵⁶ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.24 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *Chinese Review of International Law*, *op.cit.*, p. 24)

²⁸⁵⁷ Grodon K., Pohl J, Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey, OECD Working Papers on International Investment 2011/01, p.7

en 2011, les préoccupations environnementales ont gagné en importance dans la liste des priorités des sociétés²⁸⁵⁸. De même, dans le rapport annuel de la CNUDCI de 2015, bien que la préservation des ressources naturelles soit abordée, la protection de l'environnement et le bien-être social ne sont pas identifiés comme des priorités de l'agenda politique international²⁸⁵⁹. Ces sujets sont devenus toutefois les principes directeurs de toutes les politiques dans les pays développés et les pays en développement²⁸⁶⁰.

936. Il convient de signaler que ce changement s'opère au travers d'une guerre persistante entre le libéralisme et d'autres valeurs. Un exemple marquant a été observé lorsque les États-Unis ont quitté la Convention de Paris en 2017 sous l'administration Trump, privilégiant l'économie au détriment des préoccupations liées au changement climatique. Cependant, le pays est redevenu membre avec l'arrivée de président Biden. Ce type de conflit concernant l'ordre des valeurs se manifeste tant au niveau théorique que dans des domaines concrets. En matière de droit international de l'investissement, des mouvements publics ont surgi quant à l'utilité et à la légitimité du mécanisme de RDIE à la suite de plusieurs procédures d'arbitrages lancées par des entreprises contestant les mesures environnementales et de santé publique prises par les pays d'accueil²⁸⁶¹. Les sentences arbitrales rendues ont également mis en évidence ce conflit de valeurs. Les évolutions des opinions des arbitres dans différentes sentences témoignent du changement progressif des opinions publiques, influencé notamment par les actions des ONG. Ces arbitrages ainsi que le régime de RDIE sont remis en question en premier lieu par les pays en développement, et ensuite critiqués par les pays développés qui se trouvent également confrontés aux arbitrages des investissements étrangers sur leur territoire (I). Cela représente une véritable bataille idéologique entre le libéralisme, qui tend à protéger les intérêts des investisseurs, et les autres valeurs d'intérêt public (II).

I. Remise en cause de la supériorité du libéralisme d'investissement

937. Lors de la négociation de l'ALENA dans les années 1990, un mouvement d'opposition était déjà présent aux États-Unis, rejetant l'ALENA ainsi que toute forme de traité international relatif au commerce et aux investissements. Ce mouvement exprimait des préoccupations concernant le sacrifice des valeurs liées à la protection de l'environnement, à la garantie des

²⁸⁵⁸ *Ibid.*

Texte original: « environmental concerns have moved up societies' priority lists »

²⁸⁵⁹ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 127

²⁸⁶⁰ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 127

²⁸⁶¹ UNCTAD, World Investment Report 2012, p. xxi

droits sociaux et à la perte d'emplois résultant de la sous-traitance au Mexique, en raison de l'idéologie traditionnelle et lockéenne du libéralisme²⁸⁶².

938. Toutefois, selon David C. Korten, ancien professeur à l'école de commerce de l'Université d'Harvard, la tension entre la défense de l'idéologie libérale et d'autres intérêts était restée en grande partie invisible en 1994, faute d'occasions ou de lieux pour s'exprimer²⁸⁶³. Les TBI ont été conclus pour le but de fournir des garanties aux investisseurs étrangers sous formes de « normes de protection sûres »²⁸⁶⁴, représentant la philosophie de néo-libéralisme²⁸⁶⁵. Plus précisément, ces TBI ont été conçus pour atteindre deux objectifs. Le premier est d'encourager les investissements en réduisant les risques, notamment en matière d'expropriation sans compensation adéquate et de traitement discriminatoire envers les investisseurs étrangers²⁸⁶⁶. Le deuxième objectif est de soustraire les différends entre l'investisseur étranger et l'État d'accueil à l'arène diplomatique et aux tribunaux nationaux, en les soumettant à l'arbitrage²⁸⁶⁷.

939. S'agissant du premier objectif, la théorie du néo-libéralisme a propagé l'idée que le libéralisme économique peut favoriser le développement technologique et économique du pays d'accueil²⁸⁶⁸. Autrement dit, une approche axée sur le marché est présentée comme un traitement magique pour tous les problèmes du monde²⁸⁶⁹. Dans ce contexte, les TBI ont été négociés afin d'éliminer les barrières nationalistes et de favoriser le libéralisme des investissements étrangers. La théorie libérale et ses mesures pour réaliser son idéologie ont triomphé à la fin du dernier millénaire²⁸⁷⁰. Plus concrètement, de 1950 à 1964, seuls 37 TBI en matière d'investissement ont été signés selon les chiffres divulgués par la CNUDCI²⁸⁷¹. Entre 1965 et 1989, 367 nouveaux TBI ont été conclus²⁸⁷². En revanche, entre 1990 et 2007, le nombre de nouveaux TBI signés a atteint 2663, portant le total à 3067 TBI²⁸⁷³. Tant pour les pays en développement que pour les pays développés, ce type de traités est devenu incontournable dans

²⁸⁶² v. Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *Political Science Quarterly*, vol 113, n°2, 1998, p. 281-305

²⁸⁶³ Korten D.C., *Quand les multinationales gouvernent le monde*, *op.cit.*, p. 14

²⁸⁶⁴ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 417

²⁸⁶⁵ *Id.*, p.418; v. également Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement » *op.cit.*, p. 38

²⁸⁶⁶ Sweet A.S., Grisel F., *The Evolution of International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p.3

²⁸⁶⁷ *Ibid.*

²⁸⁶⁸ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.646

²⁸⁶⁹ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 32

²⁸⁷⁰ *Id.*, p. 3

²⁸⁷¹ UNCTAD, *World Investment Report 2015*, p. 121

²⁸⁷² *Ibid.*

²⁸⁷³ *Ibid.*

la compétition mondiale pour attirer les investissements étrangers²⁸⁷⁴. C'est même la raison pour laquelle, dans les années 2000, pratiquement aucun pays n'était dépourvu d'au moins quelques TBI signés²⁸⁷⁵. Toutefois, seulement 410 nouveaux traités ont été négociés de 2008 à 2014²⁸⁷⁶, et certains anciens TBI ne sont plus valables²⁸⁷⁷. Le nombre total de TBI constitue aujourd'hui un réseau de 3271 traités²⁸⁷⁸.

940. Effectivement, avec les développements du droit des investissements internationaux, les critiques et oppositions contre les TBI sont venues de divers horizons.

941. D'abord, les effets de ces TBI ont été questionnés vers 2009²⁸⁷⁹. Visant à favoriser les investissements étrangers, il est constaté qu'en l'absence des TBI, les flux d'investissement sont toutefois importants entre certains pays²⁸⁸⁰. Au contraire, il est probable que les TBI ne jouent pas un rôle déterminant pour leur objectif, c'est-à-dire la promotion des investissements étrangers²⁸⁸¹. Puis, la crise économique de 2008 aux États-Unis a jeté un doute sur le libéralisme lui-même, la crise financière ayant conduit au retour de l'interventionnisme étatique dans l'économie, y compris, bien évidemment, le contrôle sur les investissements nationaux et étrangers²⁸⁸². Enfin, les recherches démontrent que « des traités d'investissement ont été signés par de nombreux pays en développement sans une appréciation claire des conséquences pour leur autonomie réglementaire et leur exposition à une éventuelle responsabilité future »²⁸⁸³.

942. Ensuite, le deuxième objectif a été réalisé via le mécanisme de RDIE en tant qu'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, considéré par le Professeur ZHU d'avoir contribué au « départ d'État »²⁸⁸⁴. Ce mécanisme est perçu comme une importante invention en matière du droit international de l'investissement²⁸⁸⁵. Plus précisément, il est

²⁸⁷⁴ *Id.*, p. 123

²⁸⁷⁵ *Ibid.*

²⁸⁷⁶ *Ibid.*

²⁸⁷⁷ *Ibid.*

²⁸⁷⁸ *Ibid.*

²⁸⁷⁹ UNCTAD, World Investment Report 2011, p. 102

²⁸⁸⁰ *Ibid.*

²⁸⁸¹ *Ibid.*; v. Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.132

²⁸⁸² UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 124

²⁸⁸³ Kethireddy S., « Still the Law of Nations : Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.317

Texte original: « investment treaties were signed by many developing countries without a clear-eyed appreciation of consequences for their regulatory autonomy and exposure to potential future liability »

²⁸⁸⁴ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.17 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *op.cit.*, p. 17)

²⁸⁸⁵ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.129

crucial de mentionner que le « mécanisme de l'arbitrage investisseur-État constitue une clause essentielle des traités bilatéraux d'investissement »²⁸⁸⁶. Bien que la Convention de Washington pour établir un tel mécanisme a été signée en 1965, ce n'est que le 27 juin 1990 que la sentence *APPL c. Sri Lanka*²⁸⁸⁷ a marqué « une révolution tranquille »²⁸⁸⁸ pour introduire la possibilité du règlement des différends entre l'investisseur étranger et pays d'accueil sous forme de l'arbitrage²⁸⁸⁹. Cette décision est considérée comme étant celle ayant « élargi la protection conférée par les Traités bilatéraux d'investissement »²⁸⁹⁰ et « [ayant] donné naissance à une nouvelle forme d'arbitrage dite transnationale »²⁸⁹¹.

943. Ainsi, en 2015, quatre-vingt-dix-neuf gouvernements à travers le monde ont été défendeurs à un ou plusieurs arbitrages du mécanisme de RDIE selon les données de la CNUDCI²⁸⁹². Le nombre d'arbitrages se double rapidement. Le nombre total d'arbitrages soumis au mécanisme de RDIE est de 326 en 2008. Ce chiffre a été quasiment doublé en 2014, atteignant 608 cas²⁸⁹³. Selon le rapport sur l'investissement dans le monde de 2020, le montant total des cas de RDIE a dépassé 1000²⁸⁹⁴.

944. Selon certains critiques, lorsque les gouvernements sont dans une position de défendeur avec « des responsabilités injustifiées et des coûts de procédure excessifs »²⁸⁹⁵ dans ces arbitrages, une réflexion sur le bilan d'un tel mécanisme est effectuée. En dehors de la théorie du libéralisme, le mécanisme de règlement des différends est ainsi de plus en plus contesté par les pays qui ont accordé préalablement de telles garanties aux investisseurs avec peu de restriction dans les traités d'investissement. Les risques juridiques sur l'abus du régime de RDIE et la portée et l'application des clauses de fond²⁸⁹⁶, ainsi que le risque financier, n'ont pas été prévus lorsque ces TBI ont été conclus²⁸⁹⁷. Ces risques sont encourus dans des circonstances allant au-delà des obligations ambiguës vis-à-vis de la propriété privée, sans que

²⁸⁸⁶ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *op.cit.*, p.126

²⁸⁸⁷ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3

²⁸⁸⁸ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.22 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *op.cit.*, 2018, p. 22)

²⁸⁸⁹ Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt Achmea : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *Versailles University Arbitration Journal*, n°1, janvier 2019, étude 8, p.1[base de données]

²⁸⁹⁰ *Ibid.*

²⁸⁹¹ *Ibid.*

²⁸⁹² UNCTAD, World Investment Report 2015, p.112

²⁸⁹³ *Id.*, p.124

²⁸⁹⁴ UNCTAD, World Investment Report 2020, p.14

²⁸⁹⁵ UNCTAD, World Investment Report 2012, p.xxx

²⁸⁹⁶ *Ibid.*

²⁸⁹⁷ UNCTAD, World Investment Report 2015, p.128

ces investissements aient apporté d'avantages en termes de flux des investissements directs supplémentaires²⁸⁹⁸. Ces risques ont tendance à refroidir la réglementation légitime par le gouvernement d'un État²⁸⁹⁹. À titre purement informatif, en 2014, 60 % des arbitrages rendus cette année-là ont été décidés en faveur de l'investisseur et 40 % aux pays d'accueil²⁹⁰⁰. Enfin, ce type de procédure est critiqué en raison de son manque de transparence²⁹⁰¹. Les pays ont des craintes sur la question de savoir si la sélection des arbitres indépendants suffira à garantir une procédure régulière²⁹⁰². La constitution du tribunal via la sélection des arbitres et les contradictions entre diverses sentences ont renforcé la méfiance sur le régime²⁹⁰³. Selon le Professeur Sornarajah, « [l]e système qui a été créé contenait ses propres graines de destruction, comme tout système qui n'est pas basé sur l'utilisation de sources légitimes »²⁹⁰⁴.

945. En 2011, l'Australie a annoncé qu'elle arrêterait d'inclure la clause du RDIE dans les TBI futurs²⁹⁰⁵. Son Accord de libre-échange avec les États-Unis, signé en août 2004, ne contient pas de clause de mécanisme de RDIE.

946. Pour les pays latino-américains, ils démontrent une plus grande résistance à ce régime en raison du fait que ce dernier a été employé par les États-Unis afin d'imposer aux pays latino-américains l'abandon de la doctrine Calvo et d'assurer les intérêts des investisseurs américains dans ces pays voisins²⁹⁰⁶. En conséquence, ils ont été confrontés à un nombre important d'arbitrages d'investissement. Pour l'instant, trois pays latino-américains, la Bolivie, l'Équateur et le Venezuela ont annoncé leur retrait de la Convention de Washington²⁹⁰⁷. En juin 2011, la Bolivie a dénoncé son TBI avec les États-Unis afin de mettre fin au mécanisme de RDIE²⁹⁰⁸. Le 22 avril 2013, lors d'une réunion ministérielle tenue en Équateur, sept pays d'Amérique latine (Bolivie, Cuba, République dominicaine, Équateur, Nicaragua, Saint-Vincent-et-les

²⁸⁹⁸ *Ibid.*

²⁸⁹⁹ *Ibid.*

²⁹⁰⁰ *Id.*, p.116

²⁹⁰¹ *Id.*, p. 128

²⁹⁰² *Ibid.*

²⁹⁰³ *Ibid.*

²⁹⁰⁴ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 417
Texte original: « The system that was created contained its own seeds of destruction as does every system that is not based on the use of legitimate sources. »

²⁹⁰⁵ UNCTAD, World Investment Report 2012, p.xxi

²⁹⁰⁶ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.233

²⁹⁰⁷ v. note de bas de page de la liste des États contractants et signataires de la Convention [en ligne : https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/2021_Sep.ICSID.FRE.pdf] [consulté le 9 octobre 2021]

²⁹⁰⁸ UNCTAD, World Investment Report 2012, p. 87, v. également Third World Network, « Latin American States form alliance to tackle investment treaties », *TWN*, le 30 avril 2013 [en ligne: <https://www.twn.my/title2/wto.info/2013/twninfo130408.htm>] [consulté le 5 octobre 2021]

Grenadines, Venezuela) ont adopté une déclaration sur les « États d'Amérique latine touchés par des intérêts transnationaux »²⁹⁰⁹. Selon le compte rendu de la réunion, l'engagement des traités d'investissement avait vocation d'attirer les investissements directs étrangers²⁹¹⁰ dans les années 1990, à l'apogée du néolibéralisme²⁹¹¹. Toutefois, les arbitrages coûteux « se sont en grande partie réglés en faveur d'intérêts privés du Nord, affectent non seulement les capacités fiscales des États mais remettant sérieusement en cause leur juridiction nationale – et, en définitive, l'exercice même de leur souveraineté »²⁹¹². Dans la déclaration, les ministres sont convenus d'établir un cadre institutionnel pour faire face aux défis posés par les entreprises transnationales, notamment les actions en justice intentées contre les gouvernements dans le cadre des TBI²⁹¹³. La déclaration soutient également la création d'un centre régional d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements et d'un observatoire international de coopération sur les litiges internationaux relatifs aux investissements²⁹¹⁴.

947. Des pays tels que le Brésil et l'Afrique du Sud ont affiché une attitude méfiante dès le début à l'égard des traités d'investissement de type classique incluant le mécanisme du RDIE²⁹¹⁵, et n'ont jamais été signataires de la Convention de Washington.

948. En même temps, le système asymétrique favorisant les entreprises multinationales au détriment des pays en développement a aujourd'hui suscité les mêmes préoccupations chez les États développés, qui sont également devenus défenseurs dans les arbitrages d'investissement²⁹¹⁶. Les sentences arbitrales en matière d'investissement ont également incité à la réflexion parmi les États promoteurs du régime, y compris les États-Unis, le Canada et les pays européens. Aux États-Unis, le régime de RDIE a été vigoureusement critiqué pour son utilisation dans des domaines non prévus par les États signataires, notamment dans le cadre de

²⁹⁰⁹ UNCTAD, World Investment Report 2013, p.114

²⁹¹⁰ Third World Network, « Latin American States form alliance to tackle investment treaties », *op.cit.*

²⁹¹¹ *Ibid.*

²⁹¹² *Ibid.*

Texte original: « These costly litigations, which to a greater extent have been settled favouring private interests from the North, not only affect the fiscal capabilities of the States and pose a serious challenge to their national jurisdiction – and, ultimately, the exercise of their very sovereignty. »

²⁹¹³ UNCTAD, World Investment Report 2013, p.114; v. également Third World Network, « Latin American States form alliance to tackle investment treaties », *TWN*, le 30 avril 2013 [en ligne: <https://www.twn.my/title2/wto.info/2013/twninfo130408.htm>] [consulté le 5 octobre 2021]

²⁹¹⁴ *Ibid.*; v. également Third World Network, « Latin American States form alliance to tackle investment treaties », *TWN*, le 30 avril 2013, *op.cit.*

²⁹¹⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.* p.5

²⁹¹⁶ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 417
Texte original: « The asymmetric system aimed at developing countries dragged in developed states as well. »

l'ALENA. Les prérogatives d'un pays souverain en matière de réglementation environnementale²⁹¹⁷ et de la santé publique²⁹¹⁸ ont été attaquées par les investisseurs étrangers.

949. Il est toutefois important de rappeler que la plupart des procédures du RDIE ont été initiées par les investisseurs en provenance des pays développés²⁹¹⁹. Cette tendance a perduré en 2018, malgré le contexte de retour de souveraineté²⁹²⁰. En 2019, 80 % des nouveaux arbitrages visaient les pays en développement²⁹²¹. Pourtant, des « preuves anecdotiques suggèrent qu'au moins certains, voire de nombreux pays en développement, n'ont pas apprécié leur exposition potentielle à l'arbitrage en vertu de ces traités lors de leur signature initiale »²⁹²². En 2019, 70 % des investisseurs à l'origine de ces arbitrages étaient issus de pays développés tels que le Royaume-Uni et les États-Unis²⁹²³. En effet, les pays développés sont également devenus des destinataires de capitaux étrangers, ce qui explique qu'ils soient également défendeurs dans les arbitrages du mécanisme du RDIE. Selon les chiffres de la CNUDCI, parmi toutes les notifications d'arbitrage déposées en 2014, 40 % concernaient les pays développés²⁹²⁴.

950. Les réflexions sur les déficiences du mécanisme du RDIE ont émergé dès les alentours de l'année 2000, mais il a fallu attendre jusqu'en 2012 pour que ces questions soient officiellement discutées au niveau des institutions internationales. Ce n'est qu'à partir de 2013 que le mécanisme du RDIE a été reconnu par la CNUDCI comme présentant des « déficiences systémiques » dans son rapport de la même année²⁹²⁵. Selon ce rapport, les arbitrages du mécanisme de RDIE ont attaqué plusieurs domaines clés pour le développement durable, notamment les infrastructures et l'atténuation du changement climatique²⁹²⁶. Le rapport de 2015 souligne que la législation et les mesures gouvernementales qui ont fait l'objet d'arbitrages d'investissement initiés par des investisseurs étrangers, concernent principalement les secteurs

²⁹¹⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Methanex Corporation v. United States of America, Metalclad Corporation v. The United Mexican States, Ethyl Corporation v. The Government of Canada.*

²⁹¹⁸ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*

²⁹¹⁹ UNCTAD, World Investment Report 2012, p. xxx; World Investment Report 2017, p. 115

²⁹²⁰ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 103

²⁹²¹ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 110

²⁹²² Jones C., Rao W., « (Un)stable BITs », *op.cit.*, p.249

Texte original : « Anecdotal evidence suggests that at least some, and possibly many, developing countries did not appreciate their potential exposure to arbitration under these treaties when they were initially signed »

²⁹²³ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 110

²⁹²⁴ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 112

²⁹²⁵ UNCTAD, World Investment Report 2013, p. xxi

²⁹²⁶ *Ibid.*

de la fourniture d'électricité, de gaz et d'eau, de la modernisation des ports et de la réglementation des producteurs d'énergie renouvelable²⁹²⁷.

951. Ainsi, dans son rapport du 2015, la CNUDCI a tiré des leçons des soixante dernières années sur le développement du régime de RDIE et la conclusion des TBI. À l'origine, ce régime a été conçu pour résoudre les différends par l'arbitrage, remplaçant ainsi les modes traditionnels de règlement des différends par diplomatie entre les États²⁹²⁸. Toutefois, comme tout autre traité international, les TBI conclus dans les années 1990 ont eu pour effet de limiter la souveraineté des États dans leur capacité à régler. Cela a soulevé des questions sur le fait de savoir si ces limitations sont allées trop loin²⁹²⁹. Les pays signataires prennent conscience de l'ampleur de la limitation de leur prérogative de réglementation à l'époque de la conclusion de ces traités et se demandent si les droits et les obligations ont été équilibrés de manière adéquate entre les États hôtes et les investisseurs étrangers²⁹³⁰. Ce rapport a résumé les principaux arguments contre les TBI de la première génération. Tout d'abord, ils ne garantissent pas l'augmentation des investissements étrangers, mais ils peuvent affecter négativement le droit souverain des pays hôtes de régler dans l'intérêt public²⁹³¹. Ensuite, le mécanisme de RDIE proposé dans la plupart de ces TBI expose les États hôtes à des risques financiers non prévus²⁹³². Selon les chiffres donnés par la CNUDCI pour les sentences en faveur des investisseurs, le montant moyen accordé était de 545 millions et la médiane de 20 millions (intérêts ou frais de justice exclus)²⁹³³. Enfin, les TBI de la première génération accordent aux investisseurs étrangers des privilèges pour chercher des indemnités dans le cadre du droit international de l'investissement, contrairement aux investisseurs nationaux²⁹³⁴.

952. À la suite de ces critiques, l'année 2017 s'est révélée être l'année avec le nombre le plus bas de nouveaux accords internationaux d'investissement depuis 1983. Le nombre de traités terminés a dépassé celui des nouveaux traités conclus²⁹³⁵. Pour l'année 2018, parmi les 28 traités dont les textes sont disponibles, on compte 4 traités qui n'ont pas prévu de mécanisme de RDIE, ou qui l'ont prévu sous réserve du droit de l'État de donner ou de refuser le

²⁹²⁷ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 115

²⁹²⁸ *Id.*, p. 125

²⁹²⁹ *Ibid.*

²⁹³⁰ *Ibid.*

²⁹³¹ *Id.*, p.130

²⁹³² *Id.*, p.130

²⁹³³ UNCTAD, World Investment Report 2017, p.118

²⁹³⁴ UNCTAD, World Investment Report 2015, p.130

²⁹³⁵ UNCTAD, World Investment Report 2018, p.88

consentement à l'arbitrage, ce que l'on appelle le régime du « consentement au cas par cas »²⁹³⁶. La même année, dans sa communication du 19 juillet 2018, la Commission européenne a confirmé qu'« une protection efficace et adéquate ne suppose pas une protection illimitée des investisseurs car les autorités publiques ont d'autres intérêts légitimes à prendre en compte »²⁹³⁷. Cette communication présente les orientations de la Commission européenne concernant la protection des investissements transfrontaliers dans l'UE, affirmant que l'arbitrage investisseur-État prévu par les TBI entre les États membres n'est pas compatible avec le droit de l'Union et que le mécanisme de RDIE est remplacé par le système juridictionnel des investissements.

II. Rééquilibre les différentes valeurs

953. Les « déficiences systémiques »²⁹³⁸ du mécanisme de RDIE ont mobilisé l'opinion publique en mettant en valeur l'importance du développement durable (A) et de la santé publique (B) comme des valeurs aussi essentielles que le libéralisme.

A. Le développement durable

954. Le conflit entre le libéralisme et la protection de l'environnement s'est manifesté dans plusieurs arbitrages intentés par des investisseurs. Ces investisseurs ont affirmé que le renforcement de la législation environnementale dans le pays d'accueil a violé les TBI ou les accords de libre-échange. En réponse, les ONG ont cherché à influencer l'opinion publique en faveur du développement durable plutôt que du libéralisme (1). Cette mobilisation a également eu un impact sur les arbitrages plus récents (2).

1) Mobilisation de l'opinion publique par ONG

955. Il est généralement considéré que le sujet relatif au rééquilibrage des droits et obligations a été soulevé dans le cadre de l'exécution de l'ALENA, notamment dans le contexte de déferlement des arbitrages²⁹³⁹. En raison du fait que le terrain appartenant à l'investisseur américain a été transformé en une zone écologique, le tribunal arbitral a considéré que cette

²⁹³⁶ UNCTAD, World Investment Report 2019, p.106

²⁹³⁷ Commission Européen, Communiqué de presse, « La Commission fournit des orientations sur la protection des investissements transfrontières dans l'UE - Questions et réponses », le 19 juillet 2018 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_18_4529] [consulté le 3 décembre 2021]

²⁹³⁸ UNCTAD, World Investment Report 2013, p. xxi

²⁹³⁹ Alschner W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *op.cit.*, p.4

mesure constituait une expropriation compensable dans l'affaire *Metalclad c. Mexique*²⁹⁴⁰. Plusieurs autres sentences arbitrales dans le cadre des TBI contre les pays en développement et développés ont suivi le même raisonnement. Pour rappel, des arbitrages importants tels que *Santa Elena c. Costa Rica*²⁹⁴¹ de 1996, *Azurix c. Argentine*²⁹⁴² de 2001, *Ethyl c. Canada*²⁹⁴³ de 1996 et *S.D. Myers c. Canada*²⁹⁴⁴ de 1998 ont été favorables aux investisseurs. De grandes entreprises minières ont également utilisé le mécanisme de RDIE pour menacer le gouvernement d'Indonésie de ne plus appliquer la loi destinée à protéger les forêts en interdisant les pratiques d'extraction à ciel ouvert²⁹⁴⁵. Ces sentences et l'abus du mécanisme de RDIE ont soulevé des questions sur la hiérarchisation de valeurs en cas de conflit direct entre deux d'entre elles.

956. Pour les défenseurs du libéralisme, le mécanisme du RDIE peut servir de voie par laquelle les investisseurs étrangers tentent de perpétuer leur contrôle dans les domaines de l'environnement qui appartiennent traditionnellement aux pays d'accueil²⁹⁴⁶. Cela se réalise en résistant au renforcement des mesures de protection de l'environnement et en cherchant à maintenir la libre utilisation de l'environnement pour leurs activités²⁹⁴⁷. En réalité, de tels conflits de valeurs existent partout de nos jours et ne se limitent pas au domaine du droit international de l'investissement. Les groupes d'intérêt cherchent une théorie qui les soutient et essaient d'établir les règles en fonction de cette théorie, tant en droit interne qu'en droit international.

957. En effet, l'opinion publique a été mobilisée par les ONG en s'opposant aux grandes entreprises multinationales, afin de faire en sorte que les mesures environnementales mises en place par les États ne soient pas compensables en cas de saisie du tribunal d'arbitrage pour expropriation indirecte par un investisseur. Ce mouvement exerce une influence importante en encourageant l'inclusion de la protection de l'environnement dans la nouvelle génération des traités d'investissement. De plus, ces opinions publiques ont contraint les arbitres à prendre en compte les valeurs qui avaient été négligées auparavant. Les ONG ont également la possibilité de soumettre leurs observations écrites en qualité d'*amicus curiae* afin de soutenir les pays

²⁹⁴⁰ *The United Mexican States v. Metalclad Corporation, op.cit.*

²⁹⁴¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, op.cit*

²⁹⁴² *Azurix Corp. v. The Argentine Republic, op.cit*

²⁹⁴³ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada, op.cit*

²⁹⁴⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, op.cit*

²⁹⁴⁵ Miles K., *The Origins of International Investment Law, op.cit.*, p.183

²⁹⁴⁶ *Id.*, p.154

²⁹⁴⁷ *Ibid.*

défendeur contre les attaques sur les mesures environnementales formulées par les investisseurs étrangers, comme cela a été le cas dans l'affaire *Mathanex c. États-Unis*. Plus précisément, il s'agit de la mobilisation de l'opinion publique dans le choix de la valeur la plus importante entre la protection de l'environnement et la garantie du libéralisme.

958. Le *Public Citizen's Global Watch* est l'une des ONG exerçant une influence importante. Son Président, Joan Claybrook, a indiqué que le chapitre 11 de l'ALENA « [n'est] pas tant une question de commerce que de créer de nouveaux droits puissants pour les entreprises et les investisseurs au détriment de l'intérêt public et de la gouvernance démocratique »²⁹⁴⁸. En ce qui concerne la proposition d'inclusion du mécanisme de RDIE lors des négociations de l'ALENA par l'administration George W. Bush, cette ONG a répondu que « ce mécanisme extraordinaire permet aux investisseurs privés et aux entreprises de poursuivre les gouvernements signataires de l'ALENA devant des tribunaux spéciaux afin d'obtenir une compensation en espèces pour les politiques ou actions gouvernementales qui, selon les investisseurs, violent leurs nouveaux droits en vertu de l'ALENA »²⁹⁴⁹. L'ONG a conclu que le mécanisme de RDIE, qui a été prévu pour protéger les investisseurs américains à l'étranger, a été utilisé pour contester les lois, les réglementations et les décisions gouvernementales en matière d'environnement aux niveaux fédéral et étatique aux États-Unis²⁹⁵⁰.

959. Plus tard, le mouvement contre le libéralisme est devenu global pendant les négociations des traités d'intégrations économiques suivants. Le *Citizens Trade Campaign*, représentant quatre cents groupes de travailleurs, de consommateurs et de l'environnement, a pétitionné devant le Congrès des États-Unis au sujet de multiples aspects perçus comme portant atteinte aux droits par le TPP²⁹⁵¹. Treize groupes thaïlandais, représentant les intérêts de l'environnement et des consommateurs, ont exhorté à repenser la position de la Thaïlande sur l'adhésion aux négociations du TPP²⁹⁵². Plus de quatre-vingts organisations de la société civile de neuf pays ont publié une déclaration s'opposant aux « droits excessifs des entreprises » dans

²⁹⁴⁸ Cité dans Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11 », *op.cit.*, p. 534

Texte original: « [is] not so much about trade as about creating powerful new rights for corporations and investors at the expense of the public interest and democratic governance »

²⁹⁴⁹ Cité dans Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 545

Texte original: « this extraordinary mechanism empowers private investors and corporations to sue NAFTA-signatory governments in special tribunals to obtain cash compensation for government policies or actions that investors believe violate their new rights under NAFTA »

²⁹⁵⁰ *Ibid.*

²⁹⁵¹ UNCTAD, World Investment Report 2013, p.105

²⁹⁵² *Ibid.*

l'AECG²⁹⁵³. Il existe ainsi des ONG composées à la fois d'Indiens et d'Européens, qui s'expriment contre le chapitre d'investissement du traité de libre-échange entre l'Union européenne et l'Inde²⁹⁵⁴. Ensuite, des ONG telles que l'IISD (« *International Institute for Sustainable Development* »), *Bluewater Network*, *Communities for a Better Environment and the Centre for International Environmental Law*, ont toutes soutenu les États-Unis en qualité d'*amicus* dans l'arbitrage de *Methanex c. États-Unis*²⁹⁵⁵.

960. Enfin, mis à part ces mouvements contre les traités d'intégration économique, certains contestent essentiellement le mécanisme de RDIE. La Professeure de droit à l'Université Harvard et sénateur de Massachusetts, Elizabeth Warren, dans son fameux article publié au Washington Post « *The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose* », a indiqué :

« Le RDIE permettrait aux entreprises étrangères de contester les lois américaines - et potentiellement de percevoir d'énormes paiements des contribuables - sans jamais mettre le pied devant un tribunal américain. [...] Si l'entreprise gagnait, la décision ne pourrait pas être contestée devant les tribunaux américains, et le tribunal arbitrale pourrait exiger des contribuables américains qu'ils versent des millions, voire des milliards, de dollars de dommages et intérêts. »²⁹⁵⁶

961. Il est important de remarquer qu'un tel mouvement ne se limite pas aux États-Unis ; les avocats en Australie et en Nouvelle-Zélande ont rejoint les avocats américains contre l'insertion de clause du RDIE dans le TPP²⁹⁵⁷.

962. En effet, l'opinion publique s'est tournée vers la valorisation de la protection de l'environnement au lieu du libéralisme. Elle soutient la prérogative d'État de mettre en place les mesures environnementales afin de protéger les intérêts publics. Ces opinions publiques considèrent que les investisseurs ont, de mauvaise foi, employé leur droit d'arbitrage dans un

²⁹⁵³ *Ibid.*

²⁹⁵⁴ *Ibid.*

²⁹⁵⁵ Mann H., « The Final decision in *Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*», *op.cit.*, p. 12

²⁹⁵⁶ Warren E., « *The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose* », *op.cit.*

Texte original : « ISDS would allow foreign companies to challenge U.S. laws — and potentially to pick up huge payouts from taxpayers — without ever stepping foot in a U.S. court.[...] If the company won, the ruling couldn't be challenged in U.S. courts, and the arbitration panel could require American taxpayers to cough up millions — and even billions — of dollars in damages. »

²⁹⁵⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2013*, p.105

domaine non prévu à cet effet, plaçant ainsi leur intérêt privé avant l'intérêt public et la santé publique²⁹⁵⁸.

963. Face à ces critiques et à l'évolution de l'opinion publique selon laquelle les mesures environnementales ne devraient pas être compensées dans le cadre des traités d'investissement, certains investisseurs qui ont initié des procédures d'arbitrage contre des pays développés ont avancé l'argument selon lequel les États hôtes étaient fortement influencés par des groupes de pression (« lobbyistes »). Ce faisant, ils cherchent à déguiser leur véritable motif, qui pourrait être perçu comme protectionniste. Un exemple illustrant cette stratégie est l'affaire *Ethyl c. Canada*²⁹⁵⁹ en 1996 précité, où la société Ethyl a remis en question une mesure environnementale mise en place par le Canada. La société soutenait que cette mesure n'était pas réellement motivée par des préoccupations environnementales, mais plutôt par l'intention de favoriser les investisseurs nationaux. De même, dans l'affaire *S.D. Myers c. Canada* en 1998, une réglementation environnementale a été contestée pour les mêmes raisons. Enfin, dans l'affaire *Methanex c. États-Unis* en 1999, des allégations de corruption ont été portées contre le gouvernement de Californie qui avait initié des mesures de contrôle environnemental. La stratégie adoptée par les investisseurs pour attaquer ces mesures environnementales suit une logique similaire. Ils affirmaient que ces mesures avaient été mises en place au nom de la protection de l'environnement, mais qu'en réalité, leur véritable motif était de protéger l'industrie nationale.

964. Face à cette guerre pour déterminer quelle est la valeur la plus importante, les juristes en droit international de l'investissement ont également pris part à cette bataille initiée par les ONG. Les sentences susmentionnées ont suscité d'importantes discussions et débats massifs.

965. Le Professeur Wälde a critiqué le rôle abusif des ONG, en indiquant que « [l]'opinion publique activée par les ONG peut en fin de compte permettre à une de ces organisations de contrôler le législateur national, de bloquer les accords internationaux, et, plus rarement, de soutenir ces accords (en particulier en utilisant l'arme des sanctions extraterritoriales) pour exercer une pression sur des gouvernements autrement inaccessibles »²⁹⁶⁰. Plus précisément, dans une perspective de pro-libéralisme, le Professeur Wälde a considéré que les investisseurs

²⁹⁵⁸ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p.4

²⁹⁵⁹ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, *op.cit.*

²⁹⁶⁰ Wälde T. *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, A. Pédone, 2004, p.33

doivent prendre en compte « le risque de réglementation excessive et injuste »²⁹⁶¹, dont les mesures environnementales sont particulièrement citées²⁹⁶². Il a notamment précisé que l'investisseur doit prévenir « le risque de harcèlement par les ONG motivées par des considérations environnementales ou la protection des droits de l'homme, le risque de sanctions politiquement motivées par le pays d'origine de l'investisseur (en particulier les États-Unis) constitue un nouvel aspect du risque »²⁹⁶³. Selon lui, même la raison pour l'échec du projet d'Accord multilatéral sur les investissements (AMI) en 1995 sous les auspices de l'OCDE doit partiellement attribuer à l'opposition des organisations environnementales non gouvernementales²⁹⁶⁴.

966. Pourtant, le Professeur Sornarajah est plutôt favorable à la considération des autres valeurs au lieu de privilégier uniquement le libéralisme. Il aborde le sujet dans une perspective de conflit normatif. Les ONG travaillent pour ce qu'elles croient être les intérêts des peuples du monde en développement et du monde dans son ensemble²⁹⁶⁵. Ces ONG ont donc manifesté leur opposition aux traités internationaux d'investissement tels que l'Accord multilatéral sur l'investissement, et le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement²⁹⁶⁶. Leur opposition est dirigée contre la promotion des investissements sans tenir compte de considérations concurrentes telles que la protection de l'environnement, les droits de l'homme, l'élimination de la corruption et l'éradication de la pauvreté²⁹⁶⁷. En même temps, pour les pays membres ayant accepté le mécanisme de RDIE dans leur TBI, le nombre d'affaires d'arbitrage intentées contre les pays en développement et les sommes importantes accordées au titre de dommages-intérêts dans ces arbitrages ont suscité une réflexion sur la légitimité de l'arbitrage d'investissement et la sagesse des traités d'investissement²⁹⁶⁸. Cette réflexion a été accentuée par le fait que des pays développés, comme les États-Unis, le Canada ou l'Australie, sont devenus les pays défendeurs dans les arbitrages liés aux traités d'investissement ou accord de libre-échange ayant introduit le mécanisme de RDIE pour les affaires d'investissement²⁹⁶⁹. En conséquence, le conflit normatif a impliqué différentes parties qui ont, chacune jouant un rôle spécifique. Parfois, le rôle d'ONG correspond à l'intérêt des pays qui cherchent à encadrer la

²⁹⁶¹ *Id.*, p. 35

²⁹⁶² *Ibid.*

²⁹⁶³ *Id.*, p. 35-36

²⁹⁶⁴ *Id.*, p. 23

²⁹⁶⁵ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p. 5

²⁹⁶⁶ *Ibid.*

²⁹⁶⁷ *Ibid.*

²⁹⁶⁸ *Ibid.*

²⁹⁶⁹ *Ibid.*

priorité inconditionnelle accordée au libéralisme de l'investissement. Ces ONG se sont donc engagées dans la promotion de questions spécifiques, telles que la protection de l'environnement contre les activités dangereuses des sociétés multinationales ou la protection des droits de l'homme contre les violations perpétrées par les élites des États en association avec des sociétés multinationales²⁹⁷⁰. En revanche, les grands cabinets d'avocats sont dans une position de défense du RDIE, principalement en raison du fait que l'arbitrage en matière d'investissement international est susceptible de générer des honoraires importants²⁹⁷¹, de même pour les arbitres²⁹⁷². Ainsi, les arbitres et les praticiens ont tendance à promouvoir des règles qui répondent à leurs intérêts en maintenant la volatilité dans la région, en garantissant de larges bases de responsabilité et en continuant à faire de l'arbitrage un moyen de règlement des différends en matière d'investissement²⁹⁷³.

967. De côté des États-Unis, il faut signaler que la plupart des TBI ou des accords du libre-échange signés par les États-Unis avant l'ALENA sont avec des pays en développement²⁹⁷⁴. Il est peu probable que l'administration américaine envisage qu'un investisseur en provenance de ces pays attaque les États-Unis²⁹⁷⁵. L'ALENA est le premier traité d'intégration économique négocié par les États-Unis et signé avec ses voisins, qui ont des échanges commerciaux intensifs. Ce traité a intégré dans ses clauses le mécanisme de RDIE. Son objectif initial a été de forcer le Mexique à abandonner la doctrine Calvo, qui se référait au système juridique national pour les différends avec les investisseurs américains²⁹⁷⁶. Finalement, il existe plus de contentieux entre deux pays développés, le Canada et les États-Unis, qu'avec le Mexique²⁹⁷⁷. De plus, selon les chiffres de la CNUDCI, 20 % des arbitrages totaux jusqu'en 2017 ont été invoqués soit au titre du Traité sur la Charte d'Énergie (113 cas), soit au titre de l'ALENA (61 cas)²⁹⁷⁸. En prenant en compte le nombre des TBI existants, les investisseurs américains et canadiens sont beaucoup plus actifs dans l'emploi de l'outil du mécanisme de RDIE par rapport aux investisseurs originaires d'autres pays.

²⁹⁷⁰ *Id.*, p.11

²⁹⁷¹ *Ibid.*

²⁹⁷² *Ibid.*

²⁹⁷³ *Ibid.* v. également Puig S., « *Social Capital in the Arbitration Market* », *op.cit.*

²⁹⁷⁴ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.234

²⁹⁷⁵ *Ibid.*

²⁹⁷⁶ *Id.*, p. 232-233

²⁹⁷⁷ *Id.*, p. 237

²⁹⁷⁸ UNCTAD, World Investment Report 2018, p. 93

968. Tous ces acteurs ont été mobilisés pour changer l'opinion publique et accepter qu'à part le libéralisme, la protection de l'environnement et d'autres valeurs doivent également être prises en compte.

969. Dans une perspective de chronologie, de *Metalclad c. Mexique*²⁹⁷⁹, *Ethyl c. Canada*²⁹⁸⁰, *S.D. Myers c. Canada*²⁹⁸¹, *Methanex c. États-Unis*²⁹⁸², dont les notifications d'arbitrage sont enregistrées respectivement en 1997, 1997, 1998 et 1999, les positions des arbitres ont connu des changements. Les mesures environnementales, considérées comme légitimes mais compensables, sont devenues non compensables. Il s'agit d'un effort commun tant des ONG que des États.

970. Enfin, les opinions publiques sont très divisées après la victoire de *Methanex c. États-Unis*. Certaines ONG sont devenues anti-FTA (« *Free Trade Agreements* ») et anti-RDIE. Toutefois, les États-Unis ne souhaitent pas abandonner le mécanisme. Ils décident de corriger les lacunes constatées lors d'exécution de l'ALENA. Pour rappel, les États-Unis ont ajouté les dispositions dans les nouveaux traités de libre-échange pour que les législations dans l'intérêt public, telles que la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, ne constituent pas des expropriations indirectes. Ces nouveaux accords conclus après l'ALENA concernent l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour signé en mai 2003, celui signé avec le Chili la même année, et en 2004 avec l'Australie²⁹⁸³. En même temps, les modèles de TBI des États-Unis ont inclus ces modifications depuis 2004. La CNUDCI, dans son rapport annuel de 2015 a reconnu que ces modèles mis à jour démontrent que les objectifs de protection des investissements et de libéralisation des traités relatifs aux investissements ne doivent pas être poursuivis au détriment de la protection de la santé, de la sécurité, de l'environnement et de la promotion des droits du travail internationalement reconnus²⁹⁸⁴.

²⁹⁷⁹ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, *op.cit.*

²⁹⁸⁰ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, *op.cit.*

²⁹⁸¹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, *op.cit.*

²⁹⁸² *Methanex Corporation v. United States of America*, *op.cit.*

²⁹⁸³ Pour rappel, l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis signé en août 2004 ne contient pas de disposition concernant le mécanisme de RDIE.

²⁹⁸⁴ World Investment Report 2015, p. 124

2) Les arbitrages récents

971. Les efforts initiés par les ONG dans les pays développés exercent également un effet sur les arbitrages d'investissement suivants, démontrant une prise en compte croissante de la responsabilité sociale des investisseurs.

972. L'arbitrage *Pac Rim c. Salvador*²⁹⁸⁵ a été notifié en avril 2009 et la sentence finale a été rendue en 2016. L'investisseur est une entreprise canadienne ayant une filiale aux États-Unis²⁹⁸⁶, faisant référence à l'accord CAFTA signé entre les États-Unis et les pays d'Amérique centrale, suite au refus d'accorder la concession d'exploitation minière d'or par le gouvernement d'El Salvador²⁹⁸⁷. Selon l'investisseur, avec le soutien du gouvernement, le projet minier de l'investisseur avait entamé des travaux d'exploitation coûteux²⁹⁸⁸. En ce qui concerne la demande de concession d'exploitation pour le projet, le ministère d'économie a proposé l'amendement de la loi minière pour favoriser l'obtention des concessions l'investissement en limitant la concession aux seules parties de terre où l'infrastructure se trouvait, mais pas sur l'ensemble de la surface²⁹⁸⁹. Toutefois, un tel projet d'amendement n'a pas été adopté par l'Assemblée législative²⁹⁹⁰. Au contraire, le président d'El Salvador a indiqué à la presse qu'il s'opposait à l'octroi de permis pour de nouvelles exploitations minières, et que l'or ne pouvait être exploité que pour stimuler l'économie sans causer des dommages à l'environnement²⁹⁹¹. Un an plus tard, le président a également confirmé qu'il ne souhaitait surtout pas accorder le permis à l'investisseur Pac Rim²⁹⁹². Dans ce contexte, l'investisseur a notifié son attention d'arbitrage. Concernant le jugement, le tribunal a rejeté l'application de l'accord CAFTA, car cela exigeait une activité commerciale substantielle sur le territoire conformément à l'article 10.20.2 du CAFTA afin de bénéficier la protection en qualité d'investisseur étranger d'un État contractant. De ce fait, la filiale aux États-Unis n'était qu'une société écran sans implantation géographique pour ses activités, ce qui ne constituait pas une activité commerciale substantielle²⁹⁹³. Toutefois, le Tribunal a admis sa juridiction basée sur la loi d'investissement d'El Salvador²⁹⁹⁴. Sur le sujet de l'environnement, le Tribunal a accepté le *Center for*

²⁹⁸⁵ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12

²⁹⁸⁶ *Id.*, Award, paragr.1.1

²⁹⁸⁷ *Id.*, paragr. 3.6

²⁹⁸⁸ *Id.*, paragr. 6.13

²⁹⁸⁹ *Id.*, paragr. 6.64

²⁹⁹⁰ *Id.*, paragr. 6.124

²⁹⁹¹ *Id.*, paragr. 6.125

²⁹⁹² *Id.*, paragr. 6.129

²⁹⁹³ *Id.*, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, paragr. 4.74-4.75

²⁹⁹⁴ *Id.*, paragr. 5.48; v. également Award, paragr. 1.9, 2.17

International Environmental Law (ci-après le « CIEL ») ainsi que six organisations en tant qu'*amici curiae*. La soumission écrite du CIEL a soutenu les mesures prises par le gouvernement d'El Salvador basées sur les droits de l'homme et la protection d'une bonne santé, corrélée à la nécessité d'un environnement sain, car la mine pourrait contaminer une importante source d'eau potable²⁹⁹⁵. Toutefois, en l'absence d'accord conjoint des deux parties, le CIEL n'a pas pu avoir accès à la masse de preuves factuelles de l'arbitrage, et l'audience ne s'est pas déroulée en public²⁹⁹⁶. C'est la raison pour laquelle le Tribunal n'a pas pris en compte ces soumissions écrites. Ainsi, les décisions du Tribunal n'exigent pas, ni est-il approprié de prendre en considération spécifique sur les soumissions écrites fournies par le CIEL²⁹⁹⁷. Au contraire, l'analyse de Tribunal est essentiellement basée sur les demandes pour accorder la concession selon la loi minière, car l'investisseur avait été confiant sur la proposition de la modification législative de ministère d'économie pour favoriser l'obtention de la concession, alors que cela n'a pas été le cas au final²⁹⁹⁸, et l'interprétation de l'investisseur, différente de celle du gouvernement sur la loi, n'a pas été acceptée par le Tribunal après d'avoir reçu deux avis juridiques du juriste académique et du secrétariat présidentiel²⁹⁹⁹. Enfin, le tribunal a jugé qu'il serait tronqué indûment la loi de limiter son application uniquement à la partie de la surface directement touchée par l'infrastructure minière, sans prendre en compte les risques posés aux propriétaires ou occupants de la surface lorsque la concession a été concédée pour une durée de 30 ans³⁰⁰⁰. Le tribunal a rejeté toutes les demandes de dommages-intérêts invoquées par le demandeur, pour un montant de plus de 300 millions dollars US³⁰⁰¹.

973. Dans l'affaire *Burlington c. Équateur*³⁰⁰², notifiée en juin 2009, le différend entre l'entreprise américaine et le gouvernement équatorien concernait la distribution des bénéfices économiques de l'extraction des pétroles³⁰⁰³, suite à la flambée des prix du pétrole depuis 2002, qui a doublé en 2005 et a continué à augmenter jusqu'en 2008³⁰⁰⁴. La sentence a été rendue en février 2017. En même temps, le pays d'accueil a saisi devant le tribunal arbitral d'une demande reconventionnelle, dont la décision a été rendue également en 2017. En effet, les deux blocs

²⁹⁹⁵ *Id.*, paragr.3.28-3.29

²⁹⁹⁶ *Id.*, paragr.3.30

²⁹⁹⁷ *Id.*, paragr.8.30

²⁹⁹⁸ *Id.*, paragr.8.31

²⁹⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰⁰ *Id.*, paragr.8.32

³⁰⁰¹ *Id.*, paragr.12.1

³⁰⁰² *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5

³⁰⁰³ *Id.*, Decision on Liability, paragr.6

³⁰⁰⁴ *Id.*, paragr.24

d'exploitation se sont situés dans les régions amazoniennes³⁰⁰⁵. Concernant l'arbitrage saisi par l'investisseur, le contrat de service signé avec l'Équateur prévoyait des dispositions détaillées sur l'allocation de la production de pétrole en fonction des volumes produits, avec un ajustement possible en fonction de la qualité de l'huile³⁰⁰⁶. Toutefois, les deux parties ne s'accordaient pas sur le fait de savoir si la disposition d'allocation concernait le prix du pétrole ou non. La renégociation entre l'investisseur et l'État n'a pas abouti, ce qui a poussé l'Équateur à promulguer la loi fiscale 42. Cette loi stipulait que l'investisseur devrait accorder à l'État équatorien une participation d'au moins 50 % sur les revenus extraordinaires causés par la différence de prix selon le prix de marché d'avril 2006 à octobre 2007³⁰⁰⁷ et puis 99% de novembre à mars 2009³⁰⁰⁸. Le tribunal a considéré que la loi fiscale 42 à taux 99% constituait une expropriation indirecte³⁰⁰⁹, tandis que la loi fiscale 42 à taux 50% n'a pas constitué comme une privation substantielle³⁰¹⁰. L'Équateur est donc condamné à 380 millions de dollars américains par le Tribunal³⁰¹¹. Quant à la demande reconventionnelle portant sur les dommages à l'environnement, près de 2,5 millions de mètres cubes de sol et toutes les nappes phréatiques testées étaient polluées par des hydrocarbures, des métaux ou les deux, selon l'expert environnemental du côté équatorien³⁰¹². Le Tribunal a non seulement admis sa juridiction, mais a également condamné l'investisseur à payer 39 millions pour la restauration de l'environnement³⁰¹³. Le résultat de la demande reconventionnelle est considéré comme une réussite exceptionnelle³⁰¹⁴. En effet, les parties ont conclu d'un accord spécifique en mai 2011 permettant la demande reconventionnelle par l'État d'accueil sur l'exploitation de deux blocs concernés³⁰¹⁵.

974. Un autre arbitrage est étroitement lié à l'affaire *Burlington c. Équateur*, à savoir *Perenco c. Équateur*³⁰¹⁶, notifié en mai 2009, dont la décision d'arbitrage a été rendue en février 2020.

³⁰⁰⁵ *Id.*, Decision on Ecuador's Counterclaims, paragr. 36

³⁰⁰⁶ *Id.*, Decision on Liability, paragr. 7

³⁰⁰⁷ *Id.*, paragr. 420

³⁰⁰⁸ *Id.*, paragr. 432

³⁰⁰⁹ *Id.*, paragr. 546

³⁰¹⁰ *Id.*, paragr. 455

³⁰¹¹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, paragr.635

³⁰¹² *Id.*, Decision on Ecuador's Counterclaims, paragr. 52

³⁰¹³ *Id.*, paragr. 1099

³⁰¹⁴ Shao X., « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°1, mars 2021, p.158

³⁰¹⁵ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims, paragr. 60-62

³⁰¹⁶ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6

L'investisseur Perenco faisait partie d'un consortium en tant que partenaire de Burlington pour l'exploration d'hydrocarbures conformément à la loi équatorienne³⁰¹⁷. L'expropriation indirecte de la loi fiscale 42 n'a pas été établie par le Tribunal pour un taux de 50%³⁰¹⁸. L'Équateur est condamné à 449 millions de dollars américains au titre d'expropriation³⁰¹⁹ pour la loi fiscale 42 au taux de 99%³⁰²⁰. L'investisseur, quant à lui, est condamné à payer 54 millions de dollars américains pour la restauration de l'environnement et des infrastructures suite à la demande de reconventionnelle de l'Équateur³⁰²¹.

975. Dans l'arbitrage *Churchill Mining c. Indonésie*³⁰²², dont la notification d'arbitrage est datée du 20 avril 2012 et la sentence a été rendue en décembre 2016, les licences d'exploitation minière et les approbations connexes, prétendument à la base de l'investissement par l'investisseur anglais³⁰²³, ont été falsifiées et fabriquées³⁰²⁴. Le tribunal en a donc conclu que le principe général de bonne foi et l'interdiction de l'abus de procédure impliquent que les demandes qui lui sont soumises ne peuvent bénéficier de la protection des investissements en vertu des traités, et sont par conséquent jugés irrecevables³⁰²⁵.

976. Toutefois, d'autres arbitrages démontrent qu'une telle pondération sur les valeurs autre que le libéralisme n'est pas forcément partagée par les arbitres.

977. L'intention d'arbitrage *Clayton/Bilcon c. Canada*³⁰²⁶ a été notifiée le 5 février 2008 et la sentence a été rendue en 2015. Cette sentence d'arbitrage s'est révélée surprenante au regard de la position adoptée par le Tribunal, qui a favorisé le libéralisme, tout comme les anciens arbitrages largement critiqués³⁰²⁷. En effet, une telle approche était pourtant considérée comme ayant été abandonnée et la nouvelle tendance tend vers un meilleur équilibre entre les intérêts

³⁰¹⁷ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, paragr.15

³⁰¹⁸ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, paragr. 671-687

³⁰¹⁹ *Id.*, Award, paragr.1023

³⁰²⁰ *Id.*, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, paragr.713

³⁰²¹ *Id.*, Award, paragr. 1023

³⁰²² *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40

³⁰²³ *Id.*, Claimant's Letter to the President of the Republic of Indonesia, a Request for Legal Protection, p.2

³⁰²⁴ *Id.*, Award, paragr.106

³⁰²⁵ *Id.*, paragr.528

³⁰²⁶ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04

³⁰²⁷ Schacherer S., *Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Martin Dietrich Brauch(dirs.), IISD, 2018, p.55

publics et privés³⁰²⁸. Les investisseurs, tous nationaux des États-Unis³⁰²⁹, ont proposé d'exploiter une carrière et un terminal marine en Nouvelle-Écosse au Canada³⁰³⁰. Lorsque le projet a suscité des préoccupations du public³⁰³¹, une longue évaluation environnementale, requise par gouvernement, a été effectuée par l'investisseur³⁰³². Selon cette évaluation, les deux gouvernements ont rejeté le projet pour des motifs environnementaux³⁰³³, bien que le projet ait bénéficié de l'encouragement du comté local et du gouvernement fédéral du Canada³⁰³⁴. Les attentes légitimes des investisseurs quant aux bénéfices ont été jugées violées par le gouvernement canadien, selon le tribunal arbitral, en vertu de l'ALENA³⁰³⁵. Le Canada a été condamné pour un montant de 7 millions de dollars américains en raison d'une violation de l'ALENA³⁰³⁶. Les juristes considèrent que le Tribunal n'a pas suffisamment pris en compte les attentes des investisseurs par rapport les objectifs de protection de l'environnement³⁰³⁷. À la suite de cette sentence, les juristes ont estimé que la seule solution pour résoudre les contradictions entre les différentes sentences d'arbitrage est de renégocier et de modifier les traités d'investissement³⁰³⁸. Cette affaire pourrait également être l'une des raisons pour lesquelles le Canada a délibérément exclu le mécanisme de RDIE dans l'ACEUM de 2020, qui remplace l'ALENA.

978. Un autre exemple démontre que, bien que les préoccupations environnementales soulevées par le pays d'accueil soient admises par les arbitres, elles doivent être soutenues par des études techniques et des recherches scientifiques invoquées en temps opportun et de manière transparente pour un projet spécifique d'investissement³⁰³⁹. L'entreprise canadienne Crystallex a notifié son intention d'arbitrage contre le Venezuela en juin 2012 et la décision du tribunal arbitral a été rendue en avril 2016³⁰⁴⁰. Le différend entre les deux parties avait trait au refus d'accorder la concession par le Venezuela dans la région *Las Cristinas*, considérée comme l'une des plus grandes mines d'or non développées³⁰⁴¹. Selon le Tribunal, il est admis que le

³⁰²⁸ *Ibid.*

³⁰²⁹ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, paragr. 1

³⁰³⁰ *Id.*, paragr. 5

³⁰³¹ *Id.*, paragr. 162

³⁰³² *Id.*, paragr. 5

³⁰³³ *Ibid.*

³⁰³⁴ *Id.*, paragr. 455

³⁰³⁵ *Id.*, paragr. 282

³⁰³⁶ Award on Damages, paragr. 400

³⁰³⁷ Schacherer S., *Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, *op.cit.*, p. 55

³⁰³⁸ *Ibid.*

³⁰³⁹ *Id.*, p. 49

³⁰⁴⁰ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2

³⁰⁴¹ *Id.*, Award, paragr. 6

Venezuela avait le droit ainsi que la responsabilité de lever les préoccupations liées au réchauffement climatique, aux questions environnementales, à la biodiversité et à toute autre question connexe³⁰⁴². Toutefois, la référence aux raisons environnementales dans la lettre de refus est considérée comme arbitraire et manquant de transparence et de cohérence³⁰⁴³. En effet, le réchauffement climatique n'a même pas été soulevé une seule fois tout long du processus annuel d'examen et rien dans le dossier administratif relatif à toute analyse de la problématique du réchauffement climatique ou des émissions de carbone en relation avec le projet *Las Cristina*³⁰⁴⁴ n'apparaît. Selon le Tribunal, le refus de concession fondé sur la préoccupation environnementale doit être soutenu par des données ou des études scientifiques³⁰⁴⁵. Ainsi, une expropriation indirecte est considérée constituée lorsqu'une décision au plus haut niveau de l'État est prise pour évincer l'investisseur et pour que le gouvernement reprenne la mine en main, ainsi que des annonces politiques sur la « reprise de Las Cristinas »³⁰⁴⁶. Enfin, à la différence de *Bear Creek c. Pérou*³⁰⁴⁷, dont l'investisseur n'est remboursé que pour les coûts irrécupérables, un standard de la réparation complète est appliqué par le Tribunal, dont la rentabilité future a été également prise en compte³⁰⁴⁸. Le Venezuela est alors condamné par le tribunal pour un montant de 1,202 millions de dollars américains³⁰⁴⁹.

B. Autres valeurs

979. Hormis le développement durable, les autres valeurs qui ont été admises par le Tribunal arbitral sont la santé publique (1) ainsi que les droits de l'homme (2).

1) La santé publique

980. En plus de la sentence arbitrale la plus récente dans le cadre l'ALENA contre les États-Unis, qui concerne *Apotex Inc. c. États-Unis*³⁰⁵⁰ précitée en matière de santé publique, un autre cas des plus connus dans ce domaine est l'industrie du tabac. Les affaires *Philip Morris c.*

³⁰⁴² *Id.*, paragr.591

³⁰⁴³ *Ibid.*

³⁰⁴⁴ *Id.*, paragr.592

³⁰⁴⁵ *Id.*, paragr.596

³⁰⁴⁶ *Id.*, paragr.683-684

³⁰⁴⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21

³⁰⁴⁸ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, paragr.846

³⁰⁴⁹ *Id.*, paragr.917

³⁰⁵⁰ *Apotex Inc. v. United States of America*, UCITRAL, *op.cit.*; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, *op.cit.*

*Australie*³⁰⁵¹, notifiée en 2011, et *Philip Morris c. Uruguay*³⁰⁵², notifiée en 2010, sont deux récentes sentences liées qui ont suscité beaucoup d'attention. En effet, Philip Morris, en tant qu'une entreprise internationale spécialisée dans les produits du tabac, attaque les législations en santé publique d'Australie et d'Uruguay en indiquant que ces législations ont porté atteinte aux droits des investisseurs dans le cadre des TBI³⁰⁵³.

981. Dans *Philip Morris c. Australie*³⁰⁵⁴, le dossier a présenté le typique « chalandage de traités ». Le groupe Philip Morris a transféré le contrôle de ses filiales australiennes afin d'invoquer un traité bilatéral conclu entre Hongkong et l'Australie³⁰⁵⁵ contre une législation australienne dénommée Tobacco Plain Packaging Act 2011 (ci-après, TPP 2011)³⁰⁵⁶. Philip Morris a déclaré que cette loi interdisait la propriété intellectuelle de la société sur l'emballage de ses produits tabac et a donc diminué la valeur de son investissement en Australie³⁰⁵⁷. La procédure d'arbitrage a duré plus de sept ans, de 2011 à 2017³⁰⁵⁸. Le Tribunal a considéré que sa demande constituait un abus de droit visant à changer la structure d'entreprise afin d'obtenir la protection d'un traité d'investissement au moment où un litige était prévisible³⁰⁵⁹. Le Tribunal a donc conclu que les réclamations soulevées dans cette sentence d'arbitrage sont irrecevables et qu'il n'a pas le droit d'exercer sa compétence sur ce différend³⁰⁶⁰. Outre ce « chalandage de traité », le TPP 2011 a été promulgué par le biais d'une procédure régulière liée à la santé publique³⁰⁶¹, en faisant ainsi une législation d'intérêt public. C'est cette caractéristique qui a suscité une attention considérable autour de cette sentence d'arbitrage³⁰⁶².

³⁰⁵¹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12

³⁰⁵² *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)

³⁰⁵³ Fadlallah I., Leban C., Teynier E., Achtouk-Spivak L., *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *CAPJIA*, n°4, 1^{er} décembre 2016, p.3[base de données]

³⁰⁵⁴ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, [en ligne: <https://www.italaw.com/cases/851>] [consulté le 9 août 2021]

³⁰⁵⁵ Fadlallah I., Leban C., Teynier E., Achtouk-Spivak L., *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *op.cit.*, p.3

³⁰⁵⁶ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, *op.cit.*, Award on Jurisdiction and Admissibility, paragr.5

³⁰⁵⁷ *Id.*, paragr.7

³⁰⁵⁸ La sentence finale du juillet 2017 trait la question de frais.

³⁰⁵⁹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, *op.cit.*, Award on Jurisdiction and Admissibility, *Id.*, paragr.585

³⁰⁶⁰ *Id.*, paragr.588

³⁰⁶¹ *Id.*, paragr. 165 -182

³⁰⁶² v.Fadlallah I., Leban C., Teynier E., Achtouk-Spivak L., *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *op.cit.*, p.3[base de données], Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p. 56; Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 3

Les juristes américains ont, encore une fois, critiqué l'abus du mécanisme de RDIE par l'investisseur³⁰⁶³.

982. En ce qui concerne *Philip Morris c. Uruguay*³⁰⁶⁴, la requête est basée sur le TBI Suisse-Uruguay. La procédure a duré de 2010 à 2016. Cette fois-ci, Philip Morris a attaqué une mesure qui prévoyait une exigence de présentation unique empêchant les fabricants de tabac de commercialiser plus d'une variante de cigarette par famille de marques³⁰⁶⁵, et l'augmentation de la taille des avertissements de santé graphiques apparaissant sur les paquets de cigarettes (le « Règlement 80/80 »)³⁰⁶⁶. Philip Morris a donc saisi le Tribunal en soutenant que l'Uruguay avait violé le TBI concernant le traitement de marques de commerce associées aux marques de cigarettes dans lesquelles les demandeurs avaient investi³⁰⁶⁷. En conséquence, la question essentielle est celle de savoir si seules les marques détenues par l'investisseur en Uruguay peuvent être considérées comme un investissement selon le TBI entre la Suisse et l'Uruguay, contesté par l'État hôte³⁰⁶⁸. En raison d'une définition vague tant de l'article 25(1) de la convention CIRDI que de l'article 1 du TBI, le tribunal a considéré qu'il n'est pas exclu que les marques puissent être qualifiées d'investissement³⁰⁶⁹. Toutefois, la réclamation de Philip Morris, selon laquelle les mesures ayant un effet sur les marques de commerce sont constitutives d'une expropriation, a été rejetée par le tribunal. Il a été considéré que le titre légal de la propriété représentant l'investissement des demandeurs n'a pas été affecté par les mesures contestées³⁰⁷⁰. En effet, les mesures du gouvernement affectant les droits de l'investisseur doivent avoir une influence négative majeure sur les investissements des demandeurs pour

³⁰⁶³ Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *op.cit.*, p. 2-3

³⁰⁶⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *op.cit.*

³⁰⁶⁵ En effet, l'exigence de présentation unique exige que chaque marque de cigarette ait une « présentation unique » et interdit des conditionnements différents ou des « variantes » pour les cigarettes vendues sous une marque donnée. Avant la promulgation de la loi, Abal vendait plusieurs variétés de produits sous chacune de ses marques (par exemple, « Marlboro Red », « Marlboro Gold », « Marlboro Blue » et « Marlboro Green (menthe fraîche) »). Suite à l'ordonnance 514, Abal a cessé de vendre toutes les variantes de produits de chaque marque, sauf une, dont elle détient ou détient des licences (par exemple, seulement « Marlboro Rouge »). Les demandeurs ont allégué que cette mesure et l'absence de ventes de variantes ont eu un impact considérable sur la valeur de l'entreprise. *v. Id.*, Award, paragr. 10

³⁰⁶⁶ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *op.cit.*, Award, paragr. 9

³⁰⁶⁷ *Ibid.*

³⁰⁶⁸ *Id.*, paragr. 176-182

³⁰⁶⁹ *Id.*, paragr. 193-210

³⁰⁷⁰ *Id.*, paragr. 191-192

constituer une expropriation indirecte et doivent avoir rendu presque sans valeur les droits restant à l'investisseur³⁰⁷¹. Ceci n'est donc pas le cas pour Philip Morris.

983. À la suite de ces deux affaires, les juristes français ont conclu que ces plaintes portées par le groupe fabricant de tabac « ont entraîné une prise de conscience de la part des États de la nécessité d'éviter que les choix souverains opérés en matière de protection de la santé puissent être valablement contestés devant des tribunaux arbitraux d'investissement »³⁰⁷².

2) Les droits de l'homme

984. Il est important de remarquer que les droits de l'homme comportent une série de droits, tels que définis dans la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 à Paris. Cette déclaration a également été référencée dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, cela inclut non seulement les droits politiques³⁰⁷³, mais ainsi une série de droits plus larges, tels que le droit d'accéder dans des conditions d'égalité aux fonctions publiques de son pays³⁰⁷⁴, le droit d'avoir un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être, notamment en matière d'alimentation, d'habillement, de logement, de soins médicaux, ainsi que les services sociaux nécessaires³⁰⁷⁵. Il comprend également le droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse, etc³⁰⁷⁶. En conséquence, nous avons observé que dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*³⁰⁷⁷, le droit à l'eau a également été considéré comme un droit de l'homme. De même, dans l'affaire *Bear Creek c. Pérou*³⁰⁷⁸, le respect des peuples indigènes et tribaux a été reconnu comme un droit de l'homme.

985. En plus de la déclaration susmentionnée, il est également admis, dans le préambule de la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail (ci-après, OIT), que les peuples indigènes et tribaux doivent bénéficier des droits de l'homme fondamentaux au même degré, notamment s'agissant de leurs aspirations à exercer un contrôle sur leurs propres institutions,

³⁰⁷¹ *Ibid.*

³⁰⁷² Fadlallah I., Leban C., Teynier E., Achtouk-Spivak L., *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *op.cit.*, p.3[base de données]

³⁰⁷³ Déclaration universelle des droits de l'homme, Article 2,

³⁰⁷⁴ *Id.*, Article 21

³⁰⁷⁵ *Id.*, Article 25

³⁰⁷⁶ *Ibid.*

³⁰⁷⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26

³⁰⁷⁸ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21

modes de vie et développement économique et à maintenir et développer leurs identités, langues et religions, au sein des États dans lesquels ils vivent.

986. L'affaire *Bear Creek c. Pérou* a été notifiée par un investisseur canadien en 2015 et la sentence a été rendue par le Tribunal en 2017. L'investisseur canadien, après avoir obtenu la concession d'une mine d'argent³⁰⁷⁹, n'a pu obtenir une « licence sociale »³⁰⁸⁰ pour étudier l'impact environnemental et social, pour laquelle un mécanisme de participation communautaire est requis³⁰⁸¹, à la suite d'une opposition forte et violente de la communauté locale³⁰⁸². Le Tribunal a reconnu que l'investissement a été réalisé dans un territoire au sein duquel les droits de nombreuses communautés indigènes, en vertu notamment de la Convention 169 de l'OIT susmentionnée, étaient pleinement respectés et pris en compte³⁰⁸³. Le Tribunal a toutefois considéré que l'expropriation indirecte est fondée³⁰⁸⁴, car le gouvernement a publié une nouvelle loi révoquant l'ancienne afin de traiter les manifestations violentes contre le projet³⁰⁸⁵, ce qui a eu un impact économique évident³⁰⁸⁶, privant le demandeur de tous les principaux droits légaux³⁰⁸⁷. Il est considéré que le gouvernement doit établir un cadre juridique qui garantit la cohérence d'un processus de consultation et de ses résultats, conformément à la demande de la Convention 169 de OIT³⁰⁸⁸. En même temps, en ce qui concerne le calcul d'indemnité, le tribunal a considéré que l'investisseur n'a pas pu justifier la rentabilité du projet³⁰⁸⁹, seul le coût irrécupérable faisant d'objet d'une compensation, représentant 3 % de dommages réclamés par l'investisseur³⁰⁹⁰. L'opinion partiellement dissidente du Professeur Sands a considéré que les troubles sociaux massifs et croissants sont partiellement dus au projet d'investissement, ne laissant au gouvernant aucune autre option que de protéger le bien-être de ses citoyens³⁰⁹¹. En conséquence, la compensation doit être réduite de moitié³⁰⁹².

³⁰⁷⁹ *Id.*, Award, paragr.128

³⁰⁸⁰ *Id.*, paragr.177

³⁰⁸¹ *Id.*, paragr.168-169

³⁰⁸² *Id.*, paragr.153, 155, 178-201

³⁰⁸³ *Id.*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands (English), paragr.7

Texte original: « the Parties broadly agree that the investment was made in an area in which the rights of numerous indigenous communities - under national and international law-were fully engaged. »

³⁰⁸⁴ *Id.*, Award, paragr.372

³⁰⁸⁵ *Id.*, paragr.202

³⁰⁸⁶ *Id.*, paragr. 375

³⁰⁸⁷ *Ibid.*

³⁰⁸⁸ *Id.*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands (English), paragr.37

³⁰⁸⁹ *Id.*, Award, paragr.601

³⁰⁹⁰ *Id.*, paragr.275

³⁰⁹¹ *Id.*, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands (English), paragr.2

³⁰⁹² *Id.*, paragr.39

987. Il est également admis par le Tribunal dans *Urbaser c. Argentine*³⁰⁹³ que le droit à l'eau est un droit de l'homme. Cet arbitrage a été notifié en 2010 et la sentence a été rendue en 2016. Le tribunal a reconnu la responsabilité sociale des entreprises comme une norme d'importance cruciale pour les entreprises opérant dans le domaine du commerce international, y compris le respect des droits de l'homme dans le cadre de leurs opérations menées dans d'autres pays que le pays de leur siège ou de leur constitution³⁰⁹⁴. Toutefois, le Tribunal a considéré que cela ne signifie pas qu'un tel droit de l'homme incombait à l'investisseur, ni qu'une telle obligation d'exécution sous concession est fondée sur une obligation particulière de droit international³⁰⁹⁵. Au contraire, il s'agit d'une obligation encadrée par le TBI et les lois de l'État hôte³⁰⁹⁶. De plus, une telle obligation de fourniture de services d'eau et d'assainissement doit, selon le Tribunal, être imposée aux États, et non aux entreprises³⁰⁹⁷. En effet, le droit à l'eau peut être interprété trop largement comme étant un droit permettant de fournir à la population vivant sur le territoire de la concession des services d'eau potable et d'assainissement³⁰⁹⁸. Au contraire, le droit à l'eau est un droit ayant vocation à assurer l'accès à une quantité d'eau minimale essentielle, suffisante et sans danger pour les usages personnels afin de prévenir les maladies, puisqu'en aucun cas un individu ne doit être privé du niveau minimum essentiel d'eau³⁰⁹⁹. Cet arbitrage est donc critiqué par les juristes comme ne marquant pas « la percée des obligations en matière de droits de l'homme directement applicables aux investisseurs étrangers »³¹⁰⁰.

988. Après ces arbitrages connus du public, ainsi que la mobilisation de l'opinion publique par les diverses ONG et les efforts des États eux-mêmes, le rapport annuel de la CNUDCI de 2018 a conclu que le développement durable est devenu un élément majeur dans l'élaboration des politiques d'investissement³¹⁰¹. En prenant en compte les toutes premières mobilisations de l'opinion publique contre les traités de libre-échange, tels que l'ALENA depuis le début des années 1990, trente ans se sont écoulés.

989. Aujourd'hui, un consensus international reconnaît que le développement durable, la santé publique et les droits de l'homme sont d'une importance équivalente à la protection des

³⁰⁹³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26

³⁰⁹⁴ *Id.*, Award, paragr.1195

³⁰⁹⁵ *Id.*, paragr.1206-1208

³⁰⁹⁶ *Id.*, paragr.1206-1209

³⁰⁹⁷ *Id.*, paragr.1210

³⁰⁹⁸ *Id.*, paragr.1205

³⁰⁹⁹ *Id.*, paragr.1211

³¹⁰⁰ Schacherer S., *Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, *op.cit.*, p.26

³¹⁰¹ Fadlallah I., Leban C., Teynier E., Achtouk-Spivak L., *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *op.cit.*, p.3 [base de données]

propriétés. En 2018, la promotion de l'égalité des sexes a été incluse dans le nouveau modèle de TBI des Pays-Bas³¹⁰², marquant ainsi un triomphe de la souveraineté des États. Sur ce point, les intérêts des ONG ont convergé avec ceux des pays souverains concernant les besoins en matière de réglementation des politiques publiques, malgré les engagements internationaux dans le domaine de la protection des investissements.

§2. Les propositions des organisations internationales

990. Tant le libéralisme que les outils juridiques appliqués en matière d'investissement international sont remis en cause, un processus qui a pris plus de trente ans pour se forger au sein de la communauté internationale. Les institutions internationales, en tant que forum permettant aux États souverains de créer les normes du droit international, proposent désormais des solutions pour moderniser le droit international relatif aux investissements.

991. Les préoccupations des pays concernant le régime de RDIE ont été portées au niveau des institutions internationales, qui ont ensuite formulé des propositions de réforme. Par exemple, l'OCDE a lancé en mars 2021 un programme de travail sur l'avenir des traités d'investissement, axé sur les enjeux liés au changement climatique, à la pandémie et à la transformation numérique, plaçant la crise climatique au cœur des débats³¹⁰³. Parmi ces institutions, la CNUDCI (I) et le CIRDI (II) occupent une place prépondérante en tant qu'instances exécutrices des règles d'arbitrage des deux systèmes dominants en matière d'arbitrage d'investissement et en tant qu'organismes cherchant à répondre aux critiques adressées au régime actuel.

I. La proposition de réforme par la CNUDCI

992. Bien que des mesures correctives aient commencé à apparaître sous diverses formes dans le cadre d'ALENA depuis 2001, l'idée de mesures correctives spécifiques ne s'est manifestée qu'en 2012 dans le rapport sur l'investissement dans le monde. En 2013, les préoccupations des pays concernant le mécanisme de RDIE ont été officiellement reconnues par la CNUDCI comme ayant des « déficiences systémiques » dans son rapport de 2013³¹⁰⁴. En 2015, un chapitre entier dédié à cette question dans le rapport annuel, proposant ainsi des pistes pour effectuer une réforme³¹⁰⁵. Depuis son rapport de 2012, la CNUDCI a donc proposé

³¹⁰² UNCTAD, World Investment Report 2019, p.106

³¹⁰³ UNCTAD, World Investment Report 2022, p. 68

³¹⁰⁴ UNCTAD, World Investment Report 2013, p. xxi

³¹⁰⁵ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 120-171

plusieurs mesures visant à modifier le régime existant, en réponse aux critiques adressées au mécanisme de RDIE.

993. En 2014, la CNUDCI a proposé des principes fondamentaux pour guider les pays dans l'élaboration de politiques d'investissement dans le cadre du développement durable³¹⁰⁶. Pour cela, il a été suggéré que les politiques d'investissement soient ancrées dans la stratégie globale de développement d'un pays³¹⁰⁷. En parallèle, les politiques d'investissement doivent être élaborées en impliquant toutes les parties prenantes et doivent s'intégrer dans un cadre institutionnel fondé sur l'État de droit, respectant des normes élevées de gouvernance publique et garantissant des procédures prévisibles, efficaces et transparentes pour les investisseurs³¹⁰⁸. Ainsi, le problème d'équilibre des responsabilités, soumis aux critiques, a été concrétisé comme un principe proposé par la CNUDCI³¹⁰⁹. En effet, la plupart des TBI signés avant 1990 ont conféré des droits et des protections aux investisseurs étrangers, mais ne leur ont reconnu aucune responsabilité³¹¹⁰. Il y a donc un consensus sur le fait que chaque pays a le droit souverain d'établir des conditions d'entrée et d'exploitation pour les investissements étrangers, sous réserve d'engagements internationaux, dans l'intérêt du bien public et de minimiser les effets négatifs potentiels³¹¹¹. Plus précisément, l'ouverture à l'investissement d'un pays doit être conforme à sa stratégie de développement, et la politique d'investissement doit établir des conditions d'entrée ouvertes, stables et prévisibles pour l'investissement³¹¹².

994. Il faut souligner que ces principes sont apparus après des propositions concrètes. En 2012, pour la première fois, la CNUDCI a mentionné dans son rapport annuel sur l'investissement les préoccupations des pays sur le mécanisme de RDIE. Face à l'augmentation du nombre d'arbitrages, elle a proposé des mesures pour freiner la croissance des cas de RDIE, telles que l'utilisation de la médiation et de la conciliation, la mise en œuvre de politiques nationales de prévention des litiges, et l'établissement d'un délai pour introduire les réclamations des investisseurs³¹¹³.

³¹⁰⁶ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 131

³¹⁰⁷ *Ibid.*

³¹⁰⁸ *Ibid.*

³¹⁰⁹ *Ibid.*

³¹¹⁰ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p. 79

³¹¹¹ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 131

³¹¹² *Ibid.*

³¹¹³ UNCTAD, World Investment Report 2012, *op.cit.*, p. 88, v. également UNCTAD, World Investment Report 2013, p. 113-114

995. Ainsi, il a été proposé de favoriser la légitimité et accroître la transparence des procédures du RDIE³¹¹⁴ en autorisant l'accès du public aux documents pertinents et en acceptant les mémoires d'*amicus curiae*³¹¹⁵. Il convient de rappeler qu'à partir de l'affaire *Methanex c. États-Unis*³¹¹⁶, le problème de transparence a été soulevé par les États-Unis, ce qui a conduit à l'introduction courante de la procédure d'*amicus curiae* des ONG. En ce qui concerne les interprétations contradictoires des dispositions de TBI, la CNUDCI a notamment proposé une implication plus profonde de l'État dans le processus d'interprétation et la création d'un organe d'appel pour examiner les sentences³¹¹⁷. Il convient de noter que pour ces deux propositions, l'ALENA diffère des TBI généralement conclus sous le modèle européen. Pour rappel, une commission dédiée, dénommée la Commission de libre-échange de l'ALENA (« *NAFTA Free Trade Commission* »), a été créée en vertu de l'article 2001 de l'ALENA. Parmi les différents objets de sa création, figure la supervision de la mise en œuvre de l'ALENA et son élaboration ultérieure. Cette commission a donc permis aux trois pays membres de présenter leur interprétation du traité signé. Ceci est contraire aux TBI du modèle européen, qui n'ont pas octroyé une telle organisation en laissant un pouvoir d'explication souvent trop large aux arbitres, favorables au libéralisme des investisseurs étrangers. L'existence de ce phénomène est confirmée par des professeurs américains, qui soulignent que « [p]armi les contraintes possibles sur les arbitres, les parties à l'ALENA se sont réservé le droit d'émettre des interprétations des dispositions de l'accord »³¹¹⁸. À cet égard, la Commission a interprété l'article 11 à l'occasion de l'affaire *Methanex c. États-Unis*³¹¹⁹, le 31 juillet 2001. Cette interprétation a modifié la règle de confidentialité précédemment applicable aux procédures d'arbitrage et a ainsi apporté des éclaircissements sur la notion brumeuse de « traitement minimum ». À cet effet, la notion suscitée est issue du droit coutumier et doit être, conformément à l'arrêt *Methanex*, appréciée de façon restrictive³¹²⁰. Cependant, les partisans du libéralisme, ou défenseurs du régime du mécanisme du RDIE, estiment que la note n'a pas de nature interprétative, mais modifie plutôt le texte de l'article 1105. Les pays contractants de l'ALENA ont ainsi fait le choix d'exercer leur droit d'explication afin de réviser les décisions dans les sentences de l'ALENA, en

³¹¹⁴ *Ibid.*, v. également UNCTAD, World Investment Report 2013, p. 113

³¹¹⁵ *Ibid.*

³¹¹⁶ *Methanex Corporation v. United States of America*, *op.cit.*

³¹¹⁷ UNCTAD, World Investment Report 2012, *op.cit.*, p. 88

³¹¹⁸ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 239

Text original: « Among the possible constraints on arbitrators, the NAFTA Parties reserved the right to issue interpretations of the provisions of the agreement. »

³¹¹⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, *op.cit.*

³¹²⁰ Free Trade Commission, North American Free Trade Agreement Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, *op.cit.*

considérant que les interprétations des précédentes sentences arbitrales ou des investisseurs étrangers étaient « incorrectes » ou « inacceptables »³¹²¹. En fin de compte, cette mesure technique vise à déterminer quelle valeur a la priorité.

996. Enfin, afin de traiter le problème des décisions arbitrales contradictoires l'un vis-à-vis de l'autre, il a été proposé de créer un organe d'appel pour examiner les sentences³¹²². Cette question fait l'objet d'une réflexion depuis 2002 aux États-Unis. Parmi les objectifs poursuivis, la question de la négociation d'un nouveau traité a été de considérer, afin de créer un mécanisme d'appel pour les différends relatifs aux investissements³¹²³. Ainsi, malgré le fait qu'aucun article n'indique de manière explicite qu'un organisme d'appel soit créé dans le traité de libre-échange signé entre le Corée du Sud et les États-Unis, le professeur Gantz considère que le nouveau traité signé a laissé une fenêtre ouverte³¹²⁴ en faveur de l'adoption d'un éventuel mécanisme d'appel³¹²⁵. En revanche, dans le TPP une telle clause est clairement explicite. Enfin, malgré le fait que les États-Unis se soient retirés en 2017 du TPP, à la suite de la décision du président Trump, le texte demeure ouvert à l'opportunité de consacrer un mécanisme d'appel identique à celui de l'OMC, indiqué dans son article 9.23.11³¹²⁶.

997. Sur la concrétisation de cette option, le troisième groupe de travail de CNUDCI a depuis 2017 lancé les discussions et a pris en considération les avis des différents États. Parmi les possibilités, deux ont été proposées : d'une part la création d'un tribunal multilatéral des investissements (i) ; et d'autre part la création d'un mécanisme d'appel³¹²⁷ (ii).

998. La première proposition émane de l'Union européenne, laquelle tente d'abandonner le régime actuel. Quant à la deuxième proposition, elle représente la position des États-Unis qui ne souhaite pas abandonner le mécanisme soutenu par la partie pro-libéralisme et par les

³¹²¹ Brower C.N., « NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA », *op.cit.*, p. 255-256

³¹²² UNCTAD, World Investment Report 2012, p. 88, v. également UNCTAD, World Investment Report 2013, p. 115-116

³¹²³ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.257

³¹²⁴ Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Corée du Sud, L'article 11.20.6-8

³¹²⁵ *Ibid.*

³¹²⁶ TPP 9.23.11

In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 9.29 (Awards) should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 9.24 (Transparency of Arbitral Proceedings).

³¹²⁷ Jaime M-L, « Could an Appellate Review Mechanism “Fix” the ISDS System? », *Kluwer Arbitration Blog*, le 11 février 2021 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/11/could-an-appellate-review-mechanism-fix-the-isds-system/>] [consulté le 5 octobre 2021]

grandes sociétés multinationales. Pour l'instant, les deux options sont étudiées par le groupe de travail de CNUDCI³¹²⁸.

999. Au-delà, en ce qui concerne le PTCI entre les États-Unis et l'Europe, les négociations ont commencé depuis 2013, mais elles ont été suspendues en 2016. La Commission européenne a également proposé d'introduire un organe d'appel au sein de l'article 10 du projet de traité³¹²⁹. Toutefois, M. Michael Froman, membre du Bureau du représentant américain au commerce, a considéré qu'un tel organe n'était pas nécessaire³¹³⁰.

1000. Inévitablement, une telle réforme ne pourra être achevée en un jour. Encore une fois, en tant qu'organisation, ni l'OCDE ni la CNUDCI ne disposent d'un pouvoir contraignant à l'égard des États membres en matière de problématiques de droit international. En effet, ces organisations ne peuvent qu'établir des analyses, proposer les textes et créer un forum pour que les États puissent discuter les modifications en droit international.

1001. Sur le principe de transparence, après toutes ces années de critiques sur le mécanisme de RDIE, le « Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités »³¹³¹ est entré en vigueur le 1^{er} avril 2014. Ces règles prévoient des audiences orales ouvertes dans les affaires de RDIE, ainsi que la publication de documents clés, y compris les avis d'arbitrage, les plaidoiries, les transcriptions et toutes les décisions et sentences rendues par le tribunal. Toutefois, ce règlement ne s'applique qu'aux traités conclus après le 1^{er} avril 2014. En ce qui concerne les traités conclus avant le 1^{er} avril 2014, c'est la « Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États » de mai 2014 qui s'applique. Cette convention concerne onze pays, dont la France, l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Italie, la Suisse, la Finlande, la Suède, la République de Maurice, et La Syrie³¹³².

1002. Comme indiqué dans le rapport, ces différentes options de réformes proposées laissent aux pays la liberté de choisir les méthodes de mise en œuvre ainsi que d'évaluer les mesures

³¹²⁸ UNCTAD, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Appellate and multilateral court mechanisms, A/CN.9/WG.III/WP.185, Thirty-eighth session, 20-24 January 2020[en ligne: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.185>] [consulté le 5 octobre 2021]

³¹²⁹ Text of the proposal on Investment-TTIP negotiations

Article 10 Appeal Tribunal

1. A permanent Appeal Tribunal is hereby established to hear appeals from the awards issued by the Tribunal...

³¹³⁰ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p257

³¹³¹ UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration

³¹³² UNCTAD, World Investment Report 2015, p.117

prises à ce jour³¹³³. Ce que la CNUDCI peut faire réside dans le fait d'ouvrir le dialogue concernant la politique multilatérale, afin de favoriser l'émergence d'un consensus entre les pays en vue d'entreprendre une réforme du régime³¹³⁴. Dans son rapport annuel de l'année 2015, la CNUDCI a souligné l'importance d'adopter une approche multilatérale. En effet, il est primordial de promouvoir une vision et de règles communes pour éviter la fragmentation et l'incohérence du système juridique international³¹³⁵. Ainsi, cette réforme vise le bien de tous, sans laisser personne de côté³¹³⁶.

1003. En même temps, il est essentiel de prendre en compte le fait que toutes ces réformes tendent à limiter l'accessibilité de la procédure arbitrale ainsi que son champ d'application. Les normes internationales libérales, qui ont connu leur apogée pendant l'ère du libéralisme, voient désormais leurs résultats diminuer. En effet, les pays contractants des TBI, y compris ceux qui ont promu ces normes, optent désormais pour des restrictions qui bénéficient moins aux investisseurs. Cette évolution a permis aux États de renforcer leur droit de réglementer les investissements étrangers, une action qui était entravée par la génération précédente de TBI. Ainsi, la tension entre la souveraineté de l'État et ses engagements internationaux est un enjeu constant, les équilibres de pouvoir se modifiant en permanence.

1004. En 2017, la CNUDCI a constaté que les pays avaient bien progressé concernant la réforme de leurs modèles pour les nouveaux TBI. C'est pourquoi elle a proposé de moderniser les anciens traités toujours en application³¹³⁷.

1005. La CNUDCI propose d'abord de dénoncer certains TBI d'ancienne génération. En effet, à la fin de l'année 2016, plus de 1000 TBI étaient parvenus à un stade où ils pouvaient être terminés de manière unilatérale par un pays contractant, et ce nombre a encore augmenté les années suivantes³¹³⁸. Ainsi, un grand nombre de traités ne sont pas entrés en vigueur : par exemple, parmi tous les TBI signés entre 2000 et 2009, 28% ne sont pas entrés en vigueur. Ce chiffre était de 11% pour les traités signés entre 1990 et 1999, tandis qu'il était de 56% pour les traités signés de 2010 à 2016³¹³⁹. Pour ce type de traités, la CNUDCI considère qu'il est

³¹³³ UNCTAD, World Investment Report 2012, p. 89

³¹³⁴ *Ibid.*

³¹³⁵ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 120

³¹³⁶ *Ibid.*

³¹³⁷ UNCTAD, World Investment Report 2017, p. 127

³¹³⁸ *Ibid.*

³¹³⁹ *Id.*, p. 128

opportun de procéder aux renégociations des nouveaux traités, puisque les finalités poursuivies ont évolué vers une prise en compte accrue du développement durable³¹⁴⁰.

1006. Toutefois, il existe encore un grand nombre d'anciens traités signés avant 2010 qui ne peuvent pas encore être dénoncés unilatéralement, et ces traités sont devenus des sources majeures dans le domaine de l'arbitrage³¹⁴¹. Ces traités prévoient des clauses vagues et disposent d'un champ d'application très large³¹⁴². Ces clauses imprécises sont devenues des outils majeurs pour les investisseurs soucieux de contester les décisions politiques fondamentales, notamment les mesures environnementales, financières et sanitaires, tant dans les pays en développement que dans les pays développés³¹⁴³. Il est donc difficile pour les pays contractants de ces TBI d'avoir une visibilité sur le type d'engagements qu'ils ont accordé aux investisseurs venant d'un autre pays contractant et sur la manière dont ces engagements peuvent limiter leur capacité à mettre en place des politiques publiques³¹⁴⁴.

1007. Ce grand nombre de traités, de différentes générations, contribue à renforcer le problème de fragmentation du droit d'international de l'investissement³¹⁴⁵ selon les domaines couverts par le droit international, à l'image de l'environnement, du droit du travail ou des droits de l'homme³¹⁴⁶. Selon les chiffres de la CNUDCI, le nombre de traités d'anciennes générations est 10 fois plus important que le nombre de nouveaux traités ayant inclus les clauses réformées³¹⁴⁷.

1008. La CNUDCI a formulé dix propositions aux pays contractants, dont sept concernent la modernisation des traités en vigueur. La mise en œuvre de ces propositions n'a pas vocation à intervenir immédiatement. Il s'agit plutôt d'interpréter conjointement les dispositions des traités, de les modifier, de remplacer les anciens traités par de nouveaux traités actualisés, de suggérer la création d'un traité méga-régional pour abandonner les anciens traités, de gérer les relations entre les traités coexistants en ajoutant des règles d'application, de faire référence aux normes mondiales indiquées dans les traités méga-régionaux ou encore de s'engager au niveau multilatéral³¹⁴⁸. Outre la résolution des traités bilatéraux d'investissement de l'ancienne

³¹⁴⁰ *Ibid.*

³¹⁴¹ *Id.*, p. 127

³¹⁴² *Ibid.*

³¹⁴³ *Ibid.*

³¹⁴⁴ *Id.*, p. 129

³¹⁴⁵ *Ibid.*

³¹⁴⁶ *Ibid.*

³¹⁴⁷ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 104

³¹⁴⁸ *Id.*, p. 131

génération, la CNUDCI conseille aux États membres de se retirer de certains traités multilatéraux. Cela inclut le fameux traité sur la Charte d'énergie, adopté par plus de 50 pays contractants. Ce traité, considéré comme une grande réussite dans le secteur de l'énergie, est devenu une source de nombreux arbitrages³¹⁴⁹.

1009. En 2018, la CNUDCI a entrepris une troisième phase visant à réformer la politique d'investissement. L'objectif était d'améliorer la cohérence et les synergies des politiques d'investissement³¹⁵⁰. Ces synergies se manifestent à deux niveaux. Tout d'abord, il s'agit d'une synergie entre le régime juridique nationale, y compris les politiques relatives aux investissements étrangers, et les TBI/traités méga-régional au profit des pays contractants engagés³¹⁵¹. Il est conseillé d'éviter que l'élaboration des politiques d'investissement se fasse « en vase clos »³¹⁵², c'est-à-dire que « les instruments [soient] formulés dans le vide, sans une coordination suffisante »³¹⁵³. Par exemple, il a été prévu dans les droits nationaux de l'investissement un préaccord sur le règlement des différends de RDIE et certains arbitrages se fondent sur ce préaccord accordé par l'État hôte³¹⁵⁴. Il existe également des synergies entre les traités internationaux ayant des sujets et des objectifs différents, tels que les traités de protection de l'environnement, les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités d'investissement³¹⁵⁵. Ici encore, le caractère fragmenté du droit international conduit à ce que chaque traité et chaque convention disposent de leurs propres objectifs, de telle sorte que chaque système se développent de manière isolée³¹⁵⁶. En conséquence, lors du règlement des différends, il existe un risque d'interprétation isolée sur un traité déterminée, ce qui frappe d'incertitude l'interprétation du traité par le tribunal arbitral³¹⁵⁷. En effet, les interactions entre le droit des investissements internationaux, le droit international économique et le droit international non-économique sont inévitables³¹⁵⁸, à l'image des interférences qui subsistent entre le droit fiscal international, le droit de l'environnement et le droit social. De cette manière, les engagements internationaux peuvent avoir des effets non prévus sur les droits nationaux. La CNUDCI a souligné cette réalité à travers le cas de l'entreprise multinationale de l'industrie du tabac contre

³¹⁴⁹ *Id.*, p. 145

³¹⁵⁰ UNCTAD, World Investment Report 2018, p. 104

³¹⁵¹ *Ibid.*

³¹⁵² *Id.*, p. 108

³¹⁵³ *Ibid.*

³¹⁵⁴ *Ibid.*, v. *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12

³¹⁵⁵ *Id.*, p. 104

³¹⁵⁶ *Id.*, p. 111

³¹⁵⁷ *Id.*, p. 112

³¹⁵⁸ *Ibid.*

les lois antitabac strictes³¹⁵⁹, créant ainsi un risque que ces types de sociétés internationales soient incitées à employer les instruments internationaux³¹⁶⁰. Bien que le cas susmentionné n'ait pas été un succès, ce type de cas a un « effet glaçant sur l'avenir »³¹⁶¹ dans le cadre des politiques publiques en matière de santé, d'environnement, ou d'autres sujets. Il est donc recommandé par la CNUDCI d'inclure des exceptions pour laisser suffisamment de latitude aux réglementations nationales, de faire référence, à l'image des articles de l'Accord du Fonds Monétaire International, ou encore de fournir un guide en mesure de permettre l'interprétation des références utilisées par les tribunaux arbitraux³¹⁶².

1010. Toutefois, la plupart de ces propositions visent avant tout à réformer le régime actuel, qui inclut le mécanisme du RDIE, plutôt que de proposer de nouveaux mécanismes de règlement des différends. En effet, le mécanisme du RDIE se développe depuis plus de 60 ans et est prévu dans la majorité des 3300 TBI existants³¹⁶³.

II. La réforme de CIRDI

1011. Du côté du CIRDI, une première réforme a été réalisée en avril 2006³¹⁶⁴, en réponse aux demandes formulées dans la célèbre affaire *Methanex c. États-Unis*³¹⁶⁵, rendue en août 2005. Ces réformes concernent des exigences de divulgation renforcées pour les arbitres, une disposition consacrant la possibilité de tenir des audiences publiques, des dispositions élargies en matière de transparence favorisant la publication des sentences dès que possible, la possibilité pour des tiers de déposer des observations (mémoires *amicus curiae*) ou la possibilité pour un défendeur d'obtenir un classement sans suite d'une affaire en raison d'un manque manifeste de fondement juridique³¹⁶⁶. Toutefois, il semble que ces réformes témoignent de la prise en compte des nouvelles règles créées par les États-Unis dans le cadre de l'affaire susmentionnée *Methanex c. États-Unis*³¹⁶⁷.

³¹⁵⁹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (auparavant *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*)

³¹⁶⁰ UNCTAD, World Investment Report 2018, p. 112

³¹⁶¹ *Ibid.*

³¹⁶² *Id.*, p. 114

³¹⁶³ *Id.*, p. 115

³¹⁶⁴ ICSID, About the ICSID Rule Amendments, [s. d.] [en ligne: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/amendments/about>] [consulté le 26 novembre 2021]

³¹⁶⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, *op.cit.*

³¹⁶⁶ ICSID, About the ICSID Rule Amendments, *op.cit.*

³¹⁶⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, *op.cit.*

1012. La réforme la plus récente a débuté en octobre 2016. Le CIRDI a invité les États membres de la Convention de Washington à proposer des sujets qui nécessiteraient une réforme³¹⁶⁸. En janvier 2017, une invitation similaire a été envoyée par le CIRDI afin de suggérer la modification de certaines règles³¹⁶⁹. De 2018 à 2021, le CIRDI a publié six documents de travail dans lesquels des propositions de modification des règles étaient envisagées. En mars 2022, les propositions de modification des règles du CIRDI ont été approuvées et sont entrées en vigueur en juillet 2022³¹⁷⁰. Encore une fois, une telle initiative internationale ne peut se réaliser sans le soutien des États membres. La modification des règles du CIRDI a nécessité un accord aboutissant à la ratification par les États membres. Il convient de noter que la Convention de Washington n'a établi que des règles visant la procédure propre à l'arbitrage d'investissement. Elle ne touche donc pas aux questions de fond et ne vise pas non plus à résoudre les problèmes d'incohérence entre différentes sentences, ni les préoccupations résultant du conflit entre la valeur de la protection de l'environnement et la nécessité de l'investissement. Les réformes ont pour objectif de réduire les coûts relatifs aux procédures et de fournir des mécanismes de règlement des différends alternatifs, tels que les nouvelles règles concernant la médiation, la conciliation et le renforcement de la transparence.

1013. Il résulte de ce qui précède que l'intérêt public est graduellement pris en compte par les tribunaux arbitraux en matière d'investissement étranger d'une part, et par les États ayant le pouvoir normatif d'élaborer de nouvelles normes internationales d'autre part. Le droit international de l'investissement classique, qui ne portait que sur la protection des investissements internationaux et l'intérêt privé des investisseurs, évolue désormais grâce aux efforts conjoints des ONG, des États et des arbitres.

Section 2. Les mesures adoptées par les États souverains

1014. En 2011, l'OCDE a publié un document de travail sur l'investissement international, portant spécifiquement sur les préoccupations environnementales dans les accords internationaux d'investissement³¹⁷¹. Selon cette étude, qui s'appuie sur l'analyse de 1623 TBI entre 49 pays, seulement 8.2% d'entre eux font référence à la question de la protection de l'environnement³¹⁷². De surcroît, parmi ces 49 pays, 19 n'ont jamais inclus de référence à la

³¹⁶⁸ ICSID, About the ICSID Rule Amendments, *op.cit.*

³¹⁶⁹ *Ibid.*

³¹⁷⁰ UNCTAD, World Investment Report 2022, p. 67

³¹⁷¹ Grodon K., Pohl J, Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey, *op.cit.*

³¹⁷² *Id.*, p.5

protection de l'environnement dans leurs TBI³¹⁷³. Seuls le Canada, le Mexique et les États-Unis ont commencé à inclure une mention concernant la préoccupation environnementale, à partir du début des années 1990. Il convient de rappeler qu'au moment de l'adoption de l'ALENA en 1992, des discussions importantes avaient été consacrées à ces questions³¹⁷⁴. Selon cette enquête, seulement 0.75% des traités excluent la réglementation environnementale comme fondement des allégations d'« expropriation indirecte »³¹⁷⁵.

1015. En même temps, les arbitrages relatifs aux investissements ont été introduits principalement par des investisseurs issus des pays développés. Selon les chiffres de 2013, 85 % des nouvelles notifications d'arbitrages sont initiées par des entreprises originaires des pays développés, dont 53 % issues de l'Union européenne et 22 % issues des États-Unis³¹⁷⁶. En 2014, parmi les 42 nouveaux arbitrages introduits, 35 ont été initiés par des investisseurs originaires de pays développés et 5 par des investisseurs en provenance de pays en développement³¹⁷⁷. En 2015, les investisseurs originaires des pays développés étaient toujours les principaux utilisateurs du mécanisme de RDIE, qu'ils soient d'origine des États-Unis, du Canada, du Royaume-Uni ou de certains pays européens (les Pays-Bas, la France)³¹⁷⁸. Ils ont contribué à 80% des arbitrages du mécanisme de RDIE³¹⁷⁹. En 2021, ce phénomène n'a pas été changé puisque 75% des arbitrages ont été sollicités par des investisseurs provenant de pays développés³¹⁸⁰. La résistance au mécanisme de RDIE et la dénonciation des TBI par les pays en développement paraissent logiques.

1016. Depuis la proposition de CNUDCI, les pays souverains ont suivi différentes méthodes de réflexion à propos du régime actuel. Selon le rapport de CNUDCI, quatre approches ont été adoptées par les pays : maintenir le *statu quo*, se désengager du régime, introduire des ajustements sélectifs, s'engager dans une réforme systémique³¹⁸¹.

1017. Certains pays ont choisi de maintenir la situation actuelle et d'éviter de modifier les règles de fond dans leurs modèles de TBI lors de la négociation de nouveaux traités³¹⁸². Ces pays sont souvent ceux qui n'ont pas encore fait l'objet d'un grand nombre de notifications

³¹⁷³ *Ibid.*

³¹⁷⁴ Voir §2 du Chapitre 2 de Partie I

³¹⁷⁵ Grodon K., Pohl J, Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey, *op.cit.*, p. 6

³¹⁷⁶ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 125

³¹⁷⁷ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 112

³¹⁷⁸ *Ibid.*

³¹⁷⁹ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 112

³¹⁸⁰ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 74

³¹⁸¹ UNCTAD, World Investment Report 2014, p.128-130

³¹⁸² *Id.*, p. 128

d'arbitrage³¹⁸³. Cette approche vise à transmettre une image de continuité et de convivialité aux investisseurs³¹⁸⁴.

1018. Beaucoup de pays ont perdu confiance à l'égard du régime de RDIE actuel, considérant que l'outil juridique heurte leur souveraineté. Leurs réactions se sont traduites par « la dénonciation du CIRDI, la résiliation des traités d'investissement et l'exclusion d'un mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États »³¹⁸⁵(§1). En revanche, d'autres pays ont pris l'initiative de réformer le droit international de l'investissement actuel (§2).

§1. La désintégration du régime de RDIE

1019. Le Professeur Sornarajah considère que « la désintégration des normes se produit lorsque des règles de droit international, élaborées en fonction du pouvoir pendant la période d'ascendance hégémonique d'un État ou d'un groupe d'États, sont contestées par les groupes dont les intérêts sont en désaccord avec ces règles »³¹⁸⁶. En d'autres termes, la désintégration des normes devient un enjeu pour les créateurs lorsque leurs propres intérêts sont menacés par ces règles. Plus précisément, la dénonciation des traités est « principalement d'ordre politique »³¹⁸⁷ et utilisée « comme moyen de pression et de menace »³¹⁸⁸. Elle représente « un moyen par lequel un État se libère des obligations conventionnelles auxquelles il s'est engagé en concluant un traité donné »³¹⁸⁹.

1020. En effet, selon le principe de *Pacta sunt servanda*, « un traité conclu dans les conditions de régularité posées par le droit international a pleine force obligatoire pour les États parties contractantes »³¹⁹⁰. Ce principe est d'ailleurs confirmé par l'article 27 de la Convention de Vienne qui établit l'opposabilité du droit interne contraire du traité international, disposant

³¹⁸³ *Ibid.*

³¹⁸⁴ *Ibid.*

³¹⁸⁵ Moranis M., « Between power and procedure: the changing balance of investment treaty protections », *op.cit.*, p.110

Texte original: « Withdrawal from ICSID, termination of investment treaties and exclusion of an investor-state dispute settlement mechanism represent other possible reactions against the investment arbitration system. »

³¹⁸⁶ Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *op.cit.*, p. 413
Texte originale: « Disintegration of norms take place when power-based rules of international law made during the hegemonic ascendancy of one or a group of states are challenged by the groups against whose interests the rules were made. »

³¹⁸⁷ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, 369 P., Thèse en droit : Université de Panthéon-Sorbonne, 2020, p.3, paragr. 4

³¹⁸⁸ *Id.*, p.11, paragr. 21

³¹⁸⁹ *Id.*, p.12, paragr. 23

³¹⁹⁰ Carreau D., *Répertoire de droit international – Traité international*, Dalloz, 2019, paragr.100

qu'« [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Autrement dit, la primauté du droit international selon le principe de *Pacta sunt servanda* signifie que « c'est le droit interne qui s'adapte aux engagements conventionnels internationaux »³¹⁹¹ et non l'inverse. En matière de droit international de l'investissement, la rigidité du principe *Pacta sunt servanda* a créé un conflit « entre intérêt privé et intérêt public, entre droits de l'investisseurs et prérogatives normatives de l'État dans le domaine de la protection d'environnement »³¹⁹². Comme évoqué précédemment, les multinationales cherchent à engager la responsabilité de l'État hôte en cas de violation du traité d'investissement. Par ailleurs, les mesures administratives ou législations nationales, « pouvant avoir pour effet incident de priver le propriétaire de l'utilisation de sa propriété ou du bénéfice de ses prévisions économiques raisonnables »³¹⁹³, sont souvent interprétées par les tribunaux arbitraux comme une expropriation indirecte.

1021. Pour atténuer l'application rigide de la règle *pacta sunt servanda*³¹⁹⁴, la dénonciation est l'un des outils juridiques mis à la disposition des États³¹⁹⁵ afin d'harmoniser « des traités internationaux avec les évolutions du droit interne de l'État en cas de conflit des traités avec celui-ci »³¹⁹⁶. En matière de droit international de l'investissement, la dénonciation concerne l'accord multilatéral de la Convention de Washington d'une part, et les TBI conclus par les États d'autre part (I). Enfin, certains États ont choisi une manière plus douce de désengager de leurs obligations internationales, en excluant le mécanisme de RDIE lors de la négociation de la nouvelle génération des traités d'investissement (II).

I. La dénonciation des traités

1022. La désintégration a débuté en Amérique du sud, à travers la Convention de Washington (ou la Convention CIRDI)³¹⁹⁷. La Bolivie est le premier pays qui a annoncé son retrait de la

³¹⁹¹ *Id.*, p.88, §192

³¹⁹² Robert-Cuendet S., *Protection de l'environnement et investissement étranger, op.cit.*, p. 121

³¹⁹³ *Id.*, p.715

³¹⁹⁴ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités, op.cit.*, p.330, § 729

³¹⁹⁵ *Id.*, p.63, paragr. 133

³¹⁹⁶ *Id.*, p.88, § 190

³¹⁹⁷ Il convient de noter que certains pays n'ont pas signé ou ratifié la Convention de Washington dès le début. Par exemple, la Russie l'a signée en juin 1992, mais n'a jamais procédé à sa ratification.

Le Brésil, quant à lui, n'a jamais signé un tel traité. En effet, les tribunaux brésiliens ont jugé que les traités intégrant le mécanisme de RDIE étaient constitutionnellement invalides. Le Brésil a plutôt développé son propre modèle de traité d'investissement, mettant l'accent sur la prévention des différends plutôt que sur le règlement des différends. Ces nouveaux traités, dénommés « *Cooperation and Facilitation Investment Agreements* », ont été signés en 2015 avec le Chili, la Colombie, le Malawi, le Mexique, l'Angola et le Mozambique. Ils intègrent de nouvelles clauses de sauvegarde réglementant les investissements et le comportement des investisseurs, telles que des clauses de responsabilité sociale des entreprises concernant la protection de l'environnement, du droit social

convention de CIRDI, sa notification ayant été déposée en mai 2007, avec prise d'effet à compter du mois de novembre 2007³¹⁹⁸. Par la suite, l'Équateur a dénoncé la convention en juillet 2009, et s'est définitivement retiré en janvier 2010³¹⁹⁹. Le Venezuela est le troisième pays qui a décidé de quitter la Convention de Washington. La notification de la dénonciation a été déposée en janvier 2012 et est entrée en vigueur, selon l'article 71 de la Convention, en juillet 2012³²⁰⁰.

1023. Il faut toutefois souligner que la Convention CIRDI, créant le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États, a été conclue en faveur des pays exportateurs de capitaux³²⁰¹. L'article 71 de ladite Convention a prévu les règles « d'apparence simple »³²⁰² de dénonciation, elle est prise en effet six mois après la notification par l'État contractant auprès la Banque Mondiale. Toutefois, l'article 72 permet aux investisseurs étrangers de « geler »³²⁰³ l'effet de la dénonciation et de « préserver [le droit de recourir à l'arbitrage sous règles de CIRDI] en mode exécutoire vis-à-vis de l'État dénonciateur et de ses ressortissants au-delà de la prise d'effet de la dénonciation »³²⁰⁴, pour éviter que les États puissent « échapper à la compétence du Centre en dénonçant la Convention CIRDI »³²⁰⁵. En effet, l'article 72 a prévu que la dénonciation n'affecte pas les droits et obligations de l'État contractant aux termes de la Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du CIRDI donné antérieurement à la réception de la notification de la dénonciation³²⁰⁶. Dans ce cadre, certains avis d'intentions d'arbitrages³²⁰⁷, qui ont été notifiés par les investisseurs étrangers ou enregistrés par le CIRDI

et de la santé publique. Le mécanisme de règlement des différends prévu est un mécanisme d'arbitrage entre les États, au lieu d'un mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et États.

v. Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, *op.cit.*, p.5; Moreira N. C., « Cooperation and Facilitation Investment Agreements in Brazil: The Path for Host State Development », *Kluwer Arbitration Blog*, le 13 septembre 2018 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/13/cooperation-and-facilitation-investment-agreements-in-brazil-the-path-for-host-state-development/>] [consulté le 11 octobre 2021]

³¹⁹⁸ v. notes de bas de page de la Liste des états contractants et signataires de la convention

³¹⁹⁹ *Ibid.*

³²⁰⁰ *Ibid.*

³²⁰¹ Rajagopalan A., « Denunciation of ICSID Convention : Re-Visiting Mr. Söderlund's Separate Opinion », *Kluwer Arbitration Blog*, le 31 mai 2020 [en ligne : <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/31/denunciation-of-icsid-convention-re-visiting-mr-soderlunds-separate-opinion/>] [consulté le 16 juin 2023]

³²⁰² Cazala J., « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, vol 58, 2012, p.552

³²⁰³ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p. 276, paragr.590

³²⁰⁴ *Ibid.*

³²⁰⁵ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p. 276-277, paragr.597

³²⁰⁶ Article 72

Aucune notification par un Etat contractant en vertu des articles 70 et 71 ne peut porter atteinte aux droits et obligations dudit Etat, d'une collectivité publique ou d'un organisme dépendant de lui ou d'un de ses ressortissants, aux termes de la présente Convention qui découlent d'un consentement à la compétence du Centre donné par l'un d'eux antérieurement à la réception de ladite notification par le dépositaire.

³²⁰⁷ *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22; *Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/10/8; *Corporación Quiport S.A. and others v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/09/23; *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de*

après l'État contractant ait notifié sa volonté de dénoncer la Convention CIRDI, ont d'ailleurs été acceptés par les tribunaux arbitraux. En effet, le Professeur Emmanuel Gaillard a argué dès la notification de la dénonciation de Bolivie en 2007 que cette dénonciation ne signifie que la cessation d'être d'un pays contractant de la Convention CIRDI et n'affecte pas les droits et obligations existants de ladite Convention, pour éviter que l'État contractant entrave les droits et obligations de manière unilatérale³²⁰⁸. Les discussions académiques, bien avant les tribunaux arbitraux n'aient tranché sur cette question, portent essentiellement sur la nature du consentement à la compétence du CIRDI visé par l'article 72, s'agissant d'un consentement mutuel³²⁰⁹ ou d'un consentement unilatéral³²¹⁰. Dans le cas premier, « le consentement parfait est protégé »³²¹¹ et « une offre d'arbitrage peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée [par l'investisseur étranger] »³²¹². Par conséquent, la dénonciation est entrée en effet immédiatement une fois la notification est reçue³²¹³. Alors, dans le deuxième cas, les partisans font référence à l'article 25 de la Convention CIRDI « lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement », et donc concluent que le consentement « ne peut pas être effectivement retiré par le dépôt de la notification de dénonciation de la Convention CIRDI »³²¹⁴. Les deux interprétations sur les effets de la dénonciation sont « radicalement différentes pour l'État et pour les investisseurs »³²¹⁵.

1024. Les sentences arbitrales démontrent les soutiens des deux explications. L'affaire *Fabrica c. Venezuela* suit la doctrine du consentement mutuel³²¹⁶, et a donc conclu que le tribunal n'avait plus de compétence sur l'arbitrage qui a été notifié dans le délai de six mois³²¹⁷. Au contraire, les tribunaux arbitraux des affaires de *Venoklim c. Venezuela* et *Blue Bank c. Venezuela* soutiennent l'interprétation du consentement unilatéral. *Venoklim c. Venezuela* est

Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/12/21; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20

³²⁰⁸ Garillard E., « The Denunciation of ICSID Convention », *New York Law Journal*, vol 237, n°122, le 26 juin 2007

³²⁰⁹ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University press, Cambridge, U.K., 2001 p. 191

³²¹⁰ Blackaby N., « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup? », *CAPJIA.*, vol 1, janvier 2010, p.45-64; Garillard E., « The Denunciation of ICSID Convention », *New York Law Journal*, vol 237, n°122, le 26 juin 2007, 3p.; Garibaldi O., « On the denunciation of the ICSID Convention, consent to ICSID jurisdiction, and the limits of the contract analogy », dans *International Investment Law for the 21st Century*, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 251-277

³²¹¹ Cazala J., « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *op.cit.*, p. 55

³²¹² *Ibid.*

³²¹³ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p.284, paragr. 615

³²¹⁴ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p.278, paragr.600

³²¹⁵ Cazala J., « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *op.cit.*, p.553

³²¹⁶ *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21, Award, Paragr. 223

³²¹⁷ *Id.*, Paragr. 305

la première sentence dans laquelle les arbitres ont tranché cette question³²¹⁸. Dans cette affaire, les arbitres ont analysé la question principalement par le biais du mode de l'offre et l'acceptation (« *offer and acceptance model* »). L'article 72 vise à protéger les investisseurs étrangers qui ne pourraient pas envisager à l'avance la dénonciation notifiée par l'État hôte. Le « consentement » référé dans l'article 72 n'est pas affecté par la dénonciation car il suffit que la condition de « consentement » soit réunie tant pour l'État défendeur que pour l'investisseur. Même si la notification d'arbitrage est enregistrée après la prise en effet de la dénonciation, il suffit que le « consentement » de la part d'investisseur soit notifié au centre dans le délai de six mois pour réunir un consentement mutuel³²¹⁹. Le tribunal de *Blue Bank c. Venezuela* a également considéré que l'investisseur a toutefois six mois pour notifier son intention d'arbitrage après la dénonciation soit déposée par l'État défendeur³²²⁰. Si ces deux arbitrages ont pu être notifiés par l'investisseur dans le délai de six mois avant la prise en effet de la dénonciation, l'arbitrage *Pan American Energy c. Bolivie* a été enregistré 2 ans après la dénonciation effective de la Bolivie. Toutefois, l'État défendeur et l'investisseur ont réglé le contentieux, les arbitres n'ont pas pu trancher la question de l'application de l'article 72 de la Convention CIRDI après la prise en effet de la dénonciation³²²¹.

1025. Selon certains, la dénonciation est un outil permettant d'apporter de la flexibilité à la rigidité d'un traité selon le principe de *pacta sunt servanda*³²²². Pour d'autres, il s'agit d'une confrontation entre le renforcement de la souveraineté de l'État (dénonciation de la Convention CIRDI) et de l'interprétation pro-libérale de la Convention CIRDI (application de l'article 72 par les tribunaux arbitraux)³²²³.

1026. Il convient cependant de souligner que plusieurs sentences arbitrales ont établi une distinction entre le consentement au règlement des différends de l'État contractant dans le cadre de la Convention CIRDI et celui établi dans le cadre du TBI. La Convention CIRDI n'est qu'une installation administrative (« *administrative facility* ») aux fins de servir le règlement des

³²¹⁸ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p.288, paragr. 622

³²¹⁹ Bastin L, Lee A-J, « Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela », *AJIL*, vol 109, n°5, octobre 2015, p.859-860

³²²⁰ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20, Award, paragr. 101-108

³²²¹ Rivera J. C., Azuga M.V., « *Life after ICSID: 10th anniversary of Bolivia's withdrawal from ICSID* », *Kluwer Arbitration Blog*, 12 août 2017 [en ligne: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/12/life-icsid-10th-anniversary-bolivia-withdrawal-icsid/>] [consulté le 16 juin 2023]

³²²² Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p.338, paragr. 746

³²²³ Rajagopalan A., « Denunciation of ICSID Convention: Re-Visiting Mr. Söderlund's Separate Opinion », *Kluwer Arbitration Blog*, *op.cit.*

différends par arbitrage³²²⁴. L'opinion séparée de Monsieur Christer Söderlund dans *Blue Bank c. Venezuela* considère que c'est le TBI qui contient le consentement des deux États contractants en matière de règlement des différends par arbitrage³²²⁵. En conséquence, la dénonciation d'un État contractant de la Convention CIRDI n'a pas d'incidence sur le consentement accordé par cet État dans le cadre du TBI³²²⁶. Plus précisément, le fait qu'un État n'est plus un « État contractant » de la Convention CIRDI ne signifie pas que l'investisseur n'a plus accès à l'arbitrage selon les règles de la Convention CIRDI lorsque le TBI n'a pas été dénoncé³²²⁷, car « le TBI ne se trouve pas amendé par la dénonciation de la Convention CIRDI »³²²⁸. Dans l'affaire *Transban c. Venezuela*, le tribunal a également confirmé que le consentement à l'arbitrage pour le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux se trouvait dans le TBI et que, par conséquent, la notification de la dénonciation de la Convention de Washington par le Venezuela n'avait pas un effet immédiat, mais était différé six mois avant de prendre effet³²²⁹. Par ailleurs, les traités d'investissement prévoient souvent l'arbitrage dans d'autres centres et selon des règles différentes. Par exemple, l'article 1120 de l'ALENA a prévu que l'investisseur étranger pouvait soumettre sa plainte à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI et également des règles d'arbitrage de la CNUDCI. La dénonciation de la Convention CIRDI n'affecte pas le consentement à l'arbitrage offert par l'État contractant dans le cadre du traité d'investissement faisant référence également au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

1027. Bien avant que l'interprétation des tribunaux arbitraux n'aient interprété l'effet de la dénonciation de la Convention CIRDI sur les TBI, de nombreux États ont choisi de dénoncer leurs TBI. Après s'être retirée de la Convention CIRDI, la Bolivie a annoncé son intention de dénoncer ou de renégocier ses 23 TBI en 2009, mais les détails concernant l'avancement de cette démarche restent inconnus à ce jour³²³⁰. En ce qui concerne l'Équateur, la Commission d'audit citoyen de l'Équateur a rendu ses conclusions préliminaires sur la légitimité et la légalité des TBI. Elle a recommandé à l'Équateur de dénoncer ses TBI actuels et de négocier de

³²²⁴ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Separate Opinion of Christer Söderlund, paragr. 51

³²²⁵ *Id.*, paragr. 39-42

³²²⁶ *Id.*, paragr. 45

³²²⁷ *Id.*, paragr. 56

³²²⁸ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p. 307, paragr. 673

³²²⁹ *Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/24, Award, paragr. 79-80

³²³⁰ Rivera J. C., Azuga M.V., « *Life after ICSID: 10th anniversary of Bolivia's withdrawal from ICSID* », *Kluwer Arbitration Blog*, *op.cit.*

nouveaux TBI basés sur un nouveau modèle³²³¹. De fait, la Cour constitutionnelle équatorienne a déclaré inconstitutionnels 12 TBI entre 2010 et 2013³²³².

1028. En dehors de la Bolivie, d'autres pays ont également choisi de dénoncer leurs TBI. L'Afrique du Sud a mis fin à ses TBI avec l'Autriche, le Danemark et l'Allemagne en 2014³²³³. Elle affirme que sa législation interne suffit à protéger les investissements³²³⁴ et n'a jamais signé la Convention CIRDI non plus. De même, l'Indonésie a mis fin à 18 TBI en 2014, 8 en 2015 et 10 en 2016³²³⁵, sur un total de 64³²³⁶. L'Inde est un autre pays asiatique enclin à mettre fin aux TBI³²³⁷. Entre janvier 2016 et avril 2017, 7 TBI ont été terminés par l'Inde³²³⁸. Parmi les TBI terminés par l'Indonésie et l'Inde, 16 ont été dénoncés unilatéralement³²³⁹ et un traité a été terminé par consentement réciproque³²⁴⁰. Début 2016, concernant les TBI encore en vigueur, l'Inde a proposé une déclaration interprétative commune concernant plus de 25 traités, dont celui signé avec le Bangladesh en octobre 2017³²⁴¹. En 2017, l'Équateur a envoyé 16 avis de résiliation³²⁴².

1029. A part les pays en développement, l'Italie a notifié son intention de se retirer du Traité de la Charte sur l'énergie en décembre 2014, et son retrait a pris effet en 2016³²⁴³. Par la suite, l'Espagne, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovaquie, la France, l'Allemagne et le Luxembourg ont annoncé leur volonté de se retirer du traité sur la Charte de l'énergie en 2022, dans le cadre d'un retrait conjoint et coordonné de l'ensemble des États européens et de l'UE³²⁴⁴. La raison donnée semble étroitement liée à la protection des investisseurs, via le mécanisme de RDIE, lequel est accusé de « protéger les pollueurs »³²⁴⁵. Les raisons du retrait sont toutefois formalisées de manière politiquement correcte, puisqu'il a été soutenu que le traité « n'est pas compatible avec le rythme de décarbonation du secteur de l'énergie et l'intensité des efforts de réduction

³²³¹ UNCTAD, World Investment Report 2016, p.102

³²³² *Ibid.*

³²³³ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 110

³²³⁴ UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 102

³²³⁵ *Ibid.*

³²³⁶ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 110

³²³⁷ UNCTAD, World Investment Report 2017, p. 112

³²³⁸ *Ibid.*

³²³⁹ *Ibid.*

³²⁴⁰ TBI entre l'Argentine et l'Indonésie

³²⁴¹ UNCTAD, World Investment Report 2018, p. 98

³²⁴² *Id.*, p. 102

³²⁴³ UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 103

³²⁴⁴ Mouterde P., « Après l'Espagne et les Pays-Bas, la France se retire du traité sur la charte de l'énergie pour respecter ses ambitions climatiques », *Le Monde*, le 22 octobre 2022

³²⁴⁵ *Ibid.*

d'émissions nécessaires pour le secteur à l'horizon 2030 »³²⁴⁶. Sous l'initiative de la Commission européenne, 125 TBI intra-UE ont été prévus d'être terminés par la conclusion de l'« Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne » le 5 mai 2020 par 23 pays membres. Selon les chiffres de la CNUDCI, entre 2010 et 2018, 187 traités ont été résiliés, dont 128 de manière unilatérale³²⁴⁷. En 2021, ce chiffre était de 86, dont 75 TBI intra-UE³²⁴⁸, et seulement 6 nouveaux TBI ont été signés³²⁴⁹.

1030. Certains TBI ont toutefois prévu des clauses de survie de 15 ans (comme le TBI entre la France et l'Équateur) ou de 10 ans (comme le TBI entre les États-Unis et l'Équateur). Dans la plupart des cas, les États ne peuvent pas fermer brutalement l'accès à l'arbitrage d'investissement pour les investisseurs étrangers.

II. L'exclusion du mécanisme de RDIE

1031. Certains pays n'ont pas choisi de se retirer de la Convention de Washington ou de dénoncer leurs TBI. Ils ont opté pour une méthode plus douce, mais ayant un effet similaire : l'exclusion du mécanisme de RDIE dans les nouveaux traités conclus.

1032. L'Australie ne s'est pas retirée de la Convention de Washington. Toutefois, le pays est devenu plus prudent : il a exclu le mécanisme de RDIE de ses nouveaux traités, ceux négociés après les nombreuses sentences relatives aux mesures environnementales, aux alentours des années 2000. L'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis signé en août 2004 a exclu le régime de RDIE. Puis, en 2011, le pays a fait une déclaration officielle laquelle elle a précisé ne plus vouloir insérer de clause relative au RDIE³²⁵⁰. Par ailleurs, l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Japon signé en 2014 et entrée en vigueur en 2015 ne contient également aucune disposition concernant le mécanisme de RDIE. L'Australie mis beaucoup d'énergie pour se dénoncer de ses TBI d'ancienne génération. En 2019, le pays a terminé 3 TBI. Enfin, le dernier Accord de libre-échange entre l'Australie et le Royaume-Uni signé en décembre 2021 a également exclu le régime de RDIE³²⁵¹.

³²⁴⁶ La Rédaction, « Le traité sur la Charte de l'énergie en six questions », *Vie Publique*, le 26 octobre 2022[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/286894-traite-sur-la-charte-de-lenergie-six-questions>] [consulté le 3 avril 2023]

³²⁴⁷ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 112-113

³²⁴⁸ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 65

³²⁴⁹ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 65

³²⁵⁰ UNCTAD, World Investment Report 2012, p.xxi

³²⁵¹ UNCTAD, World Investment Report 2020, p.66

1033. Notons que la Canada a également exprimé son refus à l'égard de l'application du régime de RDIE dans le cadre du nouvel Accord Canada–États-Unis–Mexique, qui remplace l'ALENA à compter du 1^{er} juillet 2020. En effet, dans l'annexe 14-D, l'accord prévoit que le régime de RDIE ne concerne que la relation entre les États-Unis et le Mexique. La Canada n'a donc pas donné son consentement à l'arbitrage.

1034. À part ces pays qui ne favorisent pas le régime de RDIE, tous les autres ont été favorables aux libéralismes, mais ont néanmoins changé de position vis-à-vis du mécanisme de règlement des différends sous forme d'arbitrage.

1035. Le 28 juin 2019, l'Union européenne a conclu avec Mercosur (Argentine, Brésil, Paraguay et Uruguay) un accord politique afin de négocier un futur accord commercial dit « ambitieux, équilibré et global »³²⁵² couvrant divers domaines, dont les tarifs douaniers et le commerce. Toutefois, l'accord de libre-échange n'a pas pour ambition de couvrir le domaine de l'investissement. Le régime de RDIE est donc exclu. Ces pays ont une histoire douloureuse avec le régime de RDIE et craignent de subir le diktat promu par les États-Unis. Ainsi, dans le contexte du Brexit, un Accord de commerce et de coopération a été conclu le 20 décembre 2020 entre d'une part l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'énergie atomique et d'autre part Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord. Cet accord n'a prévu aucune clause standard, telle que l'expropriation ou le traitement juste et équitable, et ne dispose d'aucune référence à l'égard du régime RDIE. A titre informatif, les investisseurs originaires du Royaume-Uni, des Pays-Bas et des États-Unis ont initié plus d'arbitrages³²⁵³.

1036. La même stratégie a été retenue par plusieurs traités méga-régionaux. Le Chapitre 10 du RCEP (ou Partenariat régional économique global en français), signé le 15 novembre 2020 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022, est dédié aux investissements étrangers. Toutefois, le règlement de différends n'a pas été prévu par le présent texte. Il a été prévu dans l'article 10.18 que les parties entrent en discussion sur ce sujet au plus tard deux ans après la date d'entrée en vigueur du présent accord, soit en 2024. De même, le pacte d'investissement entre l'Union européenne et la Chine, signé en fin 2020 mais suspendu en mai 2021, n'a pas prévu de clause relative au régime de RDIE.

³²⁵² Commission Européen, Communiqué de presse, « EU and Mercosur reach agreement on trade », le 28 juin 2019 [en ligne : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2039>] [consulté le 17 décembre 2021]

³²⁵³ UNCTAD, World Investment Report 2012, p. 110; UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 74

1037. En effet, s'il ne s'agit pas d'une exclusion totale, beaucoup d'autres nouveaux traités signés ont choisi au moins de limiter massivement l'accès au régime de RDIE, par l'introduction d'une demande d'épuisement des recours internes³²⁵⁴, ou en fixant un délai avant de pouvoir³²⁵⁵ soumettre des réclamations³²⁵⁶. Parmi les 15 traités signés en 2019, 14 ont prévu de telles restrictions.

§2. L'amélioration du régime actuel

1038. Les améliorations du régime actuel ont été effectuées en deux étapes. La première concerne le processus d'élaboration des normes internationales, visant à rééquilibrer les responsabilités entre les États d'accueils d'investissement et les investisseurs (I). Le deuxième processus est la modernisation des TBI (II).

I. Rééquilibre les responsabilités

1039. Les questions relatives à la protection de l'environnement et aux abus des entreprises multinationales sont depuis longtemps des sujets de préoccupation pour les ONG, qui s'opposent à la négociation et à la conclusion de traités de libre-échange. L'échec du projet d'AMI a contribué en partie à la mobilisation de l'opinion publique, d'autant plus que les ONG sont composées d'écologistes et de militants des droits de l'homme. Selon eux, le projet d'AMI mettait l'accent sur la protection des investissements sans mentionner la nécessité de protéger l'environnement et les droits de l'homme contre les abus commis par les sociétés multinationales³²⁵⁷. Les corporations multinationales sont devenues les principaux bénéficiaires, voire la priorité, des protections accordées par le droit international. Cependant, malgré leur image d'être le modèle de progrès, leurs pratiques de lobbying, de fraude et leur conduite délétère, dévoilées ultérieurement par les médias, ont des conséquences nuisibles sur le développement économique, au détriment des efforts visant à éradiquer la pauvreté³²⁵⁸. Par conséquent, plutôt que de considérer le développement durable et la protection de l'environnement comme des affaires exclusivement d'États, les entreprises, en tant que « les

³²⁵⁴ TBI entre Inde - Kirghizistan

³²⁵⁵ 10 TBI ou traité signé en 2019 ont inclus cette condition. v. UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 115

³²⁵⁶ v. UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 115; UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 130

³²⁵⁷ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, p. 3

³²⁵⁸ *Ibid.*

principales responsables, sont certainement les mieux placées pour lutter contre les impacts qu'engendre un tel phénomène mondiale »³²⁵⁹.

1040. En matière de droit des investissements internationaux, le « déséquilibre structurel »³²⁶⁰ des responsabilités entre les États et les entreprises multinationales est devenu une préoccupation mondiale³²⁶¹. En effet, la sensibilisation des investisseurs au développement durable, à la santé publique et aux droits de l'homme n'a pas été prévue dans la majorité des anciennes générations de TBI³²⁶². Le problème de l'environnement n'a pas été pris en compte par les pays en voie de développement au moment de la signature de ces TBI. Voici quelques exemples : l'exploitation minière à ciel ouvert d'Ok Tedi Mine en Papouasie-Nouvelle-Guinée, dont BP est actionnaire majoritaire, libère 70 millions de tonnes de résidus miniers et de stériles dans les rivières OK Tedi et Fly chaque année³²⁶³. En 2002, la mine d'Ok Tedi aurait causé le dépérissement de rives, ayant un impact sur environ 480 kilomètres carrés de forêt tropicale le long de l'Ok Tedi³²⁶⁴. Non seulement l'écosystème de ces domaines est complètement détruit, mais les modes de vie des populations autochtones locales, dépendantes de l'environnement naturel, sont gravement affectés³²⁶⁵. De même, on peut également citer la pollution pétrolière générée suite aux fuites de l'entreprise Shell dans la région Delta du Nigéria³²⁶⁶, le Freeport and Rio Tinto en Indonésie, le Chevron Texaco Corporation en Équateur³²⁶⁷ qui a déversé des produits toxiques dans les rivières de la forêt amazonienne, ou encore la catastrophe industrielle d'Union Carbide à Bhopal en Inde ayant causé la mort de 2500 personnes et fait 27,000 victimes en 1984³²⁶⁸.

³²⁵⁹ Abadie P., « L'alliance du droit climatique et de la RSE au soutien de la lutte contre la déforestation importée », *JCP G*, n°28, le 12 juillet 2021, p. 1368-1369

³²⁶⁰ Gaillard E., « L'avenir des traités de protection des investissements », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.1037

³²⁶¹ Miles K., *The Origins of International Investment Law*, op.cit., p. 133

³²⁶² Shao X., « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°1, mars 2021, p.158

³²⁶³ *Id.*, p.135.

³²⁶⁴ International Assessment of Marine and Riverine Disposal of Mine Tailings, étude commandée par le Bureau de la Convention et du Protocole de Londres et Affaires maritimes, OMI, en collaboration avec le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) Programme d'action mondial, mai 2013, p. 14

³²⁶⁵ Miles K., *The Origins of International Investment Law*, op.cit., p. 136

³²⁶⁶ Friends of the Earth International, « Shell: no progress in Niger Delta clean-up., Friends of the Earth International », le 4 août 2014 [en ligne: <https://www.foei.org/news/shell-no-progress-in-niger-delta-clean-up>] [consulté le 6 octobre 2021]; et ainsi BBC, « Nigeria oil spills 'spark environmental genocide' », *BBC*, le 1er novembre 2019, [en ligne: <https://www.bbc.com/news/av/world-africa-50265157>] [consulté le 6 octobre 2021]

³²⁶⁷ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, [en ligne: <https://www.italaw.com/cases/257>] [consulté le 6 octobre 2021]

³²⁶⁸ Deveaux J., « Trente ans après la tragédie de Bhopal, Union Carbide se porte bien », *franceinfo*, le 8 décembre 2014 [en ligne: https://www.francetvinfo.fr/monde/inde/trente-ans-apres-la-tragedie-de-bhopal-union-carbide-se-porte-bien_3068679.html] [consulté le 6 octobre 2021]

1041. La nouvelle génération des TBI, tout comme les accords commerciaux régionaux comportant un chapitre sur l'investissement, reconnaissent ces valeurs dans le préambule. De plus, ces accords prévoient explicitement que les législations des États d'accueil, visant à renforcer la protection de l'environnement, de la santé publique ou des droits de l'homme, ne seront pas considérées comme des expropriations indirectes. En outre, l'ACEUM³²⁶⁹ et l'AGI³²⁷⁰ ont tous deux inclus un article dédié à la responsabilité sociale des entreprises, bien qu'il s'agisse d'un texte non contraignant, encourageant les entreprises à intégrer volontairement dans leurs politiques internes les normes, les lignes directrices et les principes internationalement reconnus. Toutefois, ces accords n'abordent pas la possibilité pour les États de rechercher directement la responsabilité des entreprises. L'innovation majeure de l'AGI réside dans la création d'un mécanisme de règlement des différends dédié au développement durable. Cependant, il s'agit d'un règlement des différends entre les États, et non entre l'entreprise et l'État d'accueil, ce qui signifie que l'État hôte ne peut pas rechercher la responsabilité des investisseurs étrangers³²⁷¹. Malgré ces innovations, il est donc « reproché aux traités de protection des investissements de jouer à sens unique en ce qu'ils permettent à l'investisseur de poursuivre l'État d'accueil devant un tribunal arbitral international alors que la réciprocité n'est pas vraie »³²⁷².

1042. En effet, de nombreuses tentatives de demandes reconventionnelles de la part des pays défendeurs sont rejetées par les tribunaux. La plupart des tribunaux internationaux d'investissement n'ont pas reconnu leur compétence pour statuer sur des demandes reconventionnelles, en l'absence d'un accord explicite entre les parties³²⁷³. Quelques rares cas ont toutefois été exceptionnellement admis pour chercher la responsabilité des investisseurs, en particulier en lien avec des dommages importants à l'environnement. C'est notamment le cas des affaires évoquées plus haut *Burlington c. Équateur*³²⁷⁴ et *Perenco c. Équateur*³²⁷⁵, où les tribunaux arbitraux ont accepté les demandes reconventionnelles liées à l'exploitation de blocs de pétrole. Les investisseurs et l'État hôte ont conclu un accord spécifique relatif à la demande

³²⁶⁹ ACEUM, article 14.17

³²⁷⁰ AGI, section IV, sous-section 1, article 2

³²⁷¹ AGI, section IV, sous-section 4

³²⁷² Gaillard E., « L'avenir des traités de protection des investissements », *op.cit.*, p.1037

³²⁷³ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim; *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award, paragr.736

³²⁷⁴ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5

³²⁷⁵ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6

reconventionnelle dans le cadre d'arbitrage d'investissement³²⁷⁶. Dans ces affaires, les investisseurs ont été condamnés à payer des frais de restauration de l'environnement³²⁷⁷, tandis que le pays d'accueil a été condamné à payer des indemnités d'expropriation³²⁷⁸.

1043. Dans l'affaire *Urbaser c. Argentine*, le tribunal a accepté sa compétence dans le cadre de la demande reconventionnelle³²⁷⁹, fondée sur la clause de juridiction large du TBI entre l'Argentine et l'Espagne. En effet, le tribunal a examiné les précédentes affaires et a conclu de manière générale que les autres demandes reconventionnelles devaient être rejetées, soit parce que les clauses étaient rédigées de manière plus restrictive, soit parce que la situation ne présentait aucun lien étroit³²⁸⁰. Malgré avoir admis sa compétence, le tribunal a rejeté la demande reconventionnelle de l'État hôte fondée sur le droit humain à l'accès à l'eau potable et à l'assainissement³²⁸¹. Comme évoqué précédemment, le droit à l'eau en tant que droit de l'homme est plutôt imposé à l'État et n'est pas une obligation du fournisseur d'eau potable et d'assainissement³²⁸². L'obligation de fournir de l'eau potable et des services d'assainissement par un investisseur particulier relève d'une relation juridique de droit civil et commercial dans le cadre du droit interne et ne trouve pas sa base juridique en droit international³²⁸³.

1044. Dans l'affaire *David R. Aven c. Costa Rica*³²⁸⁴, le tribunal a fait référence à l'affaire *Urbaser c. Argentine* et a accepté la demande reconventionnelle de l'État hôte³²⁸⁵. Néanmoins, le pays défendeur n'a fait qu'une référence générale aux dommages environnementaux, en l'absence de précisions sur la quantification, fondée sur l'expérience personnelle d'un expert plutôt que sur une méthode d'évaluation précise, de sorte que la preuve s'est révélée diluée³²⁸⁶. En conséquence, la demande reconventionnelle a été rejetée³²⁸⁷.

³²⁷⁶ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims, paragr. 60-62

³²⁷⁷ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims, paragr.1099; *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, paragr. 1023

³²⁷⁸ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award, paragr.635; *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award, paragr. 1023

³²⁷⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, paragr.1143

³²⁸⁰ *Ibid.*

³²⁸¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, paragr.1234

³²⁸² *Id.*, paragr. 1210

³²⁸³ *Ibid.*

³²⁸⁴ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3

³²⁸⁵ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award, paragr.738

³²⁸⁶ *Id.*, paragr. 745

³²⁸⁷ *Id.*, paragr. 747

1045. Bien que l'acceptation de la demande de reconventionnelle et les condamnations des investisseurs restent exceptionnelles devant les tribunaux arbitraux, certains considèrent que ces évolutions en matière de contentieux d'arbitrage confirment « d'une forme de rééquilibrage des intérêts respectifs de l'État et de l'investisseur, rendant le mécanisme de l'arbitrage plus acceptable »³²⁸⁸. Toutefois, le déséquilibre semble persister en raison de la rigueur parfois excessive de la justice arbitrale dans les conditions d'admission des demandes reconventionnelles³²⁸⁹.

1046. Plusieurs pays ont donc cherché à modifier les normes du droit international afin de proposer la possibilité d'inclure la faculté de réaliser une demande de reconventionnelle, permettant ainsi aux pays d'accueil de chercher la responsabilité des investisseurs. Cette éventualité fut discutée dans le cadre des sessions du groupe de travail III de la CNUDCI, tenues en 2019 et 2020, concernant la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États³²⁹⁰. Toutefois, la réforme relative au régime de RDIE de la CNUDCI est considérée comme ayant été mandatée pour la réforme de la procédure du régime, tandis que la possibilité de la demande de reconventionnelle par les pays d'accueil est « entrelacé de questions de fond » et n'est donc pas un sujet pour la réforme³²⁹¹.

1047. Bien avant que les tribunaux arbitraux ne se penchent sur les demandes de reconventionnelle formulées par les États d'hôte dans les années 2010, la communauté internationale a déployé divers efforts pour édicter des normes de conduite à l'attention des sociétés multinationales en dehors du cadre des traités d'investissement.

1048. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 1976 ne revêtent pas de caractère juridiquement contraignant³²⁹². Cependant, ils servent de références pour la plupart des entreprises multinationales en ce qui concerne leur responsabilité sociale³²⁹³. Ces principes représentent une tentative de régler la question par le biais de

³²⁸⁸ Abonnati Ruggeri E., *Les demandes reconventionnelles de l'Etat en arbitrage transnational*, 711 P., Thèse en droit : Université de Genève/Université Paris II-Panthéon-Assas, 2021, p. 646, paragr. 1484

³²⁸⁹ *Id.*, p. 647, paragr.1485

³²⁹⁰ A/CN.9/WG.III/WP.176 - Submission from the Government of South Africa, paragr.64-65; A/CN.9/WG.III/WP.181 - Submission from the Government of Mali, Annex, paragr. 3(E); A/CN.9/WG.III/WP.161 - Submission from the Government of Morocco, paragr.9

³²⁹¹ Shao X., « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *op.cit.*, p.159

³²⁹² Teyssié B., « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *JDI*, n°1, janvier-février-mars 2021, p.5

³²⁹³ De Paor R., « Can international arbitral tribunals apply international climate change law and/or public policy when climate change issues arise in commercial and investment arbitrations? », *CAPJIA*, n°3, le 1er juillet 2022, p.2[Base de données]

la *soft law* afin de promouvoir une application volontaire³²⁹⁴. La dernière modification a été apportée en 2011, et ils sont conçus pour être applicables en l'absence de définition précise sur la responsabilité sociale, « afin d'éviter les effets de cantonnement »³²⁹⁵. Ces recommandations visent donc à guider les entreprises multinationales qui souhaitent mettre en place des « politiques de pratiques exemplaires dans le domaine du développement durable qui visent à la cohérence des objectifs économiques environnementaux et sociaux »³²⁹⁶. On considère que « les entreprises multinationales sont d'autant mieux à même de promouvoir le développement durable que les échanges et les investissements s'effectuent dans le cadre de marchés ouverts, concurrentiels et convenablement réglementés »³²⁹⁷. L'article II des Principes généraux stipule dans son premier alinéa que les entreprises devraient « contribuer aux progrès économiques, environnementaux et sociaux en vue de parvenir à un développement durable ». De même, l'article VI, dédié à l'Environnement, prévoit que « les entreprises devraient, dans le cadre des lois, règlements et pratiques administratives en vigueur dans les pays où elles opèrent, et eu égard aux accords, principes, objectifs et normes internationaux pertinents, tenir dûment compte de la nécessité de protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques, et d'une manière générale, de conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable ».

1049. Ensuite, la Déclaration de principes tripartite, relative aux entreprises multinationales et la politique sociale d'Organisation internationale du travail, a été adoptée en 1977. Sa dernière modification date de 2017. Cette déclaration propose des conseils concrets sur les projets effectués par les investisseurs étrangers afin d'établir des principes applicables aux contrats responsables. Dans l'article 4, il est prévu que « les clauses de stabilisation ne doivent pas servir à imposer des pénalités économiques ou autres à l'État qui adopterait des lois, des réglementations ou des politiques : a) qui sont appliquées sur une base non discriminatoire ; b) qui sont conformes aux normes et aux critères internationaux ainsi qu'aux bonnes pratiques reconnues au niveau mondial dans des domaines tels que la santé, la sécurité, le travail, l'environnement, les spécifications techniques ou d'autres domaines liés aux incidences du projet sur les droits de l'homme ». Il est également recommandé que le contrat stipule le droit

³²⁹⁴ Teyssié B., « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *JDI*, n°1, janvier-février-mars 2021, p.30

³²⁹⁵ *Id.*, p.9

³²⁹⁶ Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, préface

³²⁹⁷ *Ibid.*

de l'État de vérifier le respect des normes, notamment les normes techniques, sociales, environnementales, fiscales et financières³²⁹⁸.

1050. Les Nations Unies ont tenté de négocier depuis les années 1970 un Code de conduite des sociétés transnationales. La résolution visant à négocier un tel code fut adoptée en 1987. Toutefois, la négociation du code n'a pas abouti et aucune solution n'a été trouvée pour concilier les intérêts des pays développés cherchant à établir une protection forte et sans ambiguïté pour les investissements internationaux, avec les intérêts des pays en développement cherchant à préserver leur droit souverain dans leurs relations avec les entreprises multinationales³²⁹⁹. En conséquence, le processus visant à élaborer ce code de conduite a été abandonné³³⁰⁰. En 2008, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ont été publiés par l'ONU afin d'établir un cadre de référence. Selon ces Principes, l'impact environnemental et social sont pris en compte comme des points de référence pour les droits de l'homme³³⁰¹.

1051. Établir des normes internationales destinées à guider les conduites des entreprises multinationales dispose d'une portée limitée car ces normes ne sont pas juridiquement contraignantes. Le droit international de l'environnement n'a pas non plus, jusqu'à présent, parvenu à corriger ces déséquilibres de responsabilités. Tant le protocole de Kyoto, que l'Accord de Paris, n'ont jamais « directement et formellement obligés »³³⁰² les entreprises multinationales à prendre les responsabilités en ce qui concerne la protection de l'environnement. Au contraire, il est considéré que l'Accord de Paris n'a ni reconnu de droits, ni créé d'obligations³³⁰³ pour ces acteurs privés, autrement dit, rendant ces entreprises « sujet de droit invisible au sens formel mais décisif »³³⁰⁴. En revanche, les mesures et les engagements sont pris par les États. Ainsi, ces accords ont souvent pour finalité de soutenir les pays en développement afin de préserver leur environnement et invitent « à la coopération entre les autorités chargées de la gestion du mécanisme financier et les instances de mise en œuvre des

³²⁹⁸ La déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, Article 8

³²⁹⁹ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 123

³³⁰⁰ *Ibid.*

³³⁰¹ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, p. 23

³³⁰² Abadie P., « L'alliance du droit climatique et de la RSE au soutien de la lutte contre la déforestation importée », *JCP G*, n°28, le 12 juillet 2021, p. 1371

³³⁰³ *Ibid.*

³³⁰⁴ *Ibid.*

accords »³³⁰⁵. Il est donc considéré que « le droit international est traditionnellement peu enclin à définir des obligations à la charge d'acteurs non étatiques »³³⁰⁶.

1052. Au niveau de l'Union européenne, la directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations non financières et d'informations concernant la diversité par certaines grandes entreprises (ci-après directive 2014/95/UE ou directive RSE) a été promulgué à la suite de la prise de conscience, par le Parlement européen, de l'importance, pour les entreprises, de communiquer des informations sur la durabilité, notamment les facteurs sociaux et environnementaux. La finalité résidait donc dans la prévention et le recensement des risques en matière de durabilité, mais aussi dans l'accroissement de la confiance des investisseurs et des consommateurs³³⁰⁷. Selon eux, « la communication d'informations non financières est en effet essentielle pour mener à bien la transition vers une économie mondiale durable, en associant la rentabilité à long terme à la justice sociale et à la protection de l'environnement »³³⁰⁸. En effet, la directive RSE avait pour objectif de « faire de la divulgation d'informations de nature environnementale et sociale un levier auprès des investisseurs afin d'orienter leurs financements vers des entreprises ayant des politiques avancées sur ces sujets »³³⁰⁹. Toutefois, cette directive suit une logique similaire à celle poursuivie par les Principes directeurs de l'OCDE, puisqu'elle cherche à motiver les entreprises à prendre en compte le développement durable, sans mettre réellement d'obligations à leur charge. En effet, l'obligation de publication d'information non financière n'est qu'une exigence de rapport supplémentaire sur la RSE. Seules les grandes entreprises sont concernées par cette obligation, et la sensibilisation sur la durabilité de l'environnement peut varier en fonction de la politique de chaque entreprise³³¹⁰.

1053. La directive RSE reçoit des critiques en raison du « manque de fiabilité des informations communiquées »³³¹¹ dans la demande de publication d'informations extra-financières. De plus, la difficulté à comparer les entreprises sur les aspects environnementaux et sociaux constitue

³³⁰⁵ Delabie L., « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », *op.cit.* p.139

³³⁰⁶ Abadie P., « L'alliance du droit climatique et de la RSE au soutien de la lutte contre la déforestation importée », *op.cit.*, p. 1370

³³⁰⁷ Directive 2014/95/UE, (3)

³³⁰⁸ *Ibid.*

³³⁰⁹ Parence B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *op.cit.*, p. 23

³³¹⁰ Malecki C., « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *BJS*, octobre 2017, p. 633

³³¹¹ Parence B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *op.cit.*, p. 23

un autre point de préoccupation³³¹². Les limitations de la directive de 2014 ont incité à la publication de la directive CSRD par la Commission européenne à la fin de 2022³³¹³. Cette nouvelle directive exige davantage de précision dans les informations publiées, notamment en ce qui concerne la présentation des stratégies de conformité aux exigences de l'accord de Paris, ainsi que des objectifs assortis de délais pour la réduction des émissions de gaz à effet de serre³³¹⁴. L'ambition de la directive de 2022 est d'« instaurer un langage normé et unifié des informations relatives à la durabilité des entreprises »³³¹⁵, leur conférant ainsi une importance équivalente aux informations financières, permettant ainsi « l'atteinte de l'objectif de neutralité carbone à horizon 2050 porté par le *Green deal* »³³¹⁶. La nouvelle directive étend également l'obligation de rapport extra-financier de manière progressive : des grandes entreprises cotées aux entreprises non cotées en 2024, puis aux PME cotées en 2026, et enfin aux entreprises de pays tiers en 2028³³¹⁷. Bien que son ambition de « contribuer à la transformation du monde vers un modèle durable »³³¹⁸, la directive présente une « portée extraterritoriale nouvelle »³³¹⁹, ayant pour objectif d'« éviter toute distorsion de concurrence au détriment des entreprises européennes, au regard des coûts substantiels induits par le respect des exigences de la directive »³³²⁰. Si l'extraterritorialité du droit européen et du droit américain se généralise, il est plausible que d'autres nations, telles que les pays du BRICS, puissent également étendre l'applicabilité de leurs lois au-delà de leurs frontières. Cette extension pourrait exiger des entreprises européennes et américaines de se conformer à ces lois, sous peine de sanctions qui pourraient même toucher leurs filiales opérant au sein des pays du BRICS. En effet, la législation en tant qu'incarnation de la souveraineté, lorsqu'elle a une portée extraterritoriale, peut entraîner des conflits tangibles résultant de la confrontation entre différentes civilisations. À cet égard, le professeur Samuel Huntington a souligné que « l'expansion de la puissance d'une civilisation a en général été de pair avec l'efflorescence de sa culture et a presque toujours signifié l'usage de cette puissance pour répandre ses valeurs, ses pratiques et ses institutions

³³¹² *Ibid.*

³³¹³ *Id.*, p.23

³³¹⁴ Schlumberger E, « Chronique de droit européen des sociétés », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2023, p.7

³³¹⁵ Parence B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *op.cit.*, p.23

³³¹⁶ *Ibid.*

³³¹⁷ Schlumberger E, « Chronique de droit européen des sociétés », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2023, p.7

³³¹⁸ Parence B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *op.cit.*, p.23

³³¹⁹ Schlumberger E, « Chronique de droit européen des sociétés », *op.cit.*, p.7

³³²⁰ *Ibid.*

v. également Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, mai 2022, 84 p.

aux autres sociétés »³³²¹. L'extraterritorialité du droit européen ne représente qu'un aspect de cette tentative. De plus, plutôt que de véritablement aborder la crise climatique, la directive semble équilibrer les considérations économiques dans le cadre de l'idéologie classique d'Adam Smith (concurrence) avec la question primordiale de la préservation de l'environnement, tout comme l'Accord de Paris. En effet, l'écologie est souvent envisagée davantage du point de vue d'une économie verte que comme une finalité en elle-même.

1054. Les normes internationales actuellement mises en place semblent peu contraignantes à l'encontre des entreprises multinationales. En revanche, la *lex ferenda* démontre une tendance au durcissement. En février 2022, la Commission européenne a adopté une proposition de directive sur le devoir de diligence des entreprises en matière de développement durable, qu'elle a ensuite soumise au Parlement européen pour approbation³³²². En effet, il est considéré que la directive CSRD « ne touche qu'à sphère des obligations d'informations imposées » à des entreprises, tandis que le futur texte relatif au devoir de diligence introduira des « exigences d'ordre comportemental »³³²³.

1055. En ce qui concerne les traités d'investissement, la promotion de la libre circulation des capitaux reste leur objectif principal. Ils n'ont pas, pour l'heure, prévu la possibilité pour les États d'hôte de rechercher la responsabilité des investisseurs étrangers pour les activités menées par les multinationales qui entraînent des pollutions environnementales, le dérèglement climatique ou la destruction des écosystèmes locaux dépendant des forêts. Toutefois, la question d'équilibrer les droits et les obligations, notamment en matière des responsabilités des investisseurs, est également devenue un sujet de réforme des TBI³³²⁴. Le Brésil a inséré la responsabilité sociale des entreprises dans son nouveau modèle de TBI. L'AECG, conclu entre l'Union européenne et le Canada, a réaffirmé dans son préambule son engagement à promouvoir le développement durable et le développement du commerce international, de manière à contribuer aux dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable. Par ailleurs, il est encouragé « les entreprises qui exercent des activités sur leur territoire ou qui relèvent de leur juridiction à respecter les lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises, y compris les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et à adopter des

³³²¹ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, *op.cit.*, p.125

³³²² Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 COM/2022/71 final

³³²³ Schlumberger E, « Chronique de droit européen des sociétés », *op.cit.*, p.6

³³²⁴ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 127

pratiques exemplaires en matière de conduite responsable des entreprises »³³²⁵. Il faut toutefois signaler que le modèle de TBI proposé par le Brésil n'a pas inclus le mécanisme de RDIE. En conséquence, tant le TBI du Brésil que l'AECG n'ont pas prévu de mécanisme de règlement des différends pour rechercher les responsabilités des entreprises multinationales. En ce qui concerne la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie, la responsabilité sociale des entreprises est l'un des sujets majeurs abordés. Les autres sujets relèvent de la définition de l'expropriation indirecte, du développement durable, etc.

1056. Malgré cela, le TPP signé en 2016 et le RCEP signé en 2020 n'ont pas prévu de reconnaissance de l'importance accordée à la responsabilité sociale des entreprises. Ce n'est d'ailleurs pas non plus le cas de l'ACEUM qui remplace l'ALENA. Cependant, ces accords ont introduit des réflexions sur le rééquilibrage des responsabilités entre les États d'accueil et les entreprises multinationales. Le TPP, après le désengagement des États-Unis en 2017, fut baptisé CPTPP. Cette version modifiée du traité a été signée en mars 2018 et est entrée en vigueur en décembre 2018. Dans le préambule, il est mentionné que « l'importance de promouvoir la responsabilité sociale des entreprises, l'identité et la diversité culturelles, la protection et la conservation de l'environnement, l'égalité des sexes, les droits des Autochtones, les droits dans le domaine du travail, le commerce inclusif, le développement durable et le savoir traditionnel, ainsi que l'importance de préserver leur droit de réglementer dans l'intérêt public ».

1057. En conclusion, le rééquilibrage des responsabilités est aujourd'hui un nouveau domaine de réflexion en droit international. Toutefois, les traités négociés sous l'initiative des États-Unis (TPP)³³²⁶ ainsi que ceux conclus sous l'influence de la Chine (RCEP)³³²⁷ n'ont pas encore accordé une importance capitale à la responsabilité sociale des entreprises dans le cadre des traités d'investissement. En comparaison, l'Europe semble avoir davantage progressé dans ce domaine.

II. Modernisation des TBI

1058. Les TBI sont des formes de traités bilatéraux. Toutefois, ils sont généralement considérés comme « fac-similés les uns des autres »³³²⁸. L'inclusion presque systématique du mécanisme de RDIE dans toutes les anciennes générations de TBI, conclus pendant l'apogée

³³²⁵ AECG, préambule

³³²⁶ TPP, ACEUM

³³²⁷ RECP

³³²⁸ Kethireddy S., « Still the Law of Nations : Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.318

du libéralisme, « offre à l'investisseur étranger un cadre de protection relativement homogène »³³²⁹. Il est difficile de nier l'existence du multilatéralisme, étant donné qu'il repose sur un réseau de 3000 TBI et soutenu par la Convention de Washington, qui compte plus de 158 pays membres en matière de droit international de l'investissement.

1059. Il est également admis que la pratique des États-Unis en matière de clauses incluses dans la négociation des TBI a initié une tendance suivie par d'autres pays³³³⁰. Malgré les mouvements importants contre la négociation de chaque nouvel accord de libre-échange et l'inclusion de clause de RDIE, les États-Unis ne souhaitent pas abandonner le régime actuel. Ils ont donc choisi de moderniser leurs réseaux de TBI et les accords de libre-échange. En effet, selon le directeur du Conseil économique national du président des États-Unis, Jeffrey Zients, les tribunaux étrangers ne respectent pas les principes constitutionnels américains ou n'agissent pas de manière impartiale ou non discriminatoire³³³¹, illustrant ainsi la nécessité du mécanisme de RDIE pour contourner les tribunaux nationaux des États hôtes. Ce dernier a ainsi souligné qu'« au cours des 50 dernières années, 180 pays ont conclu plus de 3 000 accords qui assurent la protection des investissements »³³³², démontrant ainsi le triomphe du libéralisme américain. Il convient donc de moderniser le mécanisme de RDIE au lieu de l'abandonner, conformément à l'intérêt américain. En ce qui concerne la modernisation des TBI, tous les accords de libre-échange nouvellement conclus ont été modifiés selon l'expérience de l'ALENA, et ces modifications ont été périodiquement insérées dans les modèles de traités. De plus, un décret présidentiel a été publié en avril 2017, donnant mission au secrétaire du commerce et aux représentants commerciaux des États-Unis d'effectuer des évaluations de rendement de tous les accords d'investissement bilatéraux, plurilatéraux et multilatéraux auxquels les États-Unis sont parties³³³³. Le TPP est considéré comme l'illustration la plus emblématique de la position des États-Unis concernant le mécanisme de RDIE³³³⁴. Le directeur susmentionné a également

³³²⁹ Kallergis A., « L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées », *JDI*, n°3, Juillet-Août-Septembre 2022, p.826

³³³⁰ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.639

³³³¹ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 251

³³³² Cité dans Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, *Ibid.*

Texte original : « over the last 50 years, 180 countries have entered into more than 3000 agreements that provide investment protections »

³³³³ Executive Order 13796 of April 29, 2017 [en ligne: <https://www.federalregister.gov/documents/2017/05/04/2017-09156/addressing-trade-agreement-violations-and-abuses>] [consulté le 21 novembre 2021]

³³³⁴ Krizer K.L., « International Investment Agreement Practice and The Trans-Pacific Partnership », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol.110, mars 30-2 avril 2016, p.51

indiqué que « le TPP indiquera clairement que les gouvernements peuvent réglementer dans l'intérêt public, y compris en ce qui concerne la santé, la sécurité et l'environnement, et en restreignant la définition des types de blessures que les investisseurs peuvent demander à être indemnisés »³³³⁵. Ces évolutions apportées par le TPP en prenant en compte l'intérêt public sont considérées suffisantes pour les États-Unis de continuer à soutenir le mécanisme de RDIE. Ainsi, l'idéologie pro-libéralisme reste dominante, au moins dans les années 2015, car les sénateurs et membres de congrès ont voté en faveur de TPP³³³⁶.

1060. D'autres États ont suivi l'exemple des États-Unis dans les nouveaux traités afin de rendre plus difficile aux investisseurs étrangers d'obtenir gain de cause contre les gouvernements hôtes. Ainsi, la souveraineté des États a été renforcée, tandis que leurs engagements internationaux sont encadrés par de telles mesures techniques.

1061. Historiquement, le régime de RDIE a été insérée dans les TBI signés pendant les années 1990, à une époque où le libéralisme était dominant et où les traités prévoyaient des clauses manquant de précision. Ces TBI sont toujours sources de nombreux arbitrages en 2019, 2020 et 2021³³³⁷. A noter qu'après la réforme proposée par la CNUDCI en 2013, les TBI conclus dans les années 1990, voire plus anciens, sont toujours sollicités dans le cadre d'arbitrages³³³⁸, témoignant de la nécessité de réformer les TBI de l'ancienne génération.

1062. Il est donc observé qu'un grand nombre de pays ont également choisi de moderniser leurs modèles lors des nouvelles négociations. Il faut souligner qu'une réflexion sur ces points a été menée dans les traités de TBI nouvellement signés, depuis 2012 notamment, lorsque la CNUDCI a pris la décision d'écrire de manière explicite la défaillance du mécanisme de RDIE³³³⁹. Selon les chiffres fournis par la CNUDCI, en 2012, seuls 17 TBI ou traités sous autres formes ont mentionné la protection de la santé et de la sécurité, des droits du travail, de l'environnement ou du développement durable dans leur préambule³³⁴⁰. Parmi ces traités, 10 ont fait de ces valeurs une exception générale³³⁴¹, tandis que 7 traités³³⁴² ont indiqué de manière

³³³⁵ *Ibid.*

Texte originale : « TPP will make it absolutely clear that governments can regulate in the public interest, including with regard to health, safety and the environment, and narrowing for the definition of what kinds of injuries investors can seek compensation for. »

³³³⁶ *Id.*, p. 252

³³³⁷ UNCTAD, World Investment Report 2022, p.73; UNCTAD, World Investment Report 2021, p.129; UNCTAD, World Investment Report 2020, p.102

³³³⁸ UNCTAD, World Investment Report 2022, p.74

³³³⁹ UNCTAD, World Investment Report 2012, p.xxi

³³⁴⁰ UNCTAD, World Investment Report 2013, p. 102

³³⁴¹ *Ibid.*

³³⁴² *Ibid.*

explicite que les parties ne devraient pas assouplir les normes de santé, de sécurité ou d'environnement pour attirer les investissements. Alors en 2013, plus de 40 pays et 4 organisations d'intégration régionales ont modifié leurs modèles de traités relatifs aux investissements³³⁴³. Un consensus émanant de la communauté internationale considère que l'attraction des investissements ne doit pas conduire à l'assouplissement des normes de santé, de sécurité ou d'environnement³³⁴⁴. Ainsi, la CNUDCI a confirmé que les éléments de développement durable ont pour objectif de préserver l'espace réglementaire des pays en général et de minimiser l'exposition aux arbitrages des investissements en particulier³³⁴⁵. Le regard sur les contrôles étatiques n'est plus perçu de manière automatiquement négatif, malgré le fait que ces contrôles soient *de facto* contraire au principe du libéralisme en matière d'investissements étrangers.

1063. A part cela, d'autres mesures techniques ont été exploitées. Par exemple, la réduction du champ d'application du traité en utilisant une définition limitée de l'investissement³³⁴⁶. Pour rappel, l'article 25 du traité de Washington de 1965 en a donné une définition extrêmement large, afin de ne pas limiter les protections accordées aux investisseurs. Cependant, cette tendance a évolué au cours des cinquante dernières années. Enfin, l'accès au RDIE a été également réglementé, visant à limiter les dispositions des traités soumises au RDIE, à exclure certains domaines politiques du régime RDIE, à définir un mécanisme spécial pour la fiscalité et les mesures prudentielles, et à restreindre la période pendant laquelle les réclamations peuvent être soumises³³⁴⁷. En 2013, 12 nouveaux traités ont proposé des définitions pour éviter que les nouvelles législations des pays d'accueil relatives au développement durable ne soient considérées comme une expropriation indirecte³³⁴⁸. De plus, 16 traités ont limité l'accès au RDIE³³⁴⁹. En 2014, 50 pays ou régions ont commencé à réviser ou ont révisé leurs modèles de TBI³³⁵⁰. Cette fois, cette tendance ne s'est plus limitée aux pays développés, puisque les pays en voie de développement y ont également participé. Parmi ces 50 pays, 12 sont des pays africains, 8 sont des pays d'Amérique latine, 7 pays sont asiatiques et 10 pays sont européens³³⁵¹. En 2015, le Brésil, le Canada, le Colombie, l'Égypte, l'Inde, l'Indonésie, les Pays-Bas, le

³³⁴³ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 115

³³⁴⁴ *Id.*, p. 118

³³⁴⁵ *Id.*, p. 103

³³⁴⁶ *Ibid.*

³³⁴⁷ *Ibid.*

³³⁴⁸ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 117

³³⁴⁹ *Ibid.*

³³⁵⁰ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 108

³³⁵¹ *Ibid.*

Mongolie, le Norvège, l’Afrique du Sud, la Slovaquie et la Suisse ont tous participé à la révision de leur politique d’investissement étranger, en mettant à jour les modèles de TBI³³⁵². En 2016, la plupart des nouveaux traités conclus ont prévu des dispositions contenant un droit de réglementer les problématiques concernant le développement durable³³⁵³. Parmi eux, 15 TBI et 3 Partenariat transatlantique de commerce et d’investissements ont été conclu en 2016, 9 ont prévu des exceptions générales pour la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale, ou la conservation des ressources naturelles épuisables³³⁵⁴, tandis que 11 traités ont exprimé de manière explicite que les parties ne devraient pas assouplir les normes de santé, de sécurité ou d’environnement pour attirer les investissements³³⁵⁵.

1064. Une comparaison menée par la CNUDCI entre les traités TBI qui ont été conclu entre 1959 et 2010 (2432 traités), et ceux qui ont été conclu entre 2011 et 2016(110 traités) démontre que les modifications sont radicales³³⁵⁶. Par exemple, seulement 5% des traités d’anciennes générations clarifiaient la notion d’expropriation indirecte, alors que 42% des traités de nouvelle génération ont apporté des éclaircissements sur ce point, principalement pour éviter les abus³³⁵⁷. En outre, 7% contre 43% des deux générations ont prévu des exceptions pour les politiques publiques en matière de développement durable³³⁵⁸. Ces modifications visent, selon CNUDCI, à préserver l’espace réglementaire des pays souverains, tout en contribuant à limiter l’accès à l’arbitrage des investisseur³³⁵⁹.

1065. En plus de la réforme recommandée par la CNUDCI, une réunion des ministres du commerce du G20 a été tenue à Shanghai en juillet 2016, au cours de laquelle la création d’un guide de principes relatifs aux politiques d’investissement mondiales a été proposée³³⁶⁰. Ce guide comprend des principes classiques, du point I au point IV, visant à promouvoir les investissements internationaux et à favoriser le libéralisme. De même, les nouvelles tendances dans ce domaine sont reflétées du point V au point VIII. Le point V insiste sur la cohérence entre la politique d’investissement et les objectifs de développement durable et de croissance inclusive. Le point VI confirme le droit des gouvernements de réglementer les investissements

³³⁵² UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 108

³³⁵³ UNCTAD, World Investment Report 2017, p. 119

³³⁵⁴ *Ibid.*

³³⁵⁵ *Ibid.*

³³⁵⁶ *Id.*, p. 122

³³⁵⁷ *Ibid.*

³³⁵⁸ *Ibid.*

³³⁵⁹ *Id.*, p.120

³³⁶⁰ G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking [en ligne: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf>] [consulté le 22 novembre 2021]

à des fins légitimes de politique publique. Le point VIII prévoit que les politiques d'investissement doivent promouvoir et faciliter le recours à de meilleures pratiques internationales des instruments applicables ainsi que le respect d'une conduite responsable des affaires et de la gouvernance d'entreprise. Ce guide peut être considéré comme un consensus de la communauté internationale, représentée par les pays exerçant des influences importantes.

1066. En 2018, la CNUDCI a remarqué que plus de 150 pays ont entrepris au moins une action visant à promouvoir le développement durable³³⁶¹. Les nouveaux traités conclus en 2017 ont abordé soit le développement durable, soit la préservation de l'espace réglementaire, soit favorisé l'amélioration ou l'exclusion du règlement des différends en matière d'investissement³³⁶². Cette tendance s'est poursuivie en 2018³³⁶³. Cet objectif se traduit techniquement par l'insertion d'exceptions générales, la limitation du domaine d'application du traité (conduisant à réduire la définition de l'investissement), la clarification des obligations relatives aux traitements juste et équitables ainsi que par une amélioration de la notion de l'expropriation indirecte. Parmi ces pays, les États-Unis, défenseur du régime de RDIE, ont proposé un amendement en 2018 concernant l'accord de libre-échanges États-Unis-Corée, signé en 2007³³⁶⁴. L'amendement vise à exclure la clause de « la nation la plus favorisée » du champ d'application de la procédure de RDIE³³⁶⁵. Ainsi, la tendance visant à limiter de plus en plus l'accès au mécanisme de RDIE par les investisseurs internationaux se poursuit de nos jours³³⁶⁶.

1067. Malgré les mesures correctives introduites, il faut admettre que les TBI sont devenus moins populaires. En 2020, le nombre de traités d'investissement dénoncés a dépassé le nombre de nouveaux traités conclus³³⁶⁷. De plus, parmi les nouveaux traités conclus, la moitié sont des accords conclus par le Royaume-Uni après le Brexit³³⁶⁸. Cette tendance se prolonge en 2021³³⁶⁹.

³³⁶¹ UNCTAD, World Investment Report 2018, p. 96

³³⁶² *Id.*, p. 96

³³⁶³ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 105

³³⁶⁴ *Id.*, p. 110

³³⁶⁵ Protocol Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Korea Amending The Free Trade Agreement between The United States of America and the Republic of Korea, article 4

³³⁶⁶ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 112

³³⁶⁷ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 122

³³⁶⁸ *Ibid.*

³³⁶⁹ UNCTAD, World Investment Report 2022, p. 65

En même temps, la conclusion des traités méga-régionaux, ou « multilatéralisme régionalisé », bénéficie d'un accueil de plus en plus favorable³³⁷⁰.

1068. En résumé, les États ont adopté différentes stratégies pour faire face à la tension entre le droit national et les traités d'investissement, soit en les dénonçant, soit en les réformant pour résoudre ce conflit et assurer une certaine stabilité juridique³³⁷¹ tout en préservant leur marge de manœuvre en matière de politique publique.

Conclusion du Chapitre

1069. Les traités d'investissement ont été initialement créés dans le but de promouvoir et de protéger les investissements internationaux. Dans cette optique, les dispositions relatives à d'autres domaines ont été délibérément exclues de ces accords afin de se concentrer uniquement sur la protection des investissements³³⁷². Cependant, cette approche a suscité des critiques quant à la manière dont les traités ont été interprétés et appliqués. Certains critiques ont noté que les investisseurs étrangers sont devenus les véritables bénéficiaires de la protection, bénéficiant ainsi du privilège d'intenter des actions contre l'État hôte en cas de violation des termes du traité³³⁷³. Cette interprétation a parfois été considérée comme accordant une véritable immunité aux investisseurs étrangers vis-à-vis de toute intervention de l'État hôte³³⁷⁴, remettant ainsi en question la capacité des États à réguler dans l'intérêt public. De plus, des critiques plus larges ont été formulées à l'égard des institutions internationales impliquées dans ces traités, telles que la Banque Mondiale (le CIRDI étant une institution de la Banque Mondiale), le Fonds monétaire international et l'OMC. Certains accusent ces institutions d'être « antidémocratiques méprisant la souveraineté des États »³³⁷⁵ en prônant un modèle de société néolibérale qui favorise les intérêts des investisseurs internationaux au détriment des intérêts nationaux³³⁷⁶. En résumé, les critiques sur les traités d'investissement mettent en évidence le déséquilibre perçu entre la protection des investisseurs étrangers et la souveraineté régulatrice des États d'hôte, ainsi que les préoccupations concernant les institutions internationales et le modèle économique qu'elles peuvent promouvoir. Ces critiques ont conduit certains États à remettre en question l'efficacité

³³⁷⁰ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.133

³³⁷¹ Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, *op.cit.*, p.10-11, paragr. 19

³³⁷² Monebhurrin N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, *op.cit.*, p.343

³³⁷³ Robert-Cuendet S., *Protection de l'environnement et investissement étranger*, *op.cit.*, p.721

³³⁷⁴ *Ibid.*

³³⁷⁵ Cazala J., « La dénonciation de la Convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, vol 58, 2012, p.552

³³⁷⁶ *Ibid.*

et la légitimité des mécanismes de règlement des différends entre les investisseurs et les États et à chercher des moyens de réformer ou de dénoncer ces traités pour mieux concilier les intérêts publics et privés.

1070. Dans le contexte actuel marqué par le retour de la souveraineté et l'évolution des consensus au sein de la société internationale, il est de plus en plus pris en compte que les objectifs des traités d'investissement ne se limitent pas uniquement à la libre circulation des capitaux. Cependant, « des discussions et des désaccords sur l'autres considérations ne pouvaient pas retarder l'objectif principal de protection des investissements »³³⁷⁷. Il est important de noter que les réformes n'ont pas véritablement modifié les objectifs de ces traités³³⁷⁸. L'arbitrage d'investissement reste un mécanisme « unilatéral »³³⁷⁹, c'est-à-dire que seul l'investisseur peut recourir à l'arbitrage pour protéger ses droits. L'acceptation de la demande de reconventionnelle par les tribunaux arbitraux ainsi que « les condamnations de l'investisseur associées à des violations soient encore exceptionnelles »³³⁸⁰ dans le cadre d'arbitrage d'investissement. Par conséquent, les déséquilibres entre les intérêts des États et des investisseurs persistent dans ce domaine. Face à ces déséquilibres, certains États ont décidé de dénoncer la Convention CIRDI ou leurs traités bilatéraux d'investissement pour se retirer du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États. D'autres États ont modernisé leurs modèles de traité d'investissement et renégocié ou conclu de nouveaux traités méga-régionaux.

1071. En conclusion, malgré les tentatives de réforme, les objectifs des traités d'investissement restent centrés sur la protection des investissements internationaux, et les déséquilibres entre les intérêts des États et des investisseurs continuent de susciter des débats et des actions de dénonciation ou renégociation de la part des États.

³³⁷⁷ Monebhurrin N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, *op.cit.*, p.343

³³⁷⁸ *Ibid.*

³³⁷⁹ Hayek I., *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, *op.cit.*, p.406, paragr.704

³³⁸⁰ Abonnat Ruggeri E., *Les demandes reconventionnelles de l'Etat en arbitrage transnational*, 711 P., Thèse en droit : Université de Genève/Université Paris II-Panthéon-Assas, 2021, p.645, paragr.1481

CHAPITRE II. CONCURRENCE ENTRE LES NOUVEAUX MULTILATÉRALISMES

1072. L'économiste Ninou Garabaghi considère que « l'essor de la pensée ultralibérale à l'ère de la mondialisation, le mal du siècle qui s'est répandu à l'échelle de la planète telle une pandémie est le mal de la désunion qui a pour origine l'idéologie du chacun pour soi »³³⁸¹. Dans cette perspective, l'émergence du multilatéralisme régional, qui favorise « la diversité culturelle »³³⁸² et « la démocratisation de la gouvernance mondiale »³³⁸³, peut être considérée comme une réponse à la mondialisation. Aujourd'hui, avec l'apparition des divers traités méga-régionaux, la définition étroite et traditionnelle du « multilatéralisme », qui se concentrait davantage sur le multilatéralisme à l'échelle mondiale, est dépassée. Autrement dit, « le multilatéralisme prend corps tant dans un cadre local ou régional que dans une perspective universelle, il peut réunir seulement les proches ou être ouvert au plus grand nombre en associant même le cas échéant des acteurs non étatiques »³³⁸⁴.

1073. Le « multilatéralisme » en droit international peut être considéré comme « la production par les États, les organisations internationales et les ONG de normes et de règles visant à établir un ordre international coopératif régissant les interdépendances internationales »³³⁸⁵. En matière de droit des investissements internationaux, les échecs des négociations et de l'élaboration des traités d'échelle mondiale ont poussé certains pays à chercher d'autres moyens pour poursuivre la politique du libéralisme. Ces nouvelles approches comprennent des traités méga-régionaux tels que le TPP, qui représentait le plus grand stock d'IDE entrant dans le monde³³⁸⁶ et a été remplacé par le CPTPP après le retrait des États-Unis ; l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (USMCA) remplaçant l'ALENA ; le PTCI entre les États-Unis et l'Union européenne représentant 45 % de PIB mondial, en suspension³³⁸⁷ ; l'AECG entre le Canada et l'Union européenne ; le RECP représentant près de la moitié de la population mondiale³³⁸⁸, et le nouveau pacte d'investissement entre l'Union européenne et la Chine, actuellement mis en suspension. Ces traités méga-régionaux ont gagné en popularité en raison de leur taille et de leurs implications potentiellement énormes³³⁸⁹. Ils permettent de moderniser le réseau actuel du

³³⁸¹ Garabaghi N., Les espaces de la diversité culturelle, Du multilatéralisme au multilatéralisme régional, *op.cit.*, p.224

³³⁸² *Id.*, p.34

³³⁸³ *Ibid.*

³³⁸⁴ Fernandez J., Holeindre J-V., « Présentation », dans *Nations déunies ? La crise du multilatéralisme dans les relations internationales*, Julian Fernandez et Jean-Vincent Holeindre (dirs.), Paris, CNRS Éditions, 2022, p13

³³⁸⁵ Petiteville F., *Le multilatéralisme*, *op.cit.*, p.12

³³⁸⁶ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 120

³³⁸⁷ *Ibid.*

³³⁸⁸ *Ibid.*

³³⁸⁹ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 118

droit international de l'investissement composé par les TBI. Une fois conclus, ces traités sont susceptibles d'avoir un impact majeur sur l'élaboration des règles d'investissement mondiales et les modèles d'investissements mondiaux³³⁹⁰. Par conséquent, « le nexus « multilatéralisme-régionalisme » constitue un terrain propice à l'observation de configurations mouvants de l'ordre international »³³⁹¹.

1074. Il est important de souligner que ces traités méga-régionaux sont une alternative à l'échec des négociations de traité d'investissements internationaux d'échelle mondiale³³⁹². Ils deviennent une « deuxième meilleure solution »³³⁹³ après l'apogée de la conclusion des TBI. Ces accords proposent donc des normes internationales ainsi qu'une interprétation et une pondération différente sur « libéralisme » et de sa mise en place, créant ainsi une concurrence entre différentes normes internationales.

1075. La Chine n'a été qu'un acteur de second plan dans l'ordre juridique économique international constitué à l'apogée du libéralisme sous la « dominance des États-Unis et de l'internationalisme libéral »³³⁹⁴. L'adhésion de la Chine dans l'OMC en 2001 lui a offert la possibilité de contribuer à l'élaboration de normes multilatérales en matière de commerce et d'investissement, mais elle reste prudente quant à proposer de nouvelles règles (Section 1).

1076. En parallèle, l'Europe a également été un concurrent des États-Unis en proposant sa conception du « multilatéralisme ». En effet, tant le vieux continent que les États-Unis ont une tradition historique de volonté de progrès de la société via l'établissement de normes. Il est observé, premièrement, qu'il existe déjà un conflit entre les normes internationales établies ou initiées par ces deux concurrents. Selon le « principe de l'absence de hiérarchie entre les sources formelles du droit inter-étatique »³³⁹⁵, les arbitrages d'investissement intra-européen et les questions préjudicielles, décrit comme « deux aimants » par Monsieur le Professeur Jourdan-Marques³³⁹⁶, démontrent une confrontation entre l'ordre juridique de l'Union européenne et

³³⁹⁰ *Ibid.*

³³⁹¹ Parthenay K., « Multilatéralisme et régionalismes imbrications et configurations plurielles dans un ordre global et mutation », dans *Nations déunies ? La crise du multilatéralisme dans les relations internationales*, Julian Fernandez et Jean-Vincent Holeindre (dirs.), Paris, CNRS Editions, 2022, p. 268

³³⁹² Claussen K., « Separation of Trade Law Powers », *Yale J. Int. Law.*, vol 43, n°2, été 2018, p.316; v. également UNCTAD, World Investment Report 2017, p. 124-125

³³⁹³ UNCTAD, World Investment Report 2017, p.125

³³⁹⁴ Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *op.cit.*, p.583

³³⁹⁵ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, *op.cit.*, p.515

³³⁹⁶ Jourdan-Marques J., « Arbitrage et question préjudicielle », *CAPJIA*, n°2, 2022, p.595

l'ordre juridique international³³⁹⁷. Tant l'Union européenne que les arbitres dans le cadre de RDIE cherchent à défendre la supériorité de leurs sources de droit international. La résolution ultime de l'Union européenne est de créer un nouveau régime de règlement des différends entrant en concurrence directe avec celui créé et promu par les États-Unis. Selon un Professeur et juriste chinois, l'innovation sur le règlement des différends proposé par l'UE reflète en grande partie sa tentative de rompre avec les chaînes de l'arbitrage privatisé dirigé par les investisseurs et établi par les États-Unis dans le cadre de l'ALENA³³⁹⁸. En effet, la concurrence entre les systèmes et l'élaboration des normes internationaux en matière d'investissement entre l'Union européenne et les États-Unis illustrent également un processus de transition *du* multilatéralisme vers *des* multilatéralismes (Section 2).

Section 1. Compétition entre la Chine et les États-Unis

Section 2. Compétition entre l'UE et les États-Unis

³³⁹⁷ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.582

³³⁹⁸ 石静霞(Shi J.), 孙英哲(Sun Y.), « 国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析 », *国际法研究*, n°2, 2018, p.36 (« Évolution récente des accords internationaux d'investissement et implications pour la Chine - Analyse du chapitre sur l'investissement de l'AECG », *Chinese Review of International Law*, °2, 2018, p.36)

Section 1. Compétition entre la Chine et les États-Unis

1077. La manière dont la Chine joue un rôle dominant dans le RCEP (« Partenariat économique régional global », ou « *Regional Comprehensive Economic Partnership* » en anglais), à l'instar des États-Unis dans le TPP (renégocié après leur retrait et devenu PTPGPA ou CPTPP en anglais), reste incertaine. Le RCEP est considéré par la presse³³⁹⁹ ainsi que les juristes français³⁴⁰⁰ comme un traité méga-régional négocié sous l'initiative de la Chine, entrant en compétition directe avec le TPP, représentant ainsi la concurrence entre le modèle chinois et le modèle américain des traités de libre-échange. Toutefois, il est important de reconnaître que, mis à part le poids d'importance économique de la Chine, son mode de comportement diverge de celui des États-Unis.

1078. Par ailleurs, la relation entre l'UE et la Chine est étroitement influencée par les dynamiques des relations sino-américaines. En effet, la manière dont les États-Unis interagissent avec la Chine a un impact significatif sur la diplomatie et les décisions de l'UE envers la Chine. La ratification de l'accord de principe sur les investissements entre l'UE et la Chine, conclu en décembre 2020, est actuellement en suspens. Selon Madame la Professeure Shi, la procédure de ratification et l'entrée en vigueur de l'AGI (« Accord global sur les investissements ») entre l'Union européenne et la Chine impliquent des questions politiques et relatives aux relations internationales qui sont complexes et sensibles. Ces questions incluent notamment l'autonomie stratégique ouverte de l'UE, la diplomatie des valeurs et la tendance de développement de la relation transatlantique entre les États-Unis et l'Europe³⁴⁰¹.

1079. En effet, pendant longtemps, le monde a été dominé par l'acceptation d'une hégémonie tant en politique qu'en droit international. Il est difficile d'imaginer un mode de comportement différent prévu par une telle théorie d'hégémonie développée les pays occidentaux (§1).

1080. Une telle différence est devenue d'autant plus évidente dans le projet de BRI (« *Belt & Road Initiative* » ou « la ceinture et la route » en français), également considéré comme une

³³⁹⁹ Arredondas M., « La Chine dirige le RCEP, le plus grand accord de libre-échange du monde », *Atalayar*, le 4 janvier 2022 [en ligne : <https://atalayar.com/fr/content/la-chine-dirige-le-plus-grand-accord-de-libre-%C3%A9change-du-monde>] [consulté le 15 novembre 2022]

³⁴⁰⁰ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

³⁴⁰¹ 石静霞 (Shi J.), 陈晓霞 (Chen X.), « « 中欧全面投资协定 » : 我国商签经贸条约的新范式 », *国际法研究*, n°5, 2021, p.98 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global Chine-UE sur l'investissement », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2021, p.81-98)

« forme de multilatéralisme régional »³⁴⁰². Malgré d'importants investissements dans l'infrastructure, la Chine « ne semble pas avoir l'intention ferme d'introduire des obligations de *Hard Law* dans la BRI »³⁴⁰³. Plus précisément, aucun nouveau TBI ou Accord commercial régional n'a été négocié ou signé depuis l'annonce du projet BRI³⁴⁰⁴. Au contraire, la Chine adopte une approche de flexibilité maximisée³⁴⁰⁵ à travers l'utilisation du *Soft Law* non contraignant, marquant un contraste significatif avec l'approche juridique plus rigide des États-Unis³⁴⁰⁶(§2).

§1. La prudence sur la création des normes en matière de *Hard Law*

1081. Deux traités récents démontrent la prudence de la Chine dans son rôle sur l'élaboration du droit international : le RCEP (I) et l'AGI (II).

I. Le RCEP

1082. Le RCEP, considéré comme ayant été négocié sous l'influence importante de la Chine, est vu par beaucoup comme un modèle concurrent du CPTPP (Accord de partenariat transpacifique global et progressiste).

1083. Le CPTPP, initialement dénommé TPP sous l'administration Obama, fut négocié avant que le Président Trump ne décide de se désengager du traité³⁴⁰⁷. L'objectif du CPTPP était de créer un nouveau régime similaire à l'OMC, mais en excluant la Chine³⁴⁰⁸. Effectivement, l'OMC est au bord d'être laissée de côté par les États-Unis³⁴⁰⁹ en raison des négociations difficiles dans le nouveau cycle de négociations de Doha³⁴¹⁰ dues au surnombre de pays

³⁴⁰² Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *J. Int. Econ. Law*, vol 22, n°1, mars 2019, p.29

³⁴⁰³ Chaisse J., Kirkwood J., « Chinese Puzzle: Anatomy of the (Invisible) Belt and Road Investment Treaty », *J. Int. Econ. Law*, vol 23, n°1, mars 2020, p. 247

Texte original: « China does not appear to have a strong intention to bring in BRI-wide hard law obligations. »

³⁴⁰⁴ *Ibid.*

³⁴⁰⁵ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 612

³⁴⁰⁶ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.31

³⁴⁰⁷ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

³⁴⁰⁸ Chow D. C.K., « How the United States Used the Trans-Pacific Partnership to Contain China in International Trade », *Chic. J. Int. Law*, vol n°17, issue n°2, le 12 janvier 2016, p. 372

³⁴⁰⁹ Johnson K., « U.S. Effort to Depart WTO Gathers Momentum », *FP*, 27 mai 2020 [en ligne: <https://foreignpolicy.com/2020/05/27/world-trade-organization-united-states-departure-china/>] [consulté le 6 octobre 2021]; v. également Bloch R., « Pourquoi Trump menace encore de quitter l'OMC », *Les Echos*, le 14 août 2019

³⁴¹⁰ Bellmann C., « The Bali Agreement: Implications for Development and the WTO », *Revue internationale de politique de développement*, 5.2., 20 mai 2014, [n.p.] [en ligne : <http://journals.openedition.org/poldev/1744>] [consulté le 6 octobre 2021]

membres et au fait qu'elle ne s'adapte plus aux pratiques commerciales d'aujourd'hui³⁴¹¹. Un sénateur républicain du Missouri, Josh Hawley, a souligné dans son discours que : « [n]os intérêts et ceux de l'OMC ont depuis longtemps divergé »³⁴¹². Le TPP, qui représentait plus de 40 % du commerce mondial lorsque les États-Unis en faisaient partie, avait été conçu pour offrir des traitements de « *WTO Plus* » à ses signataires, excluant les non-signataires tels que la Chine³⁴¹³. Cependant, le retrait annoncé par le Président Trump en 2017 a bouleversé la situation³⁴¹⁴. Bien que le Président Biden n'ait pas exprimé son soutien à un retour des États-Unis au CPTPP, il a exprimé la possibilité de négocier pour inclure des dispositions plus strictes en matière de travail et d'environnement³⁴¹⁵. Parallèlement, la Chine a soumis une demande pour devenir membre du CPTPP en septembre 2021³⁴¹⁶.

1084. Le RCEP, quant à lui, est signé en novembre 2020 et est entré en vigueur en janvier 2022. Il s'agit du plus grand accord de libre-échange de l'histoire en termes de PIB combiné des parties³⁴¹⁷. Toutefois, il ne faudrait pas tirer de conclusions hâtives en soutenant que la Chine a pris l'initiative des négociations du RCEP, lorsque moins de recherches ont été effectuées sur la négociation des traités méga-régionaux en Asie par rapport à ceux qui ont été négociés par les États-Unis et l'Union européenne³⁴¹⁸. En effet, malgré le fait que la Chine dispose d'un plus grand pouvoir de marché parmi les quinze membres de RCEP³⁴¹⁹, le Japon et la Corée ont une alliance proche avec les États-Unis³⁴²⁰. Ainsi, la négociation du RCEP est

³⁴¹¹ Le Figaro avec AFP, « L'Union européenne appelle à une réforme urgente de l'OMC », *Le Figaro*, 16 septembre 2021 ; v. également Trachtman J., « What Aspects of the WTO is the Trump Administration Targeting for Reform? », *Econofact*, 28 janvier 2020 [en ligne : <https://econofact.org/what-aspects-of-the-wto-is-the-trump-administration-targeting-for-reform>] [consulté le 6 octobre 2021]

³⁴¹² Johnson K., « U.S. Effort to Depart WTO Gathers Momentum », *op.cit.*
Texte original: « Our interests and those of the WTO diverged long ago »

³⁴¹³ Chow D. C.K., « How the United States Used the Trans-Pacific Partnership to Contain China in International Trade », *op.cit.*, p. 372

³⁴¹⁴ Latribune, « Donald Trump retire officiellement les États-Unis du TPP », *La Tribune*, le 23 janvier 2017

³⁴¹⁵ McBride J., Chatzky A., Siripurapu A., « What's Next for the Trans-Pacific Partnership(TPP) ? », *Council on Foreign Relations*, le 20 septembre 2021 [en ligne : <https://www.cfr.org/backgrounder/what-trans-pacific-partnership-tpp>] [consulté le 5 octobre 2021]

³⁴¹⁶ Reuters, « China applies to join Pacific trade pact to boost economic clout », *Reuters*, le 17 septembre 2021 [en ligne : <https://www.reuters.com/world/china/china-officially-applies-join-cptpp-trade-pact-2021-09-16/>] [consulté le 6 octobre 2021]

³⁴¹⁷ Ewing-Chow M., Losari J.J., « The RECP Investment Chapter: A State-to-State WTO Style System For Now », *Kluwer Arbitration Blog*, le 8 décembre 2020 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/12/08/the-RECP-investment-chapter-a-state-to-state-wto-style-system-for-now/>] [consulté le 4 octobre 2022]

³⁴¹⁸ Chaisse J., Elsig M., Jusoh S, et Lugg A., « Drafting Investment Law : Patterns of Influence in the Regional Comprehensive Economic Partnership(RECP) », *J. Int. Econ. Law*, vol 25, n°1, mars 2022, p.116

³⁴¹⁹ Dix États membres de l'ASEAN : Brunei, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, Myanmar, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam

Et 5 autres États de l'Asie et du Pacifique : la Chine, le Japon, la Corée du Sud, l'Australie et la Nouvelle-Zélande

³⁴²⁰ Chaisse J., Elsig M., Jusoh S, et Lugg A., « Drafting Investment Law : Patterns of Influence in the Regional Comprehensive Economic Partnership(RECP) », *op.cit.*, p.116

conduite par la volonté des dix membres de l'ASEAN afin de consolider les accords ASEAN existants³⁴²¹. En conséquence, le scénario peut être très différent entre le rôle de la Chine sur le RECP et celui des États-Unis sur le TTP.

1085. En effet, « dans tout instrument juridique, le rédacteur doit faire des choix, en fonction de ses préférences, sur ce qu'il doit inclure et ne pas inclure dans l'instrument »³⁴²², et « le contenu d'un TBI signé, ..., reflète probablement les préférences des deux signataires »³⁴²³. Plus précisément, « la mesure dans laquelle le TBI signé reflète les préférences d'un pays particulier dépend du degré de chevauchement entre les préférences des deux pays et la position de négociation de chaque pays par rapport à son cosignataire »³⁴²⁴.

1086. La recherche sur l'emploi des anciens traités témoigne du fait que les accords américains passés ont influencé les résultats finaux de TTP, justifiant ainsi le rôle dominant des États-Unis dans la négociation³⁴²⁵.

1087. Pourtant, lorsque l'on compare les 38 accords commerciaux préférentiels avec 146 des TBI³⁴²⁶ signés par les membres de RCEP, en ce qui concerne plus particulièrement le chapitre sur l'investissement, le résultat est plutôt étonnant. En vérifiant des accords commerciaux préférentiels, ni le Japon ni la Chine n'exercent une influence importante sur le texte de RCEP³⁴²⁷. Il a été démontré que 42 % de texte de RCEP reprend le texte de CPTPP, 41 % du traité de libre-échange entre l'Australie et l'Indonésie, puis 41 % de TPP, 40 % du traité de libre-échange entre l'Australie et Singapour, 38 % du traité de libre-échange entre l'Australie et le Pérou³⁴²⁸. Finalement, le Japon, la Chine (y compris Hong Kong) et la Corée ont tous une influence limitée par le repris de textes de leurs anciens TBI³⁴²⁹. En effet, le résultat de la comparaison démontre que le rôle de l'ASEAN est central en ce qu'il influence le texte final de

³⁴²¹ *Id.*, p.111

³⁴²² Jones C., Rao W., « (Un)stable BITs », *op.cit.*, p.254

Texte original: « In any legal instrument, the drafter must make choices, based on its preferences, of what to include and not include in the instrument. »

³⁴²³ *Id.*, p.255

Texte original: « the content of a signed BIT, ..., likely reflects the preferences of both signatories »

³⁴²⁴ *Ibid.*

Texte original: « The degree to which the signed BIT reflects a particular country's preferences depends on the amount of overlap between the two countries' preference and the bargaining position of each country relative to its cosignatory. »

³⁴²⁵ Chaisse J., Elsig M., Jusoh S, et Lugg A., « Drafting Investment Law: Patterns of Influence in the Regional Comprehensive Economic Partnership (RECP) », *op.cit.*, p.115

³⁴²⁶ *Id.*, p.118

³⁴²⁷ *Id.*, p.119

³⁴²⁸ *Id.*, p.119

³⁴²⁹ *Id.*, p.121-122

l'accord par la mutualisation des ressources collectives et par l'action au travers d'une importante organisation régionale³⁴³⁰. En revanche, l'influence du Japon, de la Corée et de la Chine n'était pas aussi importante que ce qui aurait pu être attendu compte tenu de leur taille et de leur importance dans la région³⁴³¹. Plus précisément, l'influence relativement minime de la Chine sur le texte final négocié est considérée comme « surprenante »³⁴³². Au lieu de conclure que la Chine a dominé la négociation, le RCEP est un vrai résultat de négociation multilatérale, les pays signataires recherchant à déplacer le centre de l'élaboration des lois des accords impliquant de grandes puissances extérieures vers une approche plus centrée sur l'Asie³⁴³³.

1088. Certains juristes ont considéré que le résultat découle de la volonté de Pékin de déplacer le lieu de la gouvernance mondiale³⁴³⁴. Ce résultat n'est pas surprenant dans la mesure où il est finalement en adéquation avec ce que l'on peut attendre d'un pays sous l'influence de la philosophie de Confucius. Il faut rappeler que la philosophie légiste n'a pas été la plus dominante en Chine après la chute de la dynastie Qin (221 à 226 av. J.-C.)³⁴³⁵. Malgré son intention de devenir un État de droit depuis 1949, la loi et les normes étaient considérées comme des moyens, et non des fins en Chine depuis longtemps. Au contraire, comme évoqué précédemment, les philosophies taoïste et confucéenne ont été prédominantes en Chine, où le sage LAO Tseu a souligné que « [p]lus nombreux sont les décrets et les lois, plus les malfaiteurs et les bandits pullulent »³⁴³⁶. Ainsi, selon la philosophie de Confucius, des personnes respectables doivent compromettre sa position fondée sur les droits pour le plus grand bien de la société³⁴³⁷. La tradition juridique s'est donc distinguée de celles des pays occidentaux, car « la loi en Chine s'est développée en un amalgame uniquement chinois de vertus ou de principes »³⁴³⁸. Selon d'autres juristes plus contemporains, lorsque « la préservation de relations harmonieuses a supplanté les revendications de droits ou d'intérêts »³⁴³⁹, il n'est pas

³⁴³⁰ *Id.*, p.126

³⁴³¹ *Ibid.*

³⁴³² *Ibid.*

³⁴³³ *Id.*, p.127

³⁴³⁴ *Id.*, p.126

³⁴³⁵ 屈永华(Qu Y.), « 法家治国方略与秦朝速亡关系的再考察 », 法学研究, vol 5, 2007, p.148 («La relation entre le plan général du pays dirigeant de l'école légiste et l'extinction rapide de la dynastie Qin : une nouvelle observation», *Chinese Journal of Law*, vol 5, 2007 p. 148)

³⁴³⁶ LAO Tseu, *Le livre de la voie et de la vertu*, VI^e siècle avant J.-C., Chapitre 57

³⁴³⁷ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 618

Texte original : « compromising one's rights-based position for the greater societal good was the expected mode of behavior for "respectable people" ».

³⁴³⁸ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 618

Texte original: « the law in China developed into a uniquely Chinese amalgam of virtues or principles »

³⁴³⁹ *Ibid.*

non plus surprenant que la Chine ait respecté et accepté que le texte proposé par les autres pays soit considéré comme juste et raisonnable, alors même que le modèle d'actions des États-Unis et sa dominance sur la création de normes en droit international de l'investissement est contraire à la tradition tant philosophique et culturelle chinoise. Une comparaison entre la manière dont la Chine joue son rôle dans la coopération internationale et celle des États-Unis ne flotte à la surface s'il reste sur la comparaison sur le texte. Pour les Chinois, ce que l'on fait est toujours plus important que ce que l'on dit. Toutefois, il reste à observer dans la futur si le texte de RCEP deviendra un nouveau modèle voire une « norme juridique », selon certains juristes³⁴⁴⁰, à suivre par les autres pays, créant ainsi un modèle de traité de libre-échange concurrent des États-Unis, y compris notamment dans son chapitre relatif aux investissements.

1089. Cette grande divergence entre le mode de coopération internationale chinois et américain rend nécessairement une comparaison censée être simple entre les traités négociés plus difficile. Lorsqu'on jette un coup d'œil à la stratégie des pays ASEAN, qui appartiennent à la fois au RCEP et au CPTPP, la concurrence entre un multilatéralisme *avec* la Chine et un multilatéralisme dominé par les États-Unis devient d'autant plus évidente. Pour les pays membres de l'ASEAN, ils sont bien conscients que le TPP est « un bras économique du pivot américain vers l'Asie, qui a pour objectif implicite d'endiguer la Chine »³⁴⁴¹. La participation des quatre membres de l'ASEAN au TPP est considérée comme exprimant « une stratégie de couverture visant à diversifier leurs économies afin d'éviter de devenir trop dépendantes de la Chine et d'équilibrer les relations diplomatiques entre la Chine et les États-Unis »³⁴⁴². Il faut souligner que les dix pays membres de l'ASEAN, craignant d'être marginalisés par le TPP, ont décidé de lancer le projet de négociation de RECP en 2011 afin d'initier un processus de négociation sous l'initiative d'ASEAN³⁴⁴³.

1090. Le résultat d'une telle négociation, grâce à une puissance de négociation relativement équilibrée, démontre que le RCEP ne semble pas avoir apporté d'innovation ou d'amélioration significative en matière d'élaboration du droit international de l'investissement³⁴⁴⁴. Les raisons

Texte original : « The preservation of harmonious relations superseded claims to rights or interests. »

³⁴⁴⁰ *Ibid.*

³⁴⁴¹ Wu C-H., « ASEAN at the crossroads: Trap and Track between CPTPP and RECP », *J. Int. Econ. Law*, vol. 23, n°1, mars 2020, p.107

Texte original : « economic arm of the USA's pivot to Asia, which has an implicit aim of containing China »

³⁴⁴² *Ibid.*

Texte original : « expressive of a hedging strategy to diversify their economies in order to avoid becoming overdependent on China and to balance diplomatic relations between China and USA »

³⁴⁴³ *Id.*, p.108

³⁴⁴⁴ Ewing-Chow M., Losari J.J., « The RECP Investment Chapter: A State-to-State WTO Style System For Now », *Kluwer Arbitration Blog*, *op.cit.*

sont multiples. L'une des raisons importantes est que les pays contractants du RCEP sont moins intégrés que ceux de l'Union européenne, ce qui limite leur capacité à proposer leurs propres normes³⁴⁴⁵. Ainsi, les pays asiatiques, comme la Chine, restent prudents et conservateurs concernant les propositions de normes internationales.

1091. Toutefois, malgré certaines valeurs divergentes par rapport au néolibéralisme américanisé, le préambule du RCEP contient des éléments importants. Il est reconnu que l'objectif du traité et du libre-échange est d'« améliorer le bien-être général de leurs peuples »³⁴⁴⁶ et, en conséquence, de tenir compte du « niveau de développement différent entre les parties, de la nécessité de formes appropriées de flexibilité, y compris la disposition pour un traitement spécial et différencié »³⁴⁴⁷. Comparativement, tandis que le préambule de l'ACEUM vise à créer des « marchés plus libres et équitables et à une croissance économique vigoureuse dans la région », l'objectif du CPTPP est, quant à lui, de « contribuer à maintenir des marchés ouverts, à accroître le commerce mondial et à créer de nouvelles opportunités économiques pour tous »³⁴⁴⁸ et d'« accroître les opportunités d'accélération de la libéralisation du commerce et l'investissement dans la région »³⁴⁴⁹. Ainsi, pour l'ACEUM et le CPTPP, le libéralisme reste lockéen, tandis que le RCEP, bien que promouvant le libéralisme, cherche également à équilibrer les développements entre les pays en favorisant l'amélioration globale du bien-être de leurs peuples.

1092. Enfin, les nouvelles puissances manifestent leur réticence à avoir recours à l'arbitrage international comme moyen de résolution des litiges liés aux investissements, contrairement à la prédiction du professeur Emmanuel Gaillard³⁴⁵⁰. Cela est le cas des pays membres du RCEP. Non seulement le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États n'a pas été prévu par le RCEP, plusieurs articles excluent explicitement toutes sortes de procédures de règlement des différends, tels que l'article 10.4 sur le traitement de la nation la plus favorisée et l'article 10.17 sur la facilitation des investissements. Au lieu de cela, le chapitre 19 du RCEP prévoit la possibilité de règlement des différends entre les États. Cependant, il est précisé que ce mécanisme ne s'applique pas aux questions liées à l'admission des investissements étrangers,

³⁴⁴⁵ Wu C-H., « ASEAN at the crossroads: Trap and Track between CPTPP and RECP », *op.cit.*, p.115

³⁴⁴⁶ Texte original: « improve the general welfare of their peoples »

³⁴⁴⁷ Texte original : « the different levels of development among the Parties, the need for appropriate forms of flexibility, including provision for special and differential treatment»

³⁴⁴⁸ Texte original: « contribute to maintaining open markets, increasing world trade, and creating new economic opportunities »

³⁴⁴⁹ Texte original: « enhance opportunities for the acceleration of regional trade liberalization and investment »

³⁴⁵⁰ Gaillard E., « L'avenir des traités de protection des investissements », *op.cit.*, p.1029

y compris le processus de filtrage des investissements étrangers mis en place par chaque pays contractant. En résumé, le texte du RCEP présente les réserves du libéralisme, par l'exclusion du RDIE et la confirmation du droit des États de filtrer l'investissement étranger, correspondant à la tendance du retour de la souveraineté.

II. L'AGI

1093. À part le RCEP, l'accord global sur les investissements entre l'Union européenne et la Chine a également beaucoup attiré l'attention. Pour la Chine, l'AGI est le traité le plus ouvert et le plus libéral conclu avec ses principaux partenaires commerciaux³⁴⁵¹. Toutefois, la Chine n'a non plus pris initiative sur la négociation du traité. En effet, l'acceptation de la Chine des clauses proposées par l'Union européenne témoigne, selon Professeur Ye, de son engagement à la liberté d'investissement et à l'adoption des règles d'investissement basées sur le droit international plutôt que sur des règles d'un monde équivalent à une jungle reposant sur la force³⁴⁵². Pour l'Union européenne, l'AGI démontre l'autonomie stratégique et la diplomatie basée sur la valeur, divergente du TTIP négocié avec les États-Unis et également en suspens³⁴⁵³.

1094. L'AGI est le premier traité que la Chine a signé couvrant la phase de préinvestissement³⁴⁵⁴. En effet, la Chine a accepté le renforcement de la liberté d'investissement³⁴⁵⁵, y compris l'admission des investissements étrangers³⁴⁵⁶, qui relève traditionnellement de la compétence de la souveraineté de l'État. En ce qui concerne la libéralisation des services, les engagements d'ouverture de la Chine indiqués dans l'annexe de l'AGI ont été considérés par les professeurs et juristes chinois comme répondant à la plupart des préoccupations des entreprises de l'UE entrant sur le marché chinois³⁴⁵⁷. Il s'agit notamment de l'ouverture substantielle des domaines de services où l'investissement de l'UE est relativement concentré, tels que la finance, les télécommunications, les soins médicaux et

³⁴⁵¹ 叶斌(Ye B.), « «中欧全面投资协定»与监管权: 战略机遇及外部风险 », 国际法研究, n°6, 2021, p.3 (« L'accord global Chine-UE sur l'investissement et le droit de réglementer : opportunités et défis », *Chinese Review of International Law*, n°6, 2021, p.3)

³⁴⁵² *Id.*, p.19

³⁴⁵³ 石静霞(Shi J.), 陈晓霞(Chen X.), « «中欧全面投资协定»: 我国商签经贸条约的新范式 », *op.cit.*, p.98 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global Chine-UE sur l'investissement », *op.cit.*, 2021, p.98)

³⁴⁵⁴ *Id.*, p.83

³⁴⁵⁵ Comprehensive Agreement on Investment, Section II Liberalisation of Investment

³⁴⁵⁶ 石静霞(Shi J.), 陈晓霞(Chen X.), « «中欧全面投资协定»: 我国商签经贸条约的新范式 », *op.cit.*, p.83 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global Chine-UE sur l'investissement », *op.cit.*, 2021, p.83)

³⁴⁵⁷ *Id.*, p.85

les services environnementaux³⁴⁵⁸. L'AGI a permis aux entreprises européennes d'avoir accès au marché des voitures électriques, du service cloud, ou encore de l'hôpital privé dans les villes de premier rang³⁴⁵⁹. Ainsi, le Professeur chinois Ye a conclu que la Chine a accepté les règles d'investissement de niveau supérieur, surpassant même le CPTPP et l'Accord de partenariat économique UE-Japon³⁴⁶⁰. Par exemple, toute demande à la haute direction ou au membre de conseil d'administration des personnes physiques d'une nationalité donnée est interdite³⁴⁶¹, ce qui s'avère être plus strict que le modèle américain. En effet, l'ACEUM a prévu qu'il est possible d'exiger que la majorité des membres du conseil d'administration ou d'un comité soit d'une nationalité donnée ou résident sur son territoire³⁴⁶². Le pouvoir de contrôle par le pays d'accueil est donc largement limité par le traité³⁴⁶³.

1095. L'AGI a prévu une section spécialement dédiée à l'investissement et au développement durable, encourageant l'adoption volontaire de pratiques par les entreprises en ce qui concerne leur responsabilité sociale³⁴⁶⁴. Par ailleurs, le traité a prévu un mécanisme pour aborder les différends dans une sous-section 4 dédiée au développement durable, prévoyant la procédure de consultation pour parvenir à une solution d'un commun accord, ou pour établir un groupe d'experts pour examiner le sujet si aucune solution n'a été retenue. Selon un professeur et juriste chinois, une telle procédure s'est inspirée de règlement des différends de l'OMC, et présente des caractéristiques institutionnelles³⁴⁶⁵. Il faut, toutefois, souligner que le texte actuel n'a pas prévu le mécanisme de RDIE.

1096. Il est important d'ajouter que la négociation de TTIP entre les États-Unis et l'Union européenne est également en suspens depuis 2016³⁴⁶⁶. En effet, l'accord entre l'UE et la Chine

³⁴⁵⁸ *Id.*, p.84

³⁴⁵⁹ 叶斌(Ye B.), « «中欧全面投资协定»与监管权：战略机遇及外部风险 », *op.cit.*, p.8 (« L'accord global Chine-UE sur l'investissement et le droit de réglementer : opportunités et défis », *op.cit.*, p.8)

³⁴⁶⁰ 石静霞(Shi J.), 陈晓霞(Chen X.), « «中欧全面投资协定»：我国商签经贸条约的新范式 », *op.cit.*, p.84 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global Chine-UE sur l'investissement », *op.cit.*, 2021, p.84)

³⁴⁶¹ AGI, Section IV, sub-section I, Article 6

³⁴⁶² ACEUM, article 14.11

³⁴⁶³ 叶斌(Ye B.), « «中欧全面投资协定»与监管权：战略机遇及外部风险 », *op.cit.*, p.9 (« L'accord global Chine-UE sur l'investissement et le droit de réglementer : opportunités et défis », *op.cit.*, p.9)

³⁴⁶⁴ AGI, Section II, Article 2

³⁴⁶⁵ 石静霞(Shi J.), 陈晓霞(Chen X.), « «中欧全面投资协定»：我国商签经贸条约的新范式 », *op.cit.*, p.95 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global Chine-UE sur l'investissement », *op.cit.*, 2021, p.95)

³⁴⁶⁶ Lefigaro.fr avec l'AFP, « Le TTIP suspendu aux ministres européens », *Le Figaro*, le 23 septembre 2016[en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/09/23/97002-20160923FILWWW00020-le-ttip-suspendu-aux-ministres-europeens.php>] [consulté le 15 novembre 2022]

a été classé en importance secondaire tant pour l'Union européenne que pour la Chine³⁴⁶⁷. Le vieux continent a mis l'accent sur la négociation du TTIP tandis que la Chine a priorisé le TBI avec les États-Unis³⁴⁶⁸. La guerre commerciale et la politique de « l'Amérique d'abord » lancée par le Président Trump ont conduit à l'accroissement de l'importance stratégique de la négociation du pacte d'investissement entre l'UE et la Chine³⁴⁶⁹. Selon le Professeur YE, tout comme le RCEP, l'AGI est devenu un levier du jeu tripartite entre la Chine, les États-Unis et l'Europe³⁴⁷⁰. La négociation de l'AGI avec la Chine a démontré l'autonomie stratégique de l'UE³⁴⁷¹, qui favorise ainsi l'entrée des entreprises européennes sur le marché chinois plutôt que celle des entreprises américaines³⁴⁷².

1097. Cependant, la ratification du pacte d'investissement par les États membres de l'UE sera un test de l'autonomie pour l'UE, selon le Professeur YE³⁴⁷³. En effet, après avoir conclu un accord de principe sur les investissements en décembre 2020, la procédure de ratification est actuellement suspendue³⁴⁷⁴. En septembre 2020, le ministre allemand des affaires étrangères a affiché une attitude froide envers l'« optimisme » de son homologue chinois, Wang Yi, concernant la conclusion d'un accord de protection des investissements avec l'Europe d'ici la fin de l'année 2020³⁴⁷⁵. Le ministre allemand a indiqué que « [l]es deux parties doivent encore se rapprocher l'une de l'autre »³⁴⁷⁶. Ainsi, les dirigeants de l'UE n'avaient pas caché leur déception lors du sommet UE-Chine de juin 2020, qui s'est achevé sans déclaration commune³⁴⁷⁷. Malgré les nouvelles négatives divulguées en septembre 2020 sur la possibilité de conclure un traité en fin d'année 2020, la Commission européenne a publié dans la presse que l'UE et la Chine ont conclu, sur le principe, les négociations en vue d'un accord global sur les investissements le 30 décembre 2020³⁴⁷⁸. Puis, le 4 mai 2021, le vice-président de la Commission européenne Valdis Dombrovskis, a annoncé la suspension de l'accord sur les

³⁴⁶⁷ 叶斌(Ye B.), « «中欧全面投资协定»与监管权：战略机遇及外部风险 », *op.cit.*, p.5 (« L'accord global Chine-UE sur l'investissement et le droit de réglementer : opportunités et défis », *op.cit.*, p.5)

³⁴⁶⁸ *Ibid.*

³⁴⁶⁹ *Ibid.*

³⁴⁷⁰ *Id.*, p.6

³⁴⁷¹ *Id.*, p.7

³⁴⁷² *Ibid.*

³⁴⁷³ *Ibid.*

³⁴⁷⁴ Reuters, « L'UE suspend un accord commercial avec la Chine », *La Tribune*, le 21 mai 2021

³⁴⁷⁵ Renaud N., « L'Allemagne prend ses distances vis-à-vis de la Chine », *Les Echos*, le 2 septembre 2020

³⁴⁷⁶ *Ibid.*

³⁴⁷⁷ Schaeffer F., « Sept ans après l'ouverture des négociations et une trentaine de cycles de pourparlers plus tard, Bruxelles attend un geste fort de Pékin », *Les Echos*, le 14 septembre 2020

³⁴⁷⁸ Commission Européen, « L'UE et la Chine parviennent à un accord de principe sur les investissements », communiqué de presse, le 30 décembre 2020[en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2541] [consulté le 6 octobre 2021]

investissements entre la Chine et l'Union européenne³⁴⁷⁹. Selon le Professeur Shi et la juriste Madame Chen, il n'existe pas de conflit géopolitique évident entre la Chine et l'UE. Il n'est pas dans l'intérêt des deux parties de refroidir le résultat stratégique de la négociation d'AGI en raison de l'influence politique, exprimant ainsi leur regret concernant la suspension de la ratification de l'accord par l'UE³⁴⁸⁰.

§2. La stratégie de *Soft Law* dans la BRI

1098. La BRI, ou « *Belt & Road Initiative* » (« la ceinture et la route » en français), est considérée comme « l'initiative dirigée par la Chine pour l'intégration économique »³⁴⁸¹. Elle est également perçue comme « une nouvelle forme de multilatéralisme régional »³⁴⁸² (II) en comparaison à celui développé par les États-Unis (I). Plus précisément, la BRI a été reconnue comme « l'une des initiatives de développement régional » par Conseil de sécurité des Nations Unies³⁴⁸³. Un tel effort de la part de la Chine a suscité l'intérêt de considérer les principes de la BRI comme relevant du droit international³⁴⁸⁴.

I. Modèle américain : vers l'élargissement du libéralisme via le droit dur

1099. Il est généralement considéré que le mode de conclusion du traité méga-régional en matière de commerce d'investissement est devenu courant à partir de la conclusion de l'ALENA en 1992³⁴⁸⁵. En effet, selon le Professeur Wang, les États-Unis sont très dépendants d'un mécanisme institutionnel fondé sur un traité³⁴⁸⁶. Tant l'ALENA que sa version 2.0 récemment révisée, l'ACEUM, ont établi un *Free Trade Commission*. Cette commission

³⁴⁷⁹ Malingre V., « L'Union européenne « suspend » l'accord sur les investissements avec la Chine », *Le Monde*, le 5 mai 2021

³⁴⁸⁰ 石静霞(Shi J.), 陈晓霞(Chen X.), « «中欧全面投资协定»: 我国商签经贸条约的新范式 », *op.cit.*, p.99 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global sur les investissements entre la Chine et l'UE », *Chinese Review of International Law, op.cit.*, p.99)

³⁴⁸¹ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 611

³⁴⁸² Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.29

³⁴⁸³ Security Council Authorizes Year-Long Mandate Extension for United Nations Assistance Mission in Afghanistan, Adopting Resolution 2344 (2017), §34

«34. Welcomes and urges further efforts to strengthen the process of regional economic cooperation, including measures to facilitate regional connectivity, trade and transit, including through regional development initiatives such as the Silk Road Economic Belt and the 21st-Century Maritime Silk Road (the Belt and Road) Initiative...»

³⁴⁸⁴ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.38

³⁴⁸⁵ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 123

³⁴⁸⁶ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.47

surveillance de manière générale l'exécution du traité³⁴⁸⁷. En matière d'investissement international, et notamment le mécanisme de RDIE, cette commission a publié une note explicative conjointement en juillet 2001 concernant le principe de transparence, et plus spécifiquement sur la notion de la nation la plus favorisée, lors de l'arbitrage *Methanex c. États-Unis*. L'approche adoptée par les États-Unis implique un engagement lourd et d'une flexibilité limitée, témoignant également de l'utilisation de nouvelles règles plus strictes en droit international³⁴⁸⁸ pour protéger les intérêts des États-Unis dans le cadre du multilatéralisme.

1100. D'une part, le modèle de traité de libre-échange des États-Unis recherche un espace réglementaire plus étendu afin d'accroître les droits souverains pour protéger ses intérêts essentiels³⁴⁸⁹. D'autre part, ce modèle démontre son intention de continuer à « envahir »³⁴⁹⁰ la compétence souveraine des États afin de promouvoir la liberté d'investissement, « puisqu'aucune règle internationale de portée générale n'impose aux États la libre admission des investissements étrangers sur leur territoire »³⁴⁹¹ et les États-Unis cherchent à établir une telle règle en droit international.

1101. En effet, il est généralement considéré qu'il existe d'un « modèle européen » et un « modèle américain ». Il convient de souligner que le TBI de la Chine s'est largement inspiré du modèle européen³⁴⁹² représenté par le modèle allemand³⁴⁹³. Les modèles européen et américain sont manifestement différents. Un point essentiel est souvent soulevé par les juristes, à savoir que le modèle américain a une « double préoccupation »³⁴⁹⁴ : la libéralisation et la

³⁴⁸⁷ ACEUM, l'article 34.7.4

³⁴⁸⁸ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.48

³⁴⁸⁹ Moranis M., « Between power and procedure: the changing balance of investment treaty protections », *Arbitr.*, vol 32, n°1, 2016, p.48

³⁴⁹⁰ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.223

³⁴⁹¹ Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement », *op.cit.*, p. 41

³⁴⁹² Selon Professeur Carreau, les conventions bilatérales européennes se sont inspirées du Projet de Convention sur la protection des biens étrangers et résolution du conseil de l'OCDE relative au projet de convention du 1967. v. Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, Paris, *op.cit.*, p. 569

Alors que Professeur Sandrock de Yale Université, d'origine Allemagne, a considéré que les pays européens, ont suivi le modèle d'allemand par la suite de son premier TBI signé avec Pakistan, y compris la France. v. Sandrock O, « The right of Foreign Investors to Access German Markets: The Meaning of Article 2(1) of the German Model Treaty for the Promotion and Protection of Foreign Investments », *ICSID Rev*, vol n°25, issue 2, 2010, p. 272

³⁴⁹³ 曾华群 (Zeng H.), « 论双边投资条约范本的演进与中国的对策 », *国际法研究*, n°4, 2006, p.65 (« Sur l'évolution du modèle de traité bilatéral d'investissement et les contre-mesures de la Chine », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2006, p. 65); 叶斌 (Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案: 挑战与前景 », *国际法研究*, n°6, 2016, p.74 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *Chinese Review of International Law*, n n°6, 2016, p.74)

³⁴⁹⁴ Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, *op.cit.*, p. 569

protection³⁴⁹⁵, tandis que le modèle européen ne traite que de la protection³⁴⁹⁶ contre l'action défavorable du pays d'accueil³⁴⁹⁷.

1102. Dans le cadre du droit international d'investissement, il est généralement admis que les États-Unis ont tenté d'inscrire dans le droit international les normes de traitement national de l'investissement étranger dans la phase de préinvestissement depuis la fin de Deuxième Guerre mondiale³⁴⁹⁸, exprimant ainsi leur préoccupation relative à la libéralisation. Pourtant, l'admission des investissements étrangers relève, selon droit international coutumier, de la compétence de la souveraineté de chaque État³⁴⁹⁹. L'intrusion du droit international dans les affaires politiques nationales a été, pendant longtemps, un sujet de recherche dans le domaine du droit international de l'investissement³⁵⁰⁰. Le modèle américain a inclus la partie préinvestissement depuis l'ALENA signé en 1992, afin de protéger l'investissement dans cette phase en amont par le biais du mécanisme de RDIE³⁵⁰¹. Le traité a prévu le droit d'établissement, d'acquisition et d'expansion aux investisseurs étrangers dans les pays hôtes dans l'article 1102 relatif au traitement national³⁵⁰². Comme indiqué dans le rapport annuel d'investissement de CNUDCI, l'objectif est clairement d'assurer l'accès au marché dans les pays contractants³⁵⁰³.

1103. Encore une fois, ceci s'inscrit dans l'objectif de contourner la doctrine traditionnelle de Calvo. Comme évoqué plus haut, la doctrine de Calvo est devenue un principe général selon

³⁴⁹⁵ *Ibid.*

³⁴⁹⁶ *Ibid.*

³⁴⁹⁷ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.638

³⁴⁹⁸ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p.637

³⁴⁹⁹ *Ibid.*

³⁵⁰⁰ Hafner-Burton E., Puig S., Victor D., « Against Secrecy : The Social Cost of International Dispute Settlement », *Yale J. Int. Law.*, vol 42, n°2, été 2017, p.281

³⁵⁰¹ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 190

³⁵⁰² NAFTA, Article 1102: National Treatment

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

4. For greater certainty, no Party may:

(a) impose on an investor of another Party a requirement that a minimum level of equity in an enterprise in the territory of the Party be held by its nationals, other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations; or

(b) require an investor of another Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment in the territory of the Party.

³⁵⁰³ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 110

lequel un État souverain dispose de la compétence pour promouvoir ou d'attirer les types d'investissements étrangers qu'il souhaite, et filtrer, voire limiter, les investissements qu'il ne désire pas sur son territoire. Dans cette perspective, les TBI, avant l'arrivée de la tendance des traités méga-régionaux initiée par les États-Unis, ne contenaient que des protections pour la phase de post-investissement³⁵⁰⁴. Autrement dit, les TBI de modèle européen ne fournissent qu'une protection sur la propriété des investisseurs. En revanche, leur admission dans le pays d'accueil n'est pas garantie. Le pays d'accueil exerce sa compétence de souveraineté pour décider s'il accepte ou non l'investisseur étranger. Selon Madame la Professeure Robert-Cuendet, il s'agit d'un consensus datant des années 1970 à 1990 selon lequel « les pays développés obtenaient la sécurité pour les investissements constitués par leurs ressortissants sur le territoire des pays en développement, ces derniers restaient libres d'accueillir ou non ces investisseurs »³⁵⁰⁵, et « [n]ulle obligation conventionnelle ne venait limiter cette liberté »³⁵⁰⁶. En effet, le modèle européen traditionnelle « demeure ici dominant »³⁵⁰⁷, et couvrait souvent seulement la phase de post-investissement³⁵⁰⁸.

1104. Pour pouvoir étendre la protection dans la phase de préinvestissement, les États-Unis ont négocié et signé un nombre limité d'accords de libre-échange et de TBI. Ils ont commencé à conclure ces traités uniquement avec des pays en développement, comme, notamment, le Chili, la Colombie, la Jordanie, le Maroc, l'Oman, le Panama, le Bahreïn et le Pérou. Les TBI signés avec Singapour, l'Australie³⁵⁰⁹ et la Corée du Sud sont arrivés tardivement, respectivement en 2003, 2004 et 2012. Le Professeur américain Monsieur Gantz a indiqué de manière explicite que la ratification des TBI avec les pays en développement au Congrès ne rencontre pas beaucoup de difficulté car la convention a l'air d'être égale avec un texte de réciprocité³⁵¹⁰. En effet, ces TBI ont été conclus avec « les pays en développement, pour la plupart petits, ou les pays d'Europe de l'Est qui à l'époque étaient des pays en développement ou émergents »³⁵¹¹.

³⁵⁰⁴ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 123

³⁵⁰⁵ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des États : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p. 513

³⁵⁰⁶ *Ibid.*

³⁵⁰⁷ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement*, *op.cit.*, paragr. 190

³⁵⁰⁸ *Ibid.*

³⁵⁰⁹ A noter que l'Accord de libre-échange entre l'Australie et les États-Unis signé en août 2004 ne contient pas de provision en ce qui concerne le mécanisme d'ISDS.

³⁵¹⁰ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 234

Texte original: « U.S. BITs for the most part have not been particularly controversial, presumably in large part because ... developing nations, mostly small ones, or the nations of Eastern Europe which at the time were developing or emerging market nations... »

³⁵¹¹ *Ibid.*

Surtout, il a été noté que « les obligations, y compris le RDIE, sont réciproques mais la probabilité, par exemple, qu'une entreprise uruguayenne demande l'arbitrage d'une réclamation contre le gouvernement des États-Unis, est faible »³⁵¹². En conséquence, le modèle américain a une tendance initiale à libéraliser l'accès au marché étranger, ce qui diffère grandement des approches des pays européens et de la Chine. Jusqu'à présent, la Chine a conclu 145 TBI et 25 traités avec des dispositions d'investissement, selon l'information de la CNUDCI. Quant aux pays membres de l'Union européenne, en plus des conventions signées avec des pays tiers, ils ont conclu entre eux plus de mille quatre cents traités bilatéraux d'investissement³⁵¹³, représentant environ la moitié des TBI mondiaux³⁵¹⁴.

1105. Cependant, l'élargissement du libéralisme pour étendre la protection aux phases de préinvestissement est accompagné d'une longue liste de réserves émises par chacun des pays membres afin d'encadrer ses engagements internationaux, notamment en ce qui concerne le traitement national visé par l'article 1102 de l'ALENA sur les protections de préétablissement. Ces réserves sont présentées sous forme d'annexe. Par exemple, le Mexique a posé des restrictions dans des secteurs tels que l'industrie de la télécommunication, les transports, la télévision, la construction de quasiment toutes sortes³⁵¹⁵, l'éducation, l'énergie, la pêche,

³⁵¹² *Ibid.*

Texte original: « the obligations, including ISDS, are reciprocal but the likelihood of, for example, a Uruguyan enterprise demanding arbitration of a claim against the United States Government, is small »

³⁵¹³ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit*, Bulletin n°27, 2021, p.113

³⁵¹⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, p.85

³⁵¹⁵ CMAP 501101 - Residential or Housing Construction

CMAP 501102 - Nonresidential Construction

CMAP 501200 - Construction of Urbanization Projects

CMAP 501311 - Construction of Industrial Plants

CMAP 501312 - Construction of Electricity Generation Plants

CMAP 501321 - Construction and Maintenance of Electricity Conduction Lines and Networks

CMAP 501411 - Mounting or Installing Concrete Structures

CMAP 501412 - Mounting or Installing Metallic Structures

CMAP 501421 - Marine and River Works

CMAP 501422 - Construction of Routes for Land Transportation

CMAP 502001 - Hydraulic and Sanitation Installations in Buildings

CMAP 502002 - Electrical Installations in Buildings

CMAP 502003 - Telecommunications Installations

CMAP 502004 - Other Special Installations

CMAP 503001 - Earth Movements

CMAP 503002 - Cement Works

CMAP 503003 - Underground Excavations

CMAP 503004 - Underwater Works

CMAP 503005 - Installation of Signs and Warnings

CMAP 503006 - Demolition

CMAP 503007 - Construction of Water Purification or Treatment Plants

CMAP 503009 - Drilling Water Wells

CMAP 503010 - Construction Activities, Not Elsewhere Classified

l'industrie automobile et ses pièces, la fabrication d'explosifs artificiels, les feux d'artifice, les armes à feu et cartouches, l'extraction et l'exploitation des minéraux et l'édition de journaux³⁵¹⁶. De manière similaire, les États-Unis ont établi une liste d'annexe³⁵¹⁷ avec des limitations sur la télécommunication, les produits chimiques agricoles, la location de terres minérales, l'industrie du transport aérien et terrestre ainsi que les usines de traitement des eaux usées municipales ou des déchets industriels³⁵¹⁸. Les industries de services ont également fait l'objet de réserves concernant l'application de l'article 1102 du traitement national. Cela comprend des activités liées aux brevets et marques, aux activités de réparation, de révision ou d'entretien d'aéronefs, au services aériens, et aux courtiers en douane³⁵¹⁹. Pour le Canada, toutes les acquisitions directes d'entreprises canadiennes ayant des actifs de 5 millions de dollars canadiens ou plus sont limitées³⁵²⁰. De plus, une exigence de la majorité simple du conseil d'administration pour une société en vertu d'une loi spéciale est également établie³⁵²¹. Outre cela, certains secteurs sont exclus de l'application de traitement national, notamment l'automobile, l'énergique (plus précisément le pétrole et le gaz, l'uranium), la pêche, le transport aérien, terrestre et par eau³⁵²². Chacun des trois pays a également établi une liste de domaines pour lesquels les mesures futures ne sont pas concernées par l'engagement du traitement national³⁵²³.

1106. Dans sa version 2.0, l'ACEUM a prévu dans son annexe non seulement l'exception pour le traitement national (article 14.12), mais également le traitement de la nation la plus favorisée (article 14.5), l'interdiction de la prescription de résultat (article 14.10) et l'interdiction de l'exigence du dirigeant d'une personne physique d'une nationalité donnée (article 14.11). Par exemple, le Canada a prévu des réserves dans des secteurs tels que le réseau et les services de transport des télécommunications radiocommunications, le pétrole et le gaz, le transport aérien, le transport routier, le transport par eau, etc.³⁵²⁴ Le Mexique, quant à lui, a établi une liste comprenant l'agriculture, l'élevage ou la foresterie, la diffusion radiophonique et télévisée, la

³⁵¹⁶ North American Free Trade Agreement, Annex I: Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments (Chapters 11, 12, and 14), Schedule of Mexico - Part I

³⁵¹⁷ North American Free Trade Agreement, Annex I: Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments (Chapters 11, 12, and 14), Schedule of the United States

³⁵¹⁸ *Ibid.*

³⁵¹⁹ *Ibid.*

³⁵²⁰ North American Free Trade Agreement, Annex I: Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments, Schedule of Canada

³⁵²¹ *Ibid.*

³⁵²² North American Free Trade Agreement, Annex I: Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments, Schedule of Canada

³⁵²³ *Id.* North American Free Trade Agreement, Annex II: Reservations for Future Measures (Chapters 11, 12, and 14)

³⁵²⁴ Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) – Annexe I – Liste du Canada

télécommunication, le transport terrestre et le transport par eau, le transport aérien, la publication de journaux, la pêche, les écoles privées, les services médicaux, les services juridiques, les services religieux, etc.³⁵²⁵ Enfin, la liste des États-Unis a inclus les secteurs tels que l'énergie atomique, les industries extractives, le transport aérien, le transport terrestre, les services professionnels de procureurs de brevets d'invention, etc.³⁵²⁶.

1107. Lorsque le traité méga-régional est devenu la nouvelle tendance, les traités en cours de négociation par l'UE ont suivi, d'une manière ou d'une autre, l'ALENA et ont également l'intention de protéger les investisseurs dans la phase de préinvestissement, au lieu de les protéger uniquement dans la phase de post-investissement³⁵²⁷. Selon les chiffres divulgués par la CNUDCI, les États-Unis et le Canada sont les deux pays qui ont signé le plus de traités contenant des protections de préétablissement en 2014³⁵²⁸, suivi de près par l'Union européenne qui occupe la troisième position dans cette tendance³⁵²⁹. Ainsi, il a été remarqué qu'un nombre conséquent de nouveaux traités ont inclus les engagements de préétablissements en 2014, avec des dispositions de traitement national et de la nation la plus favorisée qui s'appliquent dans le domaine de l'établissement, de l'acquisition et de l'expansion³⁵³⁰. Selon les chiffres donnés par la CNUDCI, 228 traités ont inclus des dispositions de préétablissement, avec pour principaux pays contractants les États-Unis, le Canada, la Finlande, le Japon et l'Union européenne, contribuant ainsi à 70 % des traités d'investissement mondiaux incluant ce type de clause³⁵³¹. En revanche, le RCEP, considéré comme un traité centré sur l'Asie³⁵³², a expressément exclu la possibilité de recourir à tout mécanisme de règlement des différends relatif aux sujets de préétablissement, préservant ainsi le droit souverain des pays sur le filtrage des investissements étrangers dans son article 17.11. Historiquement, les traités inégaux imposés par les puissances occidentales à la Chine au XIXe siècle sont un exemple de traités non réciproques de libéralisation des investissements, obligeant la Chine à autoriser les investisseurs occidentaux à bénéficier de libertés dans les villes portuaires chinoises³⁵³³. Ceci est peut-être l'une des raisons pour lesquelles la Chine est réticente vis-à-vis des protections dans la phase de préinvestissement. Au contraire, les États-Unis et l'Union européenne cherchent à accéder aux

³⁵²⁵ Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) – Annexe I – Liste du Mexique

³⁵²⁶ Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) – Annexe I – Liste des États-Unis

³⁵²⁷ UNCTAD, World Investment Report 2014, p. 120

³⁵²⁸ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 111

³⁵²⁹ *Ibid.*

³⁵³⁰ UNCTAD, World Investment Report 2015, p. 110

³⁵³¹ *Ibid.*

³⁵³² Chaisse J., Elsig M., Jusoh S., et Lugg A., « Drafting Investment Law : Patterns of Influence in the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) », *op.cit.*, p.127

³⁵³³ Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of international law*, *op.cit.*, p.85

marchés pour leurs capitaux tout en renforçant simultanément des mesures en droit interne pour filtrer les investissements étrangers.

II. Approche chinoise dans le Projet BRI : une flexibilité maximisée

1108. Le projet BRI a été lancé le 13 octobre 2013 par le président Xi Jinping lors de son discours à Astana³⁵³⁴. Avec la participation de 140 pays parmi les 193 membres des Nations Unies³⁵³⁵, la BRI est composée tant par une route terrestre que maritime³⁵³⁶. La route terrestre relie l'Est de l'Asie à l'Europe de l'Ouest, tandis que la route maritime se développe de l'Océan Indien jusqu'à la mer Méditerranée. En mai 2017, les pays latino-américains sont appelés par le président Xi comme un prolongement naturel de la route maritime de la soie³⁵³⁷. En conséquence, la portée de la BRI n'est pas clairement définie, ce qui rend difficile de le définir de manière communément acceptée³⁵³⁸. Le projet a été initialement lancé dans l'espoir de construire un réseau de chemins de fer routiers sur la route terrestre et d'autres projets d'infrastructures pour connecter la Chine au monde³⁵³⁹. Toutefois, le champ d'action de la BRI ne cesse de s'élargir avec le temps. Les objectifs de la BRI, bien que peu clairement définis, ont été clarifiés par une déclaration jointe lors de la table ronde des dirigeants du 2^{ème} Forum « la Ceinture et la Route » tenu en 2019³⁵⁴⁰, visant la coopération internationale, l'intégration économique, y compris le commerce et l'investissement, la connectivité et le développement durable³⁵⁴¹.

³⁵³⁴ O'Neill J., « One Belt, One Road, le nouveau paradigme géopolitique », traduit par Nathanaël Herzog, *Oltre-Terre*, vol 50, n°1, 2017, p.343

³⁵³⁵ Lorenzo J.A., « A Path Toward Sustainable Development Along the Belt and Road », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°3, septembre 2021, p.592

³⁵³⁶ O'Neill J., « One Belt, One Road, le nouveau paradigme géopolitique », traduit par Nathanaël Herzog, *op.cit.*, p.343

³⁵³⁷ Cité dans Brown R.C., « China Moving the Belt Road and Road Initiative into Latin American Countries: Chinese Free Trade Agreements and Labor Implications », *Houst. J. Int. Law*, vol 42, n°1, automne 2019, p.86
Et en 2018, le ministre des affaires de la Chine a présenté aux membres de CELAC une invitation de participer le BRI en indiquant que les pays latino Amérique ainsi que les pays caribéen est un prolongement naturel de la route maritime de la soie

³⁵³⁸ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.31

³⁵³⁹ Ye Y-T., « Towards a Balanced and Liberal Chinese Bilateral Investment Treaty Regime in the Context of One Belt One Road », *Houst. J. Int. Law*, vol 41, n°1, automne 2018, p.111

³⁵⁴⁰ v. <http://www.beltandroadforum.org/english/index.html>

³⁵⁴¹ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.33

1109. Le projet BRI, considéré comme « sans précédent par son ampleur »³⁵⁴², implique des investissements publics massifs et des projets d'infrastructures à long terme³⁵⁴³, et aura certainement pour conséquence de créer des différends entre les investisseurs chinois et les pays d'accueil. De manière générale, les juristes abordent ce sujet toujours dans une perspective traditionnelle de traités TBI et les arbitrages internationaux³⁵⁴⁴, même si aucun nouveau TBI ou accord commercial régional n'a été négocié ou signé en raison de la position de la Chine qui considère que les investissements dans le cadre du projet BRI n'ont pas besoin d'être régis par un traité d'investissement international³⁵⁴⁵. Il explique la raison pour laquelle beaucoup d'autres considèrent cette initiative comme une forme de coopération différente de celle qui a l'intention de créer un nouveau réseau juridique composé de traités avec des disciplines réglementaires détaillées³⁵⁴⁶. Cette approche vise à traiter les incertitudes et les défis d'un tel projet gigantesque, qui englobe des pays aux cultures variées et des zones géopolitiques sensibles. Il s'agit donc d'une approche divergente de celle adoptée par les pays qui ont hérité de la tradition du droit romain, et qui cherchent à institutionaliser et à créer des normes pour encadrer les relations de coopération économique.

1110. Le rôle de la Chine, vis-à-vis d'un droit international d'ores et déjà développé par les pays occidentaux, est plutôt passif et répondant. Par exemple, la Chine n'a pas pris l'initiative de proposer des innovations sur l'élaboration de normes internationales en matière de commerce au sein de l'OMC. Elle répond simplement aux obligations imposées par son adhésion³⁵⁴⁷.

³⁵⁴² Wang H., « The Future of the BRI: A New Context and New Issues », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°4, décembre 2021, p.799

³⁵⁴³ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.44

³⁵⁴⁴ v. Ye Y-T., « Towards a Balanced and Liberal Chinese Bilateral Investment Treaty Regime in the Context of One Belt One Road », *op.cit.*; Chaisse J., Kirkwood J., « Chinese Puzzle: Anatomy of the (Invisible) Belt and Road Investment Treaty », *op.cit.*; 韩秀丽(Han X.), 翟羽梦(Zhai Y.), « 论“一带一路”倡议下中外投资协定中的投资者——国家仲裁机制 », *国际法研究*, n°5, 2017, p.20-34 (« Mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et États dans le cadre d'un accord d'investissement sino-étranger dans le cadre de l'initiative « la Ceinture et la Route » », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2017, p.20-34)

³⁵⁴⁵ Chaisse J., Kirkwood J., « Chinese Puzzle: Anatomy of the (Invisible) Belt and Road Investment Treaty », *op.cit.*, p. 247

³⁵⁴⁶ v. Wang H., « The Future of the BRI: A New Context and New Issues », *op.cit.*; Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance »; McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*; Chaisse J., Kirkwood J., « Chinese Puzzle: Anatomy of the (Invisible) Belt and Road Investment Treaty », *op.cit.*

³⁵⁴⁷ Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *op.cit.*, p.585

1111. Toutefois, avec la signature de 205 documents impliquant plus de 171 pays et organisations internationales³⁵⁴⁸ dans le cadre du projet BRI³⁵⁴⁹, la Chine a rapidement développé un réseau des accords grâce à l'utilisation de l'instrument de *soft law*³⁵⁵⁰. Ces accords prennent la forme de protocoles d'accord, protocoles d'entente, lettres d'intention, principes directeurs et communiqués conjoints³⁵⁵¹, et sont soutenus par des institutions dirigées par la Chine³⁵⁵², telles que : l'AIIB, le MCDF, et le CICC. Ces traités non contraignants sont souvent qualifiés de « pseudo-traités »³⁵⁵³, car ils fonctionnent « parallèlement à l'approche de *hard law* adoptée par l'Occident »³⁵⁵⁴, sans exclure les règles de l'OMC relatives au commerce international et le mécanisme existant de l'ASEAN. Cette approche a pour finalité d'obtenir une reconnaissance plus large du projet BRI³⁵⁵⁵. La Chine a donc adopté une approche divergente par rapport à la pratique dominante des États-Unis³⁵⁵⁶.

1112. Une autre raison pour laquelle la Chine a opté pour une stratégie de « flexibilité maximale » plutôt qu'une « flexibilité du traité »³⁵⁵⁷ réside dans l'influence de la philosophie de Confucius, qui considère qu'une relation harmonieuse est essentielle en adoptant une approche fondée sur un partenariat avec ses pays voisins³⁵⁵⁸. La Chine est donc réticente à s'engager dans un régime dirigé par les pays occidentaux. Comme évoqué précédemment, au XIXe siècle, la Chine a été forcée de signer les traités inégaux sous la diplomatie de la canonniers, une période que les Chinois qualifient de « siècle d'humiliation »³⁵⁵⁹. Pourtant, aux tous premiers contacts entre les pays occidentaux et la Chine, les gouverneurs chinois ont

³⁵⁴⁸ United Nations Development Programme, United Nations Industrial Development Organization, United Nations Human Settlements Programme, United Nations International Children's Fund, United Nations Population Fund, United Nations Conference on Trade and Development, World Health Organization, WIPO, International Criminal Police Organization

³⁵⁴⁹ 经济日报(Quotidien économique), « 我国已签署共建“一带一路”合作文件 205 份 », 经济日报, 2021 年 1 月 30 日(« La Chine a signé 205 documents de coopération BRI », Quotidien économique, le 30 janvier 2021) [en ligne : http://www.gov.cn/xinwen/2021-01/30/content_5583711.htm] [consulté le 5 octobre 2022]

³⁵⁵⁰ *Id.*, p.585

³⁵⁵¹ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 612; v. également Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.40, tableau 3

³⁵⁵² Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *op.cit.*, p.585

³⁵⁵³ Lorenzo J.A., « A Path Toward Sustainable Development Along the Belt and Road », *op.cit.*, p. 604

³⁵⁵⁴ *Id.*, p.585

Texte original: « operate parallel to western led hard law approach »

³⁵⁵⁵ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.38

³⁵⁵⁶ *Id.*, p.48

³⁵⁵⁷ *Id.*, p.44

³⁵⁵⁸ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.628

³⁵⁵⁹ *Id.*, p.618

considéré les puissances occidentales comme des personnes immatures et non civilisées et ont refusé de les traiter en se fondant sur un statut d'égalité et de droit international³⁵⁶⁰. C'est pourquoi par la suite, les puissances occidentales ont forcé la Chine à gérer ses relations en se basant sur le droit des nations occidentales³⁵⁶¹. Le siècle d'humiliation a débuté avec les pays occidentaux au XIXe siècle et s'est poursuivi avec les États-Unis par la suite, ce qui a fait que la Chine a toujours gardé une position sceptique envers le droit international développé par les Occidentaux, perçu comme un outil ou une technique pour garantir leurs intérêts au mépris d'une relation réciproque³⁵⁶². La Chine cherche à établir une mode de coopération différent d'une réincarnation d'hégémonie des différents pays occidentaux. Elle joue un rôle de « participant plutôt que de leader »³⁵⁶³ dans les négociations multilatérales et les accords méga-régionaux. Bien évidemment, une telle approche suscite des critiques de la part des pays ayant une tradition de droit romain. Le droit souple sous forme de protocole d'accord est considéré comme problématique, car, techniquement, il n'a pas la qualité de traité qui crée des droits et des obligations juridiques, à l'abri de l'examen et de l'approbation parlementaires et la consultation publique³⁵⁶⁴.

1113. En ce qui concerne plus particulièrement le règlement des différends relatifs aux investissements internationaux, la Chine semble préférer la médiation à l'arbitration dans le cadre de son projet de la ceinture et de la route³⁵⁶⁵. Plus précisément, la BRI repose sur un mode de coopération volontaire entre les gouvernements, et la médiation est considérée comme le mécanisme le plus propice pour résoudre les différends relatifs à l'investissement dans le cadre de la BRI³⁵⁶⁶. Sous l'influence de la philosophie de Confucius, la Chine considère que « le litige est une forme de vandalisme social qui perturbe irrévocablement une relation normale »³⁵⁶⁷. Ainsi, en raison de son passé de siècle d'humiliation sous la domination des pays occidentaux, la Chine a toujours été réticente à s'engager dans un régime développé par ces derniers. Le mécanisme de RDIE est perçu comme ayant des « racines néocoloniales »³⁵⁶⁸. D'une telle approche, une attention particulière sera portée au traitement des différends relatifs aux

³⁵⁶⁰ Schwarzenberger G., *The Frontiers of International Law*, *op.cit.*, p.55

³⁵⁶¹ *Ibid.*

³⁵⁶² *Ibid.*

³⁵⁶³ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.47

³⁵⁶⁴ Lorenzo J.A., « A Path Toward Sustainable Development Along the Belt and Road », *op.cit.*, p. 604

³⁵⁶⁵ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 610

³⁵⁶⁶ *Id.*, p. 613

³⁵⁶⁷ *Id.*, p. 618

Texte original: « litigation is a form of social vandalism that irrevocably disrupts normal relationship. »

³⁵⁶⁸ *Id.*, p.618

investissements dans le cadre de la BRI. Parmi les cas les plus connus figurent : l'*East Coast Rail Link* et le Port de Hambantota, souvent cités comme des « victimes de la diplomatie de la dette »³⁵⁶⁹ du projet BRI. En effet, le terme de la « diplomatie de la dette » a été inventé par un groupe de réflexion du nord de l'Inde et s'est rapidement répandu dans les médias, les cercles du renseignement et les gouvernements occidentaux³⁵⁷⁰. Le projet BRI est critiqué, puisqu'il est considéré comme une stratégie géopolitique visant à piéger les pays dont la dette est insoutenable et à permettre à la Chine d'exercer une influence indue³⁵⁷¹. Or, ces accusations sont souvent considérées comme une stigmatisation automatique par les médias occidentaux, qui négligent la complexité de la situation des pays récepteurs des projets³⁵⁷².

1114. Le *East Coast Rail Link* est un élément clé du projet BRI en Malaisie. Il s'agit un projet d'infrastructure ferroviaire visant à améliorer la connectivité entre les États de la côte Est de la Malaisie péninsulaire³⁵⁷³. Le projet a démarré en août 2017, et sa fin a été prévue pour 2027³⁵⁷⁴. Lorsque le Premier Ministre Najib Razak a annoncé le projet, le coût estimé était de 55 milliards RMB en 2016³⁵⁷⁵. Toutefois, au 2017, ses coûts ont été gonflés à 65.5 milliards RMB afin de renflouer le fonds souverain Malaysia Development Berhad, qui était en difficulté selon le gouvernement malaisien³⁵⁷⁶. Le projet est alors devenu partie intégrante du scandale du financement qui a pris au piège Razak³⁵⁷⁷. La nouvelle administration Pakatan Harapan en 2018 a initialement prévu d'annuler le projet, mais a finalement renégocié pour baisser le prix à 44 milliards RMB³⁵⁷⁸. Puis, en 2020, avec la nouvelle administration, le projet retourne à son plan original, de sorte qu'il est prévu, en avril 2021, un budget de 50 milliards RMB pour une longueur de 665 km³⁵⁷⁹.

1115. En ce qui concerne le Port de Hambantota, qui est le deuxième plus grand port du Sri Lanka, ce projet n'a pas été initié par les Chinois, mais par des développementistes sri-lankais,

³⁵⁶⁹ Brautigam D., « A critical look at Chinese 'debt-trap diplomacy': the rise of a meme », *Asia Development and Policy*, vol 5, 2020, p.1

³⁵⁷⁰ *Ibid.*

³⁵⁷¹ Jones L., Hameri S., Debunking the Myth of « debt-trap diplomacy »: How Recipient Countries Shape China's Belt and Road Initiative, ChatamHouse, août 2020, p.3

³⁵⁷² *Ibid.*

³⁵⁷³ The Institute for Democracy and Economic Affairs, East Coast Rail Link (ECRL), p.3

³⁵⁷⁴ *Ibid.*

³⁵⁷⁵ *Ibid.*

³⁵⁷⁶ *Ibid.*

³⁵⁷⁷ *Ibid.*

³⁵⁷⁸ *Id.*, p.3-4

³⁵⁷⁹ *Id.*, p.4

dont l'idée remonte aux années 1970, promue par le parlementaire local Rajapaksa³⁵⁸⁰. Son fils Mahinda, ministre responsable pour le pont, malgré une étude démontrant que la location est inadaptée pour le port, a toutefois décidé d'inclure un tel projet dans la stratégie de développement du gouvernement afin d'attirer des sources directes dans son quartier d'origine³⁵⁸¹. Une fois devenu Premier ministre, celui-ci a commandé une deuxième étude à une entreprise danoise, qui a finalement conclu que la première phase était commercialement viable³⁵⁸². Le gouvernement a donc commencé à chercher un bailleur de fonds international, mais les diplomates américains ont observé que les motivations politiques ont eu un poids plus important qu'une planification rationnelle du développement³⁵⁸³. En effet, la demande ouverte de financement par le gouvernement du Sri Lanka n'a reçu qu'une réponse favorable de la part de la Chine, contrairement aux réponses de l'Inde et des États-Unis³⁵⁸⁴. À titre d'information, les entreprises d'État chinoises ont été trop optimistes en raison de la réussite d'un autre projet de la reconstruction du port Colombe, le plus grand port du Sri Lanka, après le tremblement de terre et le tsunami en 2004³⁵⁸⁵. Toutefois, le Port de Hambantota s'est révélé non viable commercialement et à peine opérationnel³⁵⁸⁶.

1116. Entre temps, la crise de la dette du Sri Lanka est apparue en 2014 sur les marchés financiers internationaux, qui étaient dominés par les occidentaux à Colombo, où 61 % du déficit budgétaire soutenu par le gouvernement a été financé par des institutions financières privées considérées comme insoutenables à long terme³⁵⁸⁷. Malgré cela, les créanciers ont continué à prêter au gouvernement³⁵⁸⁸. La crise de la dette n'a donc pas été provoquée par la Chine ni par le projet du port, mais plutôt à cause du marché financier dominé par les institutions financières occidentales³⁵⁸⁹. En revanche, les données révèlent que la part de la dette de la Chine pour la construction du Port est relativement faible, et le taux est beaucoup plus bas que celui des institutions financières privées³⁵⁹⁰. Malgré ces faits, les États-Unis ainsi que les médias occidentaux ont fait éclater un scandale en critiquant le prêt consenti par la Chine pour soutenir

³⁵⁸⁰ Jones L., Hameri S., *Debunking the Myth of «debt-trap diplomacy»: How Recipient Countries Shape China's Belt and Road Initiative*, *op.cit.*, p.13

³⁵⁸¹ *Id.*, p.13-14

³⁵⁸² *Id.*, p.14

³⁵⁸³ *Ibid.*

³⁵⁸⁴ *Ibid.*

³⁵⁸⁵ *Ibid.*

³⁵⁸⁶ *Id.*, p.15

³⁵⁸⁷ *Ibid.*

³⁵⁸⁸ *Ibid.*

³⁵⁸⁹ *Ibid.*

³⁵⁹⁰ *Id.*, p.16

la construction du port. Ce prêt serait en effet considéré comme prédateur et contribuerait à renforcer la crise de la dette dans le pays³⁵⁹¹.

1117. Malgré un bénéfice d'exploitation de 1.81 millions de dollars américains en 2016, le projet de construction du port a coûté 1.35 milliard de dollars américains. Il doit donc adopter des mesures drastiques pour demeurer rentable, sinon le prêt consenti pourrait être perçu comme un fardeau massif pour le budget national³⁵⁹². Le gouvernement de Sri Lanka a fait du lobbying auprès du gouvernement chinois en raison de la pression liée à la crise de prêt et du besoin urgent du pays de disposer de dollars américains. L'État a ainsi proposé à la Chine de détenir la majorité des parts du port en tant que partenaire investisseur³⁵⁹³. Face à la réaction du public, le gouvernement a tout d'abord annoncé que le projet serait une « conversion de dette en fonds propres », afin d'éviter de présenter le projet comme la « vente » ou la « privatisation » du port³⁵⁹⁴. La version publiée par les médias présente la situation comme si le gouvernement cherchait à privatiser le port³⁵⁹⁵. Après un appel d'offre lancé par le Sri Lanka, China Merchant Port Holdings Company Limited (CMPHC) a été choisi³⁵⁹⁶. Plus tard, une société de joint-venture a été formée entre Sri Lanka Ports Authority (SLPA) et CMPHC, dont CMPHC détient 80% en échange d'un paiement de 1,12 milliard de dollars américains. Le bail consenti est de 99 ans³⁵⁹⁷. Cette histoire fut ensuite interprétée par les médias occidentaux comme si la Chine avait piégé le Sri Lanka dans le cadre du projet BRI³⁵⁹⁸.

1118. Sans entrer dans les détails de l'Histoire, notamment la période de corruption sous la gouvernance de Mahinda en Malaisie, ni dans la crise politique srilankaise de 2022, il est important de souligner que ces projets dans le cadre de la BRI ne sont pas initiés par la Chine. Au contraire, ils ont été initiés par des gouvernements étrangers qui ont exprimé leur demande³⁵⁹⁹. En effet, la Chine ne peut pas contraindre d'autres pays à accepter la réalisation de projets sur leurs territoires si ces projets ne sont pas conformes à leurs intérêts³⁶⁰⁰. La raison pour

³⁵⁹¹ Gaouette N., « Tillerson Raps China as « predatory » rule breaker », *CNN*, le 19 octobre 2017 [en ligne: <https://edition.cnn.com/2017/10/18/politics/tillerson-china-rebuke-speech/index.html>] [consulté le 7 octobre 2022]

³⁵⁹² Sakalasooriya I., « Hambantota Port sale in perspective », *DailyMirror*, le 17 janvier 2017 [en ligne : <https://www.dailymirror.lk/article/Hambantota-Port-sale-in-perspective-122278.html>] [consulté le 7 octobre 2022]

³⁵⁹³ Jones L., Hameri S., *Debunking the Myth of « debt-trap diplomacy »: How Recipient Countries Shape China's Belt and Road Initiative*, *op.cit.*, p.17

³⁵⁹⁴ Sakalasooriya I., « Hambantota Port sale in perspective », *DailyMirror*, *op.cit.*

³⁵⁹⁵ *Ibid.*

³⁵⁹⁶ *Ibid.*

³⁵⁹⁷ *Ibid.*

³⁵⁹⁸ Abi-Habib M., « How China Got Sri Lanka to Cough Up a Port », *New York Times*, le 25 juin 2018

³⁵⁹⁹ Jones L., Hameri S., *Debunking the Myth of « debt-trap diplomacy »: How Recipient Countries Shape China's Belt and Road Initiative*, *op.cit.*, p.10

³⁶⁰⁰ *Ibid.*

laquelle la Chine met explicitement l'accent sur le développement d'un dialogue bilatéral pour le projet BRI réside dans l'intégration des intérêts des investissements chinois dans la stratégie de développement des pays récepteurs³⁶⁰¹.

1119. Concernant le règlement des différends liés à ces deux projets, la Chine a adopté une approche fonctionnelle et pragmatique afin d'éviter le recours à un pur formalisme³⁶⁰². Au lieu d'exiger un engagement précis, comme le font les États-Unis, la Chine privilégie une certaine flexibilité, ce qui lui permet de renégocier en fonction des demandes des pays partenaires, facilitant ainsi la résolution des problèmes. Stratégiquement, la Chine évite de négocier sur les aspects dits sensibles, tels que les questions de gouvernance, la viabilité de la dette et les impacts sociaux du projet BRI³⁶⁰³. En effet, ce dernier se concentre principalement sur les relations commerciales, les investissements, la propriété intellectuelle, les standards techniques, l'e-commerce, etc³⁶⁰⁴. Cette approche correspond à la philosophie chinoise, qui privilégie le fond à la forme, cherche les intérêts communs et respecte les différences de chacun. Comme l'a souligné un juriste singapourien, le choix de la médiation plutôt que de l'arbitrage, préconisé par les États-Unis, démontre la volonté de coopération de la Chine, plutôt que d'imposition ou de coercition³⁶⁰⁵. Les pays participants de la BRI sont considérés comme des partenaires et non des adversaires³⁶⁰⁶. Il est de même confirmé par ce juriste singapourien que le régime de RDIE est moins coopératif que celui de la BRI³⁶⁰⁷, car la soumission des différends à l'arbitrage implique la reddition du contrôle sur l'issue du litige par les deux parties³⁶⁰⁸. En revanche, la médiation entre l'investisseur et l'État est considérée comme étant « particulièrement hospitalier »³⁶⁰⁹ car elle protège la souveraineté en évitant la dominance de l'arbitrage dans le règlement des différends entre investisseurs et États à l'échelle mondiale³⁶¹⁰. On peut donc considérer que la réforme sur les pratiques actuelles fondées sur le mécanisme de RDIE s'oriente vers un modèle de médiation non-contraignante³⁶¹¹.

³⁶⁰¹ *Ibid.*

³⁶⁰² Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.32

³⁶⁰³ *Id.*, p.46

³⁶⁰⁴ *Ibid.*

³⁶⁰⁵ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p. 614

³⁶⁰⁶ *Ibid.*

³⁶⁰⁷ *Ibid.*

³⁶⁰⁸ *Ibid.*

³⁶⁰⁹ *Id.*, p.618

³⁶¹⁰ *Id.*, p.609

³⁶¹¹ *Id.*, p.629

1120. Toutefois, ces projets controversés ont également démontré que la Chine a besoin d'améliorer la gouvernance du projet et la réglementation en matière d'entreprises d'États³⁶¹². En effet, outre les projets dans le sud de l'Asie, les recherches démontrent que les projets d'infrastructure à long terme en Afrique sont compliqués, car ils sont touchés par des problématiques de favoritisme régional, sans compter les éventuels détournements à des fins politiques³⁶¹³. Il est observé en Afrique que les changements de régime sont fréquents³⁶¹⁴, et les conflits entre les législateurs et le gouvernement³⁶¹⁵ ont également rendu la situation difficile pour les investisseurs chinois.

1121. En effet, avec la construction de nombreuses infrastructures, la Chine est devenue aujourd'hui le principal créancier des pays émergents, lesquels sont vulnérables à cause de la crise sanitaire et énergétique³⁶¹⁶. La Chine a toujours préféré les restructurations de dettes de manière bilatérales³⁶¹⁷. À l'inverse, le cadre commun, représenté par le Club de Paris ou le FMI, a été critiqué, tant par les pays concernés (le Sri Lanka, la Zambie), que par les créanciers privés. Ils considèrent que la procédure est trop longue, que les créances sont trop diversifiées et qu'il y a trop de parties prenantes³⁶¹⁸. En ce sens, la procédure « érode la capacité financière de pays déjà en grande difficulté »³⁶¹⁹. D'un côté, la communauté internationale cherche à « trouver une façon de ne pas donner un droit de veto à la Chine dans ces restructurations sans pour autant risquer de l'éloigner davantage des institutions de Bretton Woods »³⁶²⁰. De l'autre côté, la Chine ne bénéficie pas des conditions plus favorables lors de la restructuration des dettes au cours des discussions avec le FMI, malgré son « statut de créancier de premier ordre »³⁶²¹. Selon

³⁶¹² Jones L., Hameri S., Debunking the Myth of « debt-trap diplomacy »: How Recipient Countries Shape China's Belt and Road Initiative, *op.cit.*, p.28

³⁶¹³ Bräutigam, D., « China's Foreign Aid in Africa: What Do We Know? », dans *China into Africa: Trade, Aid and Influence*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2009, p.197-216; Mthembu-Salter G., Goodwill and Hard Bargains: The DRC, China And India, *SAAIA Occasional Paper*, n°114, mars, 2012, p.5-29; Dreher *et al.*, Aid on Demand: African Leaders and the Geography of China's Foreign Assistance, AidData Working Paper 3., novembre 2014, 66p.

³⁶¹⁴ Miettaux F., « Le pari risqué des Chinois installés au Soudan du Sud », *Le Monde Afrique*, le 28 novembre 2021

³⁶¹⁵ Agence Ecofin, « La justice kenyane déclare illégal le contrat conclu avec la Chine pour la construction du SGR », *Agence Ecofin*, le 25 juin 2020 [en ligne : <https://www.agenceecofin.com/transports/2506-77869-la-justice-kenyane-declare-illegal-le-contrat-conclu-avec-la-chine-pour-la-construction-du-sgr>] [consulté le 6 juin 2022]

³⁶¹⁶ Diaz X., « La Chine se voit en arbitre des restructurations des dettes émergentes », *AGEFI*, le 23 novembre 2022

³⁶¹⁷ *Ibid.*

³⁶¹⁸ *Ibid.*

³⁶¹⁹ *Ibid.*

³⁶²⁰ *Ibid.*

³⁶²¹ *Ibid.*

les chiffres divulgués par les médias, 18 procédures de renégociation des dettes de manière bilatérale ont concerné la Chine en 2020, couvrant 28 milliards de dollars³⁶²².

1122. Ainsi après ces projets polémiques, la Chine a récemment revu ses pratiques de prêt à l'étranger, en tenant compte des inquiétudes suscitées par le poids de la dette des pays en développement³⁶²³. En effet, beaucoup de juristes ont conseillé le développement d'un cadre juridique multilatéral. Pour les juristes chinois, il s'agit d'un objectif à long terme³⁶²⁴, tandis que pour leurs homologues occidentaux, l'accent est mis sur une amélioration à court et moyen terme visant à promouvoir le développement durable. Ce dernier aspect ne bénéficie pas d'une protection suffisante dans le cadre du droit national³⁶²⁵. Le développement du cadre juridique multilatéral prend une direction différente de celle de la mondialisation de l'indifférence, alors que cette dernière est critiquée pour menacer notre avenir commun³⁶²⁶.

1123. Pour conclure, la Chine cherche également de transcrire ses valeurs nationales sur la scène internationale. Toutefois, elle adopte une approche prudente et conservatrice lorsqu'il s'agit de proposer des réformes du *hard law* en matière de droit des investissements internationaux. Cette attitude chinoise met en lumière son rôle en tant que participant dans les négociations des traités mégarégionaux. En revanche, pour son projet de « la ceinture et la route », l'instrument de *soft law* est privilégié. Une approche de flexibilité maximisée est adoptée au lieu de conclure des traités contraignants dans le cadre du projet. En ce qui concerne le règlement des différends en matière d'investissement pour « la ceinture et la route », la médiation est choisie plutôt que l'arbitrage, dans le but de favoriser la coopération entre les gouvernements.

Section 2. Compétition entre l'Union européenne et les États-Unis

1124. Historiquement, l'un des objectifs économiques de l'ALENA était de fournir « un contrepoids à l'influence économique croissante de l'UE »³⁶²⁷. Le marché commun du nouveau continent est né pour concurrencer les entreprises européennes dans un environnement plus compétitif. Cependant, la conclusion de l'ALENA en 1992 et la création du marché unique

³⁶²² *Ibid.*

³⁶²³ Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *op.cit.*, p.601

³⁶²⁴ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.54

³⁶²⁵ Lorenzo J.A., « A Path Toward Sustainable Development Along the Belt and Road », *op.cit.*, p.605

³⁶²⁶ *Id.*, p.608

³⁶²⁷ Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *op.cit.*, p. 522

européen en 1993 n'ont marqué que le début de la concurrence. En matière du droit international de l'investissement, la concurrence entre les États-Unis et l'Europe a pris racine dans la question du transfert de compétence de l'État souverain des pays membres à l'Union européenne, lors de l'adoption du Traité de Lisbonne en 2009. Depuis lors, l'Union européenne dispose de la compétence de négocier et de conclure des traités internationaux d'investissement avec des pays tiers. Dans le cadre de sa politique commerciale commune, le Traité de Lisbonne « a révélé au grand jour un processus interactif et la volonté de l'Union d'élargir son action normative externe »³⁶²⁸. Comme l'ont souligné par les Professeurs Lanoë-Campbelle et Nanteuil, ce pouvoir de conclusion et de modification des traités bilatéraux et régionaux relatifs à la promotion des investissements « s'impose *de facto* comme nouvel acteur [Union européenne] du droit international des investissements »³⁶²⁹.

1125. Inévitablement, l'Union européenne est entrée en concurrence directe avec les États-Unis au sujet de l'élaboration des normes internationales en matière d'investissement international. En effet, selon Monsieur le Professeur Cattaneo, l'expansion de l'Union européenne est constante et même sa finalité ultime reste mystérieuse³⁶³⁰. Depuis sa création, son objectif consiste à faire face à l'influence venant des États-Unis³⁶³¹. Il est donc inévitable que cette « Union de droits » soit maintenant en confrontation avec le droit anglo-saxon.

1126. En effet, comme évoqué le plus haut, dans le contexte du droit international de l'investissements, le mécanisme de RDIE et la formule de Hull pour l'indemnisation en cas d'expropriation, en tenant compte notamment de sa relation avec le Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis, sont considérés comme une extension du droit américain³⁶³². Malgré une opposition nationale et internationale rigoureuse, les États-Unis n'envisagent pas d'abandonner le régime développé depuis plus de soixante ans. La solution choisie par les États-Unis est donc de défendre le régime actuel tout en apportant des modifications pour répondre aux oppositions.

³⁶²⁸ *Id.*, p.5, paragr.13

³⁶²⁹ Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt *Achmea* : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.1[Base de données]

³⁶³⁰ O.Cattaneo, « *Quelles ambitions pour la politique commerciale de l'Union européenne ?* », *Les notes de l'IFIR*, n°39, mars 2002, p.9.

³⁶³¹ *Ibid.*

³⁶³² Been V., Beauvais J.C., « The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », *op.cit.*, p. 40

1127. Pour l'Europe, ce régime est constitué, expliqué et développé dans le droit coutumier anglo-saxon. L'Union européenne a adopté une « position antagoniste »³⁶³³ à l'égard du mécanisme de RDIE ainsi que des TBI intra-européens, lorsque ses pays membres se sont trouvés soumis à des arbitrages intra-UE, fondés sur les TBI signés entre les États membres (§1). Un grand nombre des arbitrages intra-UE ont motivé l'Union européenne à introduire un nouveau mécanisme de règlement des différends, en abandonnant celui-ci sous dominance anglo-saxonne (§2). En effet, selon le communiqué de presse relatif à la proposition de la mise en place d'un système juridictionnel dans le PTCI visant à remplacer le mécanisme de RDIE, publié par la Commission européenne le 12 novembre 2015, la commissaire européenne chargée du commerce, Cecilia Malmström, a indiqué que « [g]râce à cette approche novatrice, l'UE pourra jouer un rôle majeur sur la scène mondiale pour la création d'une juridiction internationale qui s'appuie sur la confiance du public »³⁶³⁴.

§1. Conflit entre normes internationales

1128. Les conflits entre différentes normes internationales sont devenus courants de nos jours. De plus en plus de traités ont des finalités variées et rassemblent des pays membres couvrant différentes régions, incluant des accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux. Après plus d'une cinquantaine d'années de développement, on assiste à une « prolifération »³⁶³⁵ des TBI et des accords commerciaux régionaux. Cela provoque des conflits de normes, notamment entre le droit européen et le droit international de l'investissement. En effet, il est considéré que ces conflits « sont apparus avec le développement du droit de l'Union européenne »³⁶³⁶, car l'objet du droit de l'Union n'arrête pas de s'élargir. Sa finalité initiale a été « d'établir une solidarité de fait parmi ces États, afin de réduire les possibilités de conflit interétatique »³⁶³⁷. C'est avec la signature du traité de Maastricht en février 1992 que les règles relatives à la coopération en matière d'affaires intérieures ont été établies. Quant à la politique du marché unique et les quatre libertés qui s'y rattachent, elles ont été établies le 1^{er} janvier 1993³⁶³⁸. Auparavant, il était considéré que les normes entre le droit de l'Union européenne et les TBI ne connaissaient aucun

³⁶³³ Menétrey S., « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben (dir.), Paris, Pedone, 2015, p.616

³⁶³⁴ *Ibid.*

³⁶³⁵ McCarl R., « ICSID Jurisdiction over International Mass Investment Arbitrations: Due Process and Default Rules », *SJIL*, vol 51, n°2, été 2015, p.177

³⁶³⁶ Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt Achmea : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.1[Base de données]

³⁶³⁷ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.21, paragr.62

³⁶³⁸ Union européenne, « Une Europe sans frontières »[en ligne : https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1990-1999_fr][consulté le 23 octobre 2021]

point de convergence³⁶³⁹. Selon Madame la Professeure Menétrey, la création et l'organisation du marché intérieur européen d'une part, et la promotion des investissements d'autre part, ont deux objectifs différents³⁶⁴⁰. En effet, la logique d'intégration économique et juridique est indifférente au développement du droit international de l'investissement, composé notamment par son réseau de TBI en Europe³⁶⁴¹. Les traités fondateurs de l'Union n'ont pas eu l'intention de transférer la compétence de négocier et de conclure des traités en matière d'investissements internationaux à l'Union européenne³⁶⁴². Les TBI signés, sollicitant le mécanisme de RDIE, ne sont destinés qu'à fournir un mode de résolution de règlement des différends³⁶⁴³.

1129. Toutefois, les conflits de normes sont devenus plus importants avec le développement du droit de l'Union européenne³⁶⁴⁴. Plus précisément, « l'inscription des deux droits dans une logique différente n'empêche pas des similitudes entre eux »³⁶⁴⁵. En effet, le principe des quatre libertés, et notamment la liberté de circulation des capitaux et la liberté d'établissement, promulgué le 1^{er} janvier 1993³⁶⁴⁶, tend à construire le marché unique. Ce principe marque donc la convergence des objectifs de promotion et de protection des investissements étrangers. Le droit communautaire vise à couvrir la phase préinvestissement dans le cadre de la création d'un marché intérieur, c'est-à-dire « la liberté d'investissement conventionnelle » visant « une installation sur le territoire d'un État membre » pour un ressortissant communautaire³⁶⁴⁷. A l'inverse, les TBI signés entre les États membres ne visent qu'à fournir une garantie de protection sur la phase post-investissement, et l'admission d'investissement n'est pas garanti et soumis à la souveraineté du pays d'accueil³⁶⁴⁸. Ces divergences techniques expliquent la différence de finalités³⁶⁴⁹. On considère que les TBI ont été conclus pour assurer la protection des investissements étrangers face au pouvoir normatif des pays hôtes³⁶⁵⁰. Or, le droit communautaire entend créer un marché unique dans une région déterminée, structuré autour de

³⁶³⁹ Menétrey S., « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, n°4, octobre-novembre-décembre 2010, p.1128

³⁶⁴⁰ *Ibid.*

³⁶⁴¹ *Ibid.*

³⁶⁴² Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *op.cit.*, p. 102

³⁶⁴³ *Ibid.*

³⁶⁴⁴ Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt *Achmea* : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.1

³⁶⁴⁵ Menétrey S., « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.613

³⁶⁴⁶ Union européenne, « Une Europe sans frontières »[en ligne : https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1990-1999_fr] [consulté le 23 octobre 2021]

³⁶⁴⁷ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p.106, paragr.327

³⁶⁴⁸ *Ibid.*

³⁶⁴⁹ *Ibid.*

³⁶⁵⁰ *Id.*, p.107

quatre libertés servant de principes cardinaux³⁶⁵¹. Dans cette perspective, les TBI signés entre les pays membres ou par les pays membres, « n'ont pas pour première finalité de garantir la liberté d'investissement »³⁶⁵². En effet, le droit communautaire a une conception encore « plus libérale, d'assimilation de l'étranger au national »³⁶⁵³. Une autre différence peut être relevée : le droit communautaire a bien pensé à équilibrer la liberté et l'intérêt général, pour prévoir les limitations de ces quatre libertés en matière d'investissement³⁶⁵⁴. L'encadrement négatif de ces libertés se trouve mis en cohérence dans une perspective de l'ensemble des politiques communautaires³⁶⁵⁵. En revanche, l'ancienne génération de TBI a pour objectif de promotion du libéralisme, notamment la protection de la propriété des étrangers. C'est peut-être la raison pour laquelle le droit européen est « muet sur la protection de l'investisseur contre l'expropriation sans compensation et sur le recours à l'arbitrage par l'investisseur contre l'État d'accueil de son investissement »³⁶⁵⁶.

1130. Le nombre significatif des arbitrages intra-européens a mis en évidence les positions divergentes de l'Union européenne, de l'État défendeur, de l'investisseur et son pays d'origine. L'année 2013 a été marquée par un nombre important de nouveaux arbitrages, dont 42 % concernaient des cas contre les pays membres européens³⁶⁵⁷. Il est important de noter que ces arbitrages intra-européens ont largement été soulevés dans le cadre des TBI conclus dans les années 1990, avant les élargissements de l'UE en 2004, 2007 et 2013³⁶⁵⁸. Les domaines politiques des pays membres sont le sujet des arbitrages, notamment dans le secteur des énergies renouvelables³⁶⁵⁹. Il faut souligner que plus de la moitié des cas ont été portés contre la République Tchèque et l'Espagne³⁶⁶⁰. En ce qui concerne plus particulièrement la République Tchèque, les arbitrages introduits concernaient les avenants de 2011 qui imposaient une taxe sur l'électricité produite à partir d'une centrale solaire³⁶⁶¹. En 2015, la République Tchèque a répondu de trente-trois arbitrages³⁶⁶². Ceux contre l'Espagne portaient sur une taxe de 7 % sur

³⁶⁵¹ *Ibid.*

³⁶⁵² *Ibid.*

³⁶⁵³ Nourissat C., *Droit Communautaire des affaires*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2005, p. 94

³⁶⁵⁴ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 108, paragr.332

³⁶⁵⁵ *Ibid.*

³⁶⁵⁶ Menétréy S., « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.614

³⁶⁵⁷ UNCTAD, *World Investment Report 2014*, p.xxv, et p. 125

³⁶⁵⁸ Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », le 18 mai 2015 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_5198] [consulté le 30 octobre 2021]

³⁶⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁶⁰ *Id.*, p. 125

³⁶⁶¹ *Ibid.*

³⁶⁶² UNCTAD, *World Investment Report 2016*, p. 105

les revenus des producteurs d'électricité et une réduction des subventions des producteurs d'énergie renouvelable³⁶⁶³. En 2015, l'Espagne a été un pays défendeur de vingt-neuf arbitrages, dont quinze ont été notifiés cette année-là³⁶⁶⁴. En 2016, elle a continué à être l'un des pays les plus confrontés aux arbitrages, avec 4 nouveaux cas notifiés³⁶⁶⁵. Enfin, en 2018, cinq nouveaux arbitrages ont été notifiés contre l'Espagne, la classant comme le deuxième pays ayant été le plus attaqué cette année-là, juste derrière la Colombie qui en a subi six³⁶⁶⁶.

1131. La concurrence avec les États-Unis sur la création des normes internationales de l'investissement ainsi que la pression venant des arbitrages intra-européens, ont conduit l'Europe à établir la primauté du droit de l'Union européenne et à « nier une partie de l'autonomie des arbitres pour résoudre le litige »³⁶⁶⁷. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la compétence en matière de négociation des traités relatifs au commerce et aux investissements n'avait pas été transférée à l'Union européenne, et les TBI intra-européens étaient déjà considérés comme incompatibles avec le droit européen (I). Les arbitrages relatifs aux investissements intra-UE ont renforcé l'intention de l'Union européenne d'établir la primauté du droit européen par rapport aux autres sources du droit international (II).

I. La tentative d'établir la primauté du droit européen

1132. De manière générale, la hiérarchie des sources du droit transnational ne peut évidemment pas « être déduite de l'origine de ces normes, puisqu'il s'agit de sources formelles »³⁶⁶⁸. Toutefois, « la rencontre entre le droit international des investissements et le droit européen »³⁶⁶⁹ dans les sentences arbitrales d'investissement démontre que « les juridictions de chaque ordre prévalent dans le référentiel propre qu'est son ordre juridique »³⁶⁷⁰.

1133. En effet, afin de garantir le principe d'effectivité du droit de l'Union, ainsi que le principe de confiance mutuelle entre les États membres³⁶⁷¹, la Commission européenne déploie des efforts en utilisant deux approches pour établir de la primauté du droit européen vis-à-vis

³⁶⁶³ Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », *op.cit.*

³⁶⁶⁴ UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 105

³⁶⁶⁵ UNCTAD, World Investment Report 2017, p. 115

³⁶⁶⁶ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 103

³⁶⁶⁷ Jourdan-Marques J., « Arbitrage et question préjudicielle », *op.cit.*, p.607

³⁶⁶⁸ Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public, op.cit.*, p.517

³⁶⁶⁹ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.583

³⁶⁷⁰ *Id.*, p.582

³⁶⁷¹ *Id.*, p.589 - 590

du droit international de l'investissement³⁶⁷². D'un côté, elle a engagé des procédures de recours en manquement contre les TBI intra-UE (A). De l'autre côté, elle défend l'autonomie du droit européen dans le cadre des arbitrages liés aux TBI intra-UE et propose de nouveaux mécanismes de règlement des différends dans le cadre de la négociation de nouveaux traités méga-régionaux, dans le but de remplacer le mécanisme de RDIE (B).

A. Le recours en manquement contre les TBI intra-UE

1134. Des tensions entre les normes des TBI et le droit communautaire ont existé, bien avant que la compétence exclusive en matière de négociation des traités relative aux investissements étrangers ne soit transférée à l'Union européenne après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009.

1135. En effet, les pays européens ont conclu un nombre considérable de TBI entre eux, formant un réseau conventionnel composé par plus de mille quatre cents traités bilatéraux d'investissement³⁶⁷³, sans compter les conventions signées avec les pays tiers. Selon la CNUDCI, les TBI signés entre les États membres de l'UE représentent environ la moitié des TBI mondiaux³⁶⁷⁴. Parmi ces pays, la France a signé 112 TBI³⁶⁷⁵, tandis que l'Allemagne, considérée comme le leader du marché³⁶⁷⁶ dans le cadre des négociations des TBI, en a signé 160³⁶⁷⁷. En comparaison, les États-Unis n'ont enregistré que 58 TBI dans la base de données et aucun des pays du G7 n'est signataire de ces traités enregistrés³⁶⁷⁸. En effet, les TBI conclus entre les pays développés, dénommés TBI « nord-nord », ne contiennent que 9 % en 2013, soit 259 parmi un total de 2902 TBI³⁶⁷⁹. De plus, il est important de souligner que 200 des traités

³⁶⁷² Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 143, paragr.438 ; v. également Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.594

³⁶⁷³ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit*, Bulletin n°27, 2021, p.113

³⁶⁷⁴ UNCTAD, *World Investment Report 2012*, p.85

³⁶⁷⁵ Base de données relative aux traités bilatéraux d'investissement, disponible sur [en ligne : <https://icsid.worldbank.org/fr/ressources/base-de-donn%C3%A9es/base-de-donn%C3%A9es-relative-aux-trait%C3%A9s-bilat%C3%A9aux-dinvestissement>] [consulté le 5 septembre 2021]

³⁶⁷⁶ Sandrock O., « The right of Foreign Investors to Access German Markets: The Meaning of Article 2(1) of the German Model Treaty for the Promotion and Protection of Foreign Investments », *ICSID Rev*, vol n°25, issue 2, 2010, p. 273

³⁶⁷⁷ Base de données relative aux traités bilatéraux d'investissement, *op.cit.*

³⁶⁷⁸ *Ibid.*

³⁶⁷⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2014*, p.123

parmi ces 259 sont des traités intra-UE³⁶⁸⁰. Face à un tel grand nombre de TBI, l'Union européenne a une intention d'assurer la primauté de droit européen.

1136. La Commission européenne a introduit deux recours en manquement en 2006, et un troisième en 2007, en considérant que l'Autriche³⁶⁸¹, la Suède³⁶⁸² et la Finlande³⁶⁸³ avaient manqué aux obligations de l'article 307 du traité CE. Plus précisément, leurs TBI sont incompatibles avec le droit communautaire. Il s'agit des TBI qui ont été signés avant l'adhésion à l'Union européenne par ces pays. En effet, pour l'Autriche, il s'agit de six TBI signés avant son adhésion avec la Chine, la Corée, le Cap-Vert, la Malaisie, la Russie et la Turquie. Pour la Finlande, six TBI sont concernés, signés avec la Russie, le Belarus, la Chine, la Malaisie, le Sri Lanka et l'Ouzbékistan. Enfin, pour la Suède, dix-huit TBI signés avant son adhésion à l'Union européenne sont considérés incompatibles³⁶⁸⁴. La Commission européenne a considéré que ces accords bilatéraux pouvaient faire échec à l'application des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements que le Conseil de l'Union européenne peut adopter en vertu des articles 57 à 60 du traité CE³⁶⁸⁵. En effet, le droit communautaire a prévu un équilibre entre la « liberté » et l'« intérêt général », dont l'article 56 du traité CE vise à assurer la liberté de circulation des capitaux et l'article 57 du traité donne le pouvoir à la Communauté de relever des exceptions au principe susmentionné en vue de la protection de l'intérêt général³⁶⁸⁶.

1137. La Suède a soutenu les accords conclus avec les investisseurs de pays tiers concernaient les droits de garantie et, par conséquent, qu'il n'était pas possible de mettre en œuvre des mesures restrictives concrètes établies par le droit communautaire³⁶⁸⁷. L'Autriche, soutenue par l'Allemagne, la Lituanie, la Hongrie et la Finlande, a également affirmé que lorsque le Conseil n'avait pas décidé de restrictions, la question de la compatibilité de ces conventions avec une disposition du traité qui n'avait pas encore été appliquée ne se posait pas³⁶⁸⁸. De plus, ces

³⁶⁸⁰ *Ibid.*

³⁶⁸¹ *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, Commission c/Autriche*

³⁶⁸² *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, Commission c/Suède*

³⁶⁸³ *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, Commission c/Finlande*

³⁶⁸⁴ Accords conclus par le Royaume de Suède avec la République argentine, la République de Bolivie, la République de Côte d'Ivoire, la République arabe d'Égypte, Hong-Kong, la République d'Indonésie, la République populaire de Chine, la République de Madagascar, la Malaisie, la République islamiste du Pakistan, la République du Pérou, la République du Sénégal, la République socialiste démocratique de Sri Lanka, la République tunisienne, la République socialiste du Viêt Nam, la République du Yémen et l'ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie en matière d'investissements

³⁶⁸⁵ *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, Commission c/Autriche*, paragr.4 ; *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, Commission c/Suède*, paragr. 4 ; *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, Commission c/Finlande*, paragr. 6

³⁶⁸⁶ *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, Commission c/Suède*, paragr. 29 ; *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, Commission c/Autriche*, paragr.29 ; *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, Commission c/Finlande*, paragr. 22

³⁶⁸⁷ *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, Commission c/Suède*, paragr. 17

³⁶⁸⁸ *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, Commission c/Autriche*, paragr. 18

accords d'investissement ne seraient pas incompatibles avec les mesures communautaires existantes en matière de libre circulation des capitaux, car celles-ci n'auraient aucune incidence sur eux³⁶⁸⁹. Selon ces États membres, le manquement invoqué par la Commission est de nature purement hypothétique³⁶⁹⁰. La Finlande adopte une ligne de défense similaire à celle de l'Autriche, en affirmant que la question de la compatibilité de l'accord en question avec une disposition du traité qui n'a fait l'objet d'aucune application ne se pose pas, étant donné qu'il n'y aurait pas d'« incompatibilités constatées » au sens de l'article 307 du traité CE³⁶⁹¹. En outre, la Finlande indique qu'elle pourrait faire jouer le principe *rebus sic stantibus* et suspendre provisoirement les dispositions contestées relatives à la liberté de transfert dans l'hypothèse où la Communauté adopterait des mesures de sauvegarde³⁶⁹².

1138. La Cour de justice a jugé que, en ce qui concerne les mesures concrètes, l'article 59 CE autorise le Conseil à adopter des mesures de sauvegarde lorsque les mouvements de capitaux à destination ou en provenance d'États tiers « causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire »³⁶⁹³, à condition que ces mesures soient strictement nécessaires et qu'elles portent sur une période « ne dépassant pas six mois »³⁶⁹⁴. L'article 60 CE permet au Conseil de mettre en œuvre une position ou une action commune dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune et de prendre les « mesures urgentes nécessaires » en ce qui concerne les mouvements de capitaux et les paiements³⁶⁹⁵. Ces actions visant à limiter la libre de circulation des capitaux n'ont pas été prévues dans les dispositions des accords bilatéraux susmentionnés³⁶⁹⁶. Ces raisons ont conduit la Cour à confirmer la position de la Commission européenne sur l'incompatibilité des accords bilatéraux d'investissement conclus par des États membres antérieurement à leur adhésion à l'Union européenne selon l'article 307 CE. En conséquence, les États membres sont tenus de

³⁶⁸⁹ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, *Commission c/Autriche*, paragr. 4

³⁶⁹⁰ *Id.*, paragr.19

³⁶⁹¹ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, *Commission c/Finlande*, paragr. 16

³⁶⁹² *Id.*, paragr.17

³⁶⁹³ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, *Commission c/Finlande*, paragr. 24 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, *Commission c/Autriche*, paragr. 30 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, *Commission c/Suède*, paragr. 31

³⁶⁹⁴ *Ibid.*

³⁶⁹⁵ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, *Commission c/Finlande*, paragr. 25 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, *Commission c/Autriche*, paragr.31 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, *Commission c/Suède*, paragr. 32

³⁶⁹⁶ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, *Commission c/Finlande*, paragr. 26 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, *Commission c/Autriche*, paragr. 32 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, *Commission c/Suède*, paragr. 33

recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées entre les conventions conclues antérieurement à leur adhésion et le droit communautaire³⁶⁹⁷.

1139. Selon le praticien associé Potesta, la Cour a étendu la portée de l'article 307 CE, car cet article « n'a pas fait expressément référence à ce type d'incompatibilités »³⁶⁹⁸. Cela implique une nouvelle obligation pour les États membres, pouvant entraîner un rejet injustifié des méthodes prévues par le droit international³⁶⁹⁹. Enfin, la Cour n'a pas exigé la mise en œuvre des mesures à prendre, qui pourraient théoriquement conduire à la renégociation voire à la dénonciation des traités incompatibles³⁷⁰⁰. Elle a simplement demandé l'élimination des incompatibilités, par le biais de l'assistance mutuelle entre États membres³⁷⁰¹.

1140. Dans une perspective de la souveraineté des États membres, certains juristes ont conclu que « [I]a capacité des États membres à agir comme les sujets souverains de droit international qu'ils sont encore apparus fortement réduite »³⁷⁰². Le Professeur Menétrey a considéré ainsi que « la Commission se pose en garante de l'intégrité du droit de l'UE, n'hésitant pas à combattre la position adoptée par les États pour placer les principes du droit de l'UE au-dessus des intérêts économiques des membres »³⁷⁰³. Enfin, dans une perspective de concurrence entre la politique libérale de l'Union européenne et le multilatéralisme promue par les États-Unis, le conflit commence à apparaître à un niveau intra-européen, avant que l'Union ne prenne son rôle de concurrente avec les États-Unis à l'échelle internationale. Il est ainsi considéré que « la reconnaissance d'un tel conflit de normes a un impact direct sur la validité des clauses d'arbitrage entre l'investisseur étranger et l'État membre de l'Union »³⁷⁰⁴.

B. Les sentences arbitrales intra-communautaires

1141. Lorsque les pays européens sont devenus défendeurs des arbitrages des TBI intra-UE, « la Commission a jeté de « sérieux doutes » sur la compétence du tribunal pour connaître d'une

³⁶⁹⁷ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, *Commission c/Finlande*, paragr. 28 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, *Commission c/Autriche*, paragr. 33 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, *Commission c/Suède*, paragr. 44

³⁶⁹⁸ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op.cit., p. 132, paragr.412

³⁶⁹⁹ Potesta M., « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ », *Law Pract. Int. Courts Trib.*, n°8, 2009, p. 241

³⁷⁰⁰ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op.cit., p. 132, paragr.413

³⁷⁰¹ CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, *Commission c/Autriche*, paragr. 44 ; CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, *Commission c/Suède*, paragr. 44

³⁷⁰² Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op.cit., p. 131, paragr.411

³⁷⁰³ Menétrey S., « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », op.cit., p.617

³⁷⁰⁴ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », op.cit., p. 111

demande fondée sur un TBI intra-UE »³⁷⁰⁵. Parmi ces diverses sentences arbitrales intra-communautaires, une grande partie des cas concernait les pays devenus membres de l'Union européenne en 2004, 2007 et 2013. Depuis 2006, la Commission a joué un rôle actif dans ces sentences arbitrales, et est intervenue une quarantaine fois en qualité d'*amicus curiae* dans ces arbitrages³⁷⁰⁶. Elle cherche à établir la suprématie du droit communautaire par rapport aux TBI intra-communautaires (1). La CJUE a ainsi, dans sa jurisprudence, confirmé cette suprématie (2).

1) La défense de la primauté du droit européen par la Commission européenne

1142. L'une des raisons importantes pour lesquelles la Commission européenne défend la primauté du droit européen se trouve dans le contexte d'élargissement de l'Union européenne. Les nouveaux adhérents de l'Union ont soutenu le principe de suprématie du droit communautaire devant les TBI, car ces TBI sont devenus les traités intra-communautaires à leurs adhésions.

1143. Dans l'arbitrage *Eastern Sugar c. République tchèque*³⁷⁰⁷, notifié par l'investisseur (Pays-Bas) en 2007, le pays défendeur a argué qu'à son adhésion dans l'Union européenne en juin 2003 entrée en vigueur en mai 2004, le TBI signé avec les Pays-Bas en avril 1991³⁷⁰⁸ n'avait plus vocation à s'appliquer³⁷⁰⁹. La République tchèque a fait référence à la Convention de Vienne de 1969³⁷¹⁰. Selon l'article 30 de la Convention relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière, lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. La République Tchèque a également soutenu que l'application du TBI violerait le principe de confiance mutuelle de

³⁷⁰⁵ Von Krause C., « The European Commission's Opposition to Intra-EU BITs and its Impact on Investment Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, le 28 septembre 2010 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>] [consulté le 26 octobre 2021]

³⁷⁰⁶ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.582

³⁷⁰⁷ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004

³⁷⁰⁸ Le TBI a été signé entre le Royaume des Pays-Bas et République tchèque et slovaque le 29 avril 1991, dont les droit et obligations auxquels la République tchèque a succédé le 1^{er} janvier 1993.

³⁷⁰⁹ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, *op.cit.*, Partial Award, paragr. 25

³⁷¹⁰ *Id.*, paragr. 100

l'UE³⁷¹¹. Eastern Sugar aurait porté sa demande devant une juridiction nationale tchèque³⁷¹² et il n'y aurait pas de place pour l'arbitrage international dans ce domaine³⁷¹³.

1144. Le même argument a été soulevé par la Slovaquie en tant que pays défendeur de l'arbitrage *Achmea B.V.* (auparavant *Eureko*)³⁷¹⁴, dont la sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et la suspension a été rendue en 2010. La Slovaquie s'est défendue en soutenant que son adhésion à l'UE a indiqué définitivement l'intention des deux pays contractants à régir leurs relations avec les ressortissants de leur contrepartie respective en vertu du droit de l'Union européenne³⁷¹⁵, au lieu du TBI conclu entre eux.

1145. Ayant l'intention d'établir la suprématie du droit européen par rapport aux autres sources de droit international, la Commission européenne a envoyé une lettre au tribunal de *Eastern Sugar c. République tchèque* en 2006³⁷¹⁶. Dans cette lettre, reproduite dans la sentence³⁷¹⁷, la Commission a indiqué la suprématie du droit communautaire vis-à-vis des TBI, affirmant que « lorsque le traité CE ou le droit dérivé sont en conflit avec certaines des dispositions de ces TBI [...] le droit communautaire prévaudra automatiquement sur les dispositions non conformes du TBI »³⁷¹⁸. Les arguments soulevés par la République tchèque sont également soutenus par la Commission qui indique que « les TBI intra-UE devraient être résiliés dans la mesure où les matières couvertes par les accords relèvent de la compétence communautaire »³⁷¹⁹. Enfin, la Commission a considéré qu'il s'agit de différends intra-communautaires et que les États membres auraient échangé des notes soutenant que ces TBI ne seraient plus applicables, et également auraient abrogé formellement de tels accords³⁷²⁰.

³⁷¹¹ *Id.*, paragr. 107

³⁷¹² *Ibid.*

³⁷¹³ *Ibid.*

³⁷¹⁴ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (auparavant *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*)

³⁷¹⁵ *Id.*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, paragr. 92

³⁷¹⁶ *Eastern Sugar v. Czech Republic, op.cit.*, Partial Award, paragr. 119

³⁷¹⁷ *Ibid.*

³⁷¹⁸ *Ibid.*

Texte original: « where the EC Treaty or secondary legislation are in conflict with some of these BITs' provisions [...] Community law will automatically prevail over the non-conforming BIT provisions »

³⁷¹⁹ *Ibid.*

³⁷²⁰ *Ibid.*

Texte original: « intra-EU BITs should be terminated in so far as the matters under the agreements fall under Community competence »

1146. Alors, pour les arbitrages d'*Electrabel c. Hongrie*³⁷²¹, et d'*AES c. Hongrie*³⁷²², la Commission a intervenu en qualité d'*amicus curiae*, pour assurer « le principe de primauté inconditionnelle du droit communautaire »³⁷²³.

1147. Suite aux arbitrages susmentionnés, la Commission européenne a demandé à ses États membres, et notamment invité cinq États membres³⁷²⁴ sous procédure d'infraction, de mettre fin à leurs TBI intra-européens le 18 mai 2015. La Commission a indiqué que « [c]es accords sont obsolètes et contraires au droit de l'Union »³⁷²⁵, et a souligné que « quelque 200 ABI [accord bilatéral d'investissement] sont encore en vigueur entre les États membres de l'UE »³⁷²⁶. En effet, il s'agit principalement des TBI conclus avec les pays ayant nouvellement adhéré en 2004, 2007 et 2013³⁷²⁷. Selon la Commission, ce type de TBI a été conclu pour des « raisons politiques historiques »³⁷²⁸ afin de rassurer les investisseurs avec des protections renforcées, notamment par l'« indemnisation en cas d'expropriation et des procédures d'arbitrage pour le règlement des différends liés à un investissement »³⁷²⁹. Toutefois, selon la Commission européenne, le droit de l'Union « garantit pareillement la même protection à tous les investisseurs »³⁷³⁰. En revanche, certains investisseurs ont pu obtenir des droits uniques sur une base bilatérale, et « une telle discrimination fondée sur la nationalité est contraire au droit de l'Union »³⁷³¹. La Commission a fait cette recommandation depuis des années pour mettre fin à ces accords intracommunautaires, mais « la plupart des États membres n'ayant pris aucune mesure »³⁷³². Le jour du communiqué de presse de 2015, seulement deux États membres, l'Irlande et l'Italie, ont mis fin à l'ensemble de leurs TBI intra-communautaires de 2012 et 2013 respectivement³⁷³³.

³⁷²¹ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19

³⁷²² *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22

³⁷²³ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op.cit., p. 143, paragr.438

³⁷²⁴ Autriche, Pays-Bas, Roumanie, Slovaquie et Suède

³⁷²⁵ Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d'investissement intra-UE », le 18 mai 2015 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_5198] [consulté le 30 octobre 2021]

³⁷²⁶ *Ibid.*

³⁷²⁷ *Ibid.*

³⁷²⁸ *Ibid.*

³⁷²⁹ *Ibid.*

³⁷³⁰ *Ibid.*

³⁷³¹ *Ibid.*

³⁷³² *Ibid.*

³⁷³³ *Ibid.*

1148. Évidemment, les investisseurs communautaires, leur pays d'origine, ainsi que les arbitres des tribunaux arbitrales, forment une autre union qui ne partage pas nécessairement un tel point de vue.

1149. Pour les pays d'origine de ces investissements, leur intérêt est de maintenir l'applicabilité de ces TBI³⁷³⁴. Une autre raison importante réside dans le fait que ces pays d'origine des investissements ne se sont pas traditionnellement placés « en position de partie défenderesse devant les tribunaux arbitraux »³⁷³⁵, tandis que les pays défendeurs des arbitrages d'investissements doivent « répondre leurs actes devant un tribunal arbitral et assumer les conséquences financières »³⁷³⁶. Par exemple, les Pays-Bas sont le pays d'origine d'investisseur d'Achmea B.V. Ils n'ont été devenus le pays défendeur d'un arbitrage relatif à l'investissement que pour la première fois en 2021³⁷³⁷. Dans l'affaire *Achmea B.V.*³⁷³⁸, le gouvernement des Pays-Bas a argumenté que les conditions indiquées à l'article 54 de la Convention de Vienne pour mettre fin à un traité ne sont pas remplies³⁷³⁹. La résiliation du traité doit résulter du consentement de toutes les parties après consultation des autres États contractants³⁷⁴⁰. Les Pays-Bas ont conclu qu'ils confirmaient encore une fois que « le TBI en question dans ce différend continue d'être pleinement en vigueur. Par conséquent, il n'y a pas non plus de raison de douter de la compétence du Tribunal arbitral dans le présent différend »³⁷⁴¹. Les Pays-Bas ont surtout souligné que « [l]es aspects du droit de l'Union européenne ne peuvent et n'affectent en aucune manière la compétence existante de ce tribunal arbitral »³⁷⁴². Il est donc compréhensible que les Pays-Bas soient visés par la Commission européenne, dans le cadre de la procédure d'infraction visant à abroger les TBI en question avec la Slovaquie le 18 mai 2015. Pour plus d'information, dans le cadre de la réforme du droit international de l'investissement, plus précisément le mécanisme de RDIE, la CNUDCI a soutenu la position de la Commission européenne visant à supprimer l'ensemble des traités intra-UE, dont le nombre s'élève à environ deux cents TBI³⁷⁴³.

³⁷³⁴ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op.cit., p. 148, paragr.453

³⁷³⁵ *Ibid.*

³⁷³⁶ *Ibid.*

³⁷³⁷ UNCITRAL, *Word Investment Report 2022*, p.74

³⁷³⁸ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, op.cit.

³⁷³⁹ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, op.cit., Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, paragr.160

³⁷⁴⁰ *Ibid.*

³⁷⁴¹ *Id.*, paragr.161

Texte original: « the BIT in question in this dispute continues to be fully in force. Consequently, there is also no reason of doubt the jurisdiction of the Arbitral Tribunal in this dispute. »

³⁷⁴² *Ibid.*

Texte original: « European Union law aspects cannot and do not affect in a way the existing jurisdiction of this Arbitral Tribunal »

³⁷⁴³ UNCITRAL, *Word Investment Report 2017*, p.144

1150. Les arbitres, « dont l'intérêt est de demeurer autonome[s] du droit de l'Union afin de maintenir une concurrence entre les places d'arbitrage et de permettre aux droits les plus libéraux de ne pas être affectés par les dispositions européennes »³⁷⁴⁴, se trouvent naturellement dans une position identique à celle des pays d'origine des investissements. Selon eux, « ni l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la Communauté ni l'existence du droit communautaire ne portent atteinte à la validité de ces traités »³⁷⁴⁵. Dans l'affaire *Eastern Sugar c. République Tchèque*, le tribunal a remarqué que la Commission européenne n'a pas procédé à la procédure d'infraction contre les Pays-Bas, ni contre la République Tchèque ou tout autre pays pour ne pas avoir résilié leurs TBI³⁷⁴⁶. Pour rappel, une telle procédure n'a été lancée par la Commission européenne qu'en mai 2015, alors que la sentence arbitrale d'*Eastern Sugar* a été rendue en 2007. Il s'agit de la première sentence arbitrale qui a tranché la question de l'applicabilité de ces TBI devenus intra-communautaires³⁷⁴⁷. Les arbitres ont ainsi souligné que ni la République tchèque, ni les Pays-Bas ou d'autres pays membres dans une situation similaire n'avaient déposé de plainte auprès de la Commission européenne contre les Pays-Bas et la République Tchèque concernant leur non-respect du droit de l'UE en laissant leurs TBI en place³⁷⁴⁸. Les arbitres ont ensuite conclu que le traité d'adhésion était silencieux sur ce point, sans que l'on puisse soutenir que l'accord européen ou le traité d'adhésion ont, par leurs termes, expressément remplacé le TBI³⁷⁴⁹. En conséquence, le droit de l'UE n'a pas automatiquement remplacé le TBI à la suite de l'adhésion de la République Tchèque à l'UE³⁷⁵⁰.

1151. Ces raisonnements du tribunal arbitral dans *Eastern sugar* ont été référés par les sentences suivantes³⁷⁵¹, dans les arbitrages *Binder*³⁷⁵² dont la sentence sur la juridiction n'a pas été publiée³⁷⁵³, *Achmea B.V.*³⁷⁵⁴ et *Jan Oostergetel & Theodora Laurentius*³⁷⁵⁵. Toutefois, il est à noter qu'une telle interprétation a changé³⁷⁵⁶ dans la sentence sur la juridiction

³⁷⁴⁴ Jourdan-Marques J., « Arbitrage et question préjudicielle », *op.cit.*, p.597

³⁷⁴⁵ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 150, paragr.460

³⁷⁴⁶ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, *op.cit.*, Partial Award, paragr.121

³⁷⁴⁷ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 150, paragr.461

³⁷⁴⁸ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, *op.cit.*, Partial Award, paragr. 122

³⁷⁴⁹ *Id.*, paragr.147-148

³⁷⁵⁰ *Id.*, paragr.172

³⁷⁵¹ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, p. 151, paragr.463

³⁷⁵² *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL

³⁷⁵³ *Id.*, Review of Award on Jurisdiction (not public see IAREporter story)

³⁷⁵⁴ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13(auparavant *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, sur la termination du TBI par la suite d'adhésion à l'Union Européen : paragr.231-267, sur la l'applicabilité de TBI en conflit avec le droit communautaire : paragr. 268-283

³⁷⁵⁵ *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, paragr.72-109

³⁷⁵⁶ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, p. 164, paragr.505

d'*Electrabel*³⁷⁵⁷ en 2012, dans laquelle le tribunal a considéré que l'article 307 CE signifie que le droit de l'UE prévaut en cas d'incompatibilité avec un autre traité antérieur³⁷⁵⁸. Un tel changement est largement attribué à l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice d'établir la primauté du droit communautaire³⁷⁵⁹ dans l'arrêt *Commission c/Italie*³⁷⁶⁰.

1152. Enfin, la primauté du droit communautaire sur les TBI intra-communautaires n'a pas été partagée par les juristes du droit international lors d'une conférence sur le droit international de l'investissement tenue à Paris en avril 2009³⁷⁶¹. Ces derniers ont indiqué que les conflits entre les traités doivent être résolus par l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁷⁶². Certains intervenants ont critiqué la position de la Commission et ont souligné l'importance de l'accès à l'arbitrage dans la construction d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice³⁷⁶³.

2) La confirmation de la CJUE de la primauté du droit européen

1153. Les tribunaux arbitraux ont rejeté les arguments des pays défendeurs et de la Commission européenne. Toutefois, comme les États-Unis, le Canada et le Mexique, lorsque les pays se trouvent dans une position de défendeur, tous les moyens sont employés, y compris le recours contre la décision du tribunal arbitral. La Commission européenne et la CJUE ont toutes l'intention de soutenir la primauté³⁷⁶⁴ et l'autorité³⁷⁶⁵ du droit européen. En effet, « [l]e principe d'effectivité du droit de l'Union conduit depuis longtemps la Cour à écarter tout ce qui pourrait laisser le droit de l'Union inappliqué »³⁷⁶⁶. L'arrêt *Achmea* de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question préjudicielle est considéré comme ayant constitué « l'instrument de domination de la Cour de justice et du droit européen sur l'arbitrage »³⁷⁶⁷. Les raisonnements développés dans cet arrêt et les arrêts suivants sont considérés par Monsieur le

³⁷⁵⁷ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19

³⁷⁵⁸ *Id.*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, paragr.4.182-4.184.

³⁷⁵⁹ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, p. 164, paragr.505

³⁷⁶⁰ CJCE, 24 mars 1988, aff. 104/86, *Commission c/Italie*

³⁷⁶¹ Von Krause C., « The European Commission's Opposition to Intra-EU BITs and Its Impact on Investment Arbitration », *Kluwer Arbitration Blog*, *op.cit.*

³⁷⁶² *Ibid.*

³⁷⁶³ *Ibid.*

³⁷⁶⁴ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 143, paragr.438 ; v. également Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.594

³⁷⁶⁵ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.592

³⁷⁶⁶ *Id.*, p. 598

³⁷⁶⁷ Jourdan-Marques J., « Arbitrage et question préjudicielle », *op.cit.*, p.597

Professeur Remy comme étant le « fruit de l'imagination de la Cour pour satisfaire les passions de la Commission, est néanmoins problématique du point de vue de la Raison »³⁷⁶⁸.

- *Achmea B.V*

1154. Parmi les sentences susmentionnées, la décision de la Cour de justice de l'Union européenne sur *Achmea B.V.*³⁷⁶⁹ est considérée comme ayant marqué la fin de l'arbitrage d'investissement intra-européen³⁷⁷⁰. La Cour a conclu que « le droit de l'UE s'oppose aux mécanismes de résolution des différends contenus dans les TBI intra-EU »³⁷⁷¹. La raison donnée est que le mécanisme de RDIE porte « atteinte à l'autonomie du droit de l'UE en établissant un mécanisme alternatif de résolution des différends qui ne garantit pas la soumission au contrôle du système juridictionnel de l'UE des litiges impliquant l'application ou l'interprétation du droit de l'UE »³⁷⁷². Toutefois, la décision est critiquée comme étant « guidée par des considérations tristement politiques que la Cour de justice de l'Union européenne vient de mettre à bas l'arbitrage d'investissement en Europe »³⁷⁷³. Une telle décision a suscité des oppositions de la part des arbitres dans les sentences arbitrales. Pour contraindre les nouvelles oppositions de ces arbitres, tant la Commission européenne que les États défendeurs ont cherché les solutions pour mettre fin aux arbitrages intra-UE.

1155. Avant d'entrer dans la discussion, il est peut-être nécessaire d'expliquer le contexte de cette sentence arbitrale. *Achmea B.V.* (auparavant *Eureko B.V.*) a réalisé des investissements en Slovaquie dans le domaine de l'assurance santé à la suite d'une série des législations visant à reformer le marché de l'assurance maladie en 2004³⁷⁷⁴. Le système a été initialement géré par des assureurs-maladies appartenant à l'État et a connu un déficit de 26 billions SKK cette année-là³⁷⁷⁵. En conséquence, la réforme de 2004 a permis un investissement mixte entre le secteur privé et public³⁷⁷⁶. Les sociétés d'assureurs-maladies ont été privatisées et transformées en sociétés par actions, et de ce fait, une série des mesures a été mise en place pour favoriser la compétition entre les assureurs et la privatisation des hôpitaux³⁷⁷⁷. En résumé, la réforme initiée

³⁷⁶⁸ Remy B., « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *CAPJIA*, n°1, 2022, p.81

³⁷⁶⁹ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL* (auparavant *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), *op.cit.*

³⁷⁷⁰ Guyader H., « La fin de l'arbitrage d'investissement intra-européen ? », *RLDA*, n°141, octobre 2018, p. 29

³⁷⁷¹ Korom V., « Jurisprudence *Achmea*: la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne? », *op.cit.*, p. 2005

³⁷⁷² *Ibid.*

³⁷⁷³ Guyader H., « La fin de l'arbitrage d'investissement intra-européen ? », *op.cit.*, p. 29

³⁷⁷⁴ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic, op.cit.*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, paragr.7

³⁷⁷⁵ *Id.*, Award, paragr.87

³⁷⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷⁷ *Id.*, paragr. 88

par le gouvernement slovaque visait à attirer les investisseurs privés³⁷⁷⁸. Concernant plus particulièrement Achmea, la société entrain sur le marché par l'acquisition des actions d'une société d'assureur slovaque privatisée en 1992³⁷⁷⁹. Peu après la réforme de 2004, Achmea a déposé une demande de licence pour exploiter une compagnie d'assurance maladie et a constitué une nouvelle société afin de fournir une assurance-maladie de base avec un investissement initial de 110 millions SKK et un supplément de 2 milliards SKK en 2006³⁷⁸⁰.

1156. Toutefois, en juin 2006, l'élection parlementaire a vu la victoire du parti social-démocrate SMER, à la suite de quoi le nouveau gouvernement a introduit une série de changement des législations régissant le marché de l'assurance maladie³⁷⁸¹. L'utilisation par les compagnies d'assurance-maladie de courtiers pour vendre des assurances-maladies a été interdite³⁷⁸². Le plafonnement des dépenses de fonctionnement prévu d'être supprimé par la réforme de 2004 a été réintroduit dans la réforme de 2007³⁷⁸³. L'introduction de ce plafonnement permet d'éviter une génération des bénéfices auprès de l'assurance-maladie publique³⁷⁸⁴. Cette politique a été accompagnée par une exigence selon laquelle tous les bénéfices de l'assurance-maladie doivent être utilisés à des fins de soins de santé³⁷⁸⁵. La politique a également mis fin à la capacité des compagnies d'assurance maladie de contracter librement avec les prestataires de soins de santé et a imposé l'exigence que ces compagnies contractent avec 34 hôpitaux publics nommés pour la fourniture d'installations³⁷⁸⁶. L'idéologie qui a guidé ces réformes est que le gouvernement a considéré que les compagnies ne doivent pas générer des bénéfices par l'assurance maladie publique, car leurs revenus ne sont pas générés par des activités commerciales mais plutôt par la collecte des cotisations d'assurance-maladie, considérées comme des ressources publiques³⁷⁸⁷. Achmea a donc soutenu que la

³⁷⁷⁸ *Id.*, paragr. 89

³⁷⁷⁹ *Id.*, paragr. 90

³⁷⁸⁰ *Ibid.*

³⁷⁸¹ *Ibid.*

³⁷⁸² *Id.*, paragr. 93

³⁷⁸³ *Id.*, paragr. 92

³⁷⁸⁴ *Id.*, paragr. 94

³⁷⁸⁵ *Id.*, paragr. 96

³⁷⁸⁶ *Id.*, paragr. 95

³⁷⁸⁷ Selon Achmea, lors d'une réunion à huis clos du « club de soins de santé », le président du parlement slovaque a déclaré qu'il pensait que tous les fonds publics devraient être sous contrôle public. Il a également exprimé son opinion selon laquelle les compagnies d'assurance maladie non étatiques ne devraient pas être autorisées à faire des bénéfices, et que les clients dont les cotisations de soins de santé sont payées par l'État ne devraient pas avoir le libre choix de leur assureur. De plus, il a proposé des restrictions sur les droits de propriété des compagnies d'assurance maladie. ; *v. Id.*, paragr. 102

Le Premier ministre a également répondu à la lettre du PDG d'Achmea en indiquant : « After all, it is not normal that, for instance, health insurance companies – some of them privately owned- generate profit. Clearly, their revenues are not generated from business activities but rather from the collection of health insurance contributions, that is, from public resources », *v. Id.*, paragr. 105

réforme de 2007 est un renversement systématique de la réforme de 2004, et que ces réformes ont effectivement détruit la valeur de l'investissement³⁷⁸⁸. La société a donc notifié son intention d'arbitrage en 2008.

1157. Comme évoque plus haut, le gouvernement slovaque a attaqué la juridiction du tribunal arbitral car la République de Slovaquie est devenue membre de l'Union depuis 2004. Les arguments de la Slovaquie sont que le TBI entre les Pays-Bas et la République de Slovaquie ne s'applique pas car le droit communautaire, qui traite aussi du même sujet, prévaut. Ces arguments ont été soutenus par la Commission européenne³⁷⁸⁹. Toutefois, ils ont été rejetés par le tribunal dans sa décision en ce qui concerne la compétence, l'arbitrabilité et la suspension en 2010³⁷⁹⁰. Ensuite, en décembre 2012, le tribunal a rendu une décision sur le fond, condamnant le gouvernement de la République slovaque à payer un dommage de 22,1 millions, plus les intérêts³⁷⁹¹.

1158. Ainsi, en plus des arbitrages mentionnés, un certain nombre d'arbitrages ont été engagée par des investisseurs d'Europe de l'Ouest contre les nouveaux États adhérents de l'Union sur la base des TBI intra-UE³⁷⁹². Dans la plupart des cas, les tribunaux arbitraux « ont systématiquement rejeté les positions des États défendeurs et de la Commission européenne et se sont déclarés compétents »³⁷⁹³.

1159. Toutefois, ces triomphes temporaires n'ont pas empêché l'État défendeur et l'Union européenne de tenter de contourner la décision du tribunal arbitral. Peu après la sentence sur la compétence, l'arbitrabilité et les suspensions d'*Achmea* en octobre 2010, le gouvernement slovaque a introduit un recours à l'encontre de la sentence arbitrale susmentionnée auprès de l'*Oberlansgericht* de Francfort (Tribunal régional supérieur de Francfort)³⁷⁹⁴, étant donné que Francfort a été le lieu d'arbitrage³⁷⁹⁵. Cependant, le recours a été rejeté en mai 2012, et la sentence finale a été rendue en décembre 2012. La sentence sur fond de 2012 a reproduit une partie de la décision de l'*Oberlansgericht*. En effet, la demande de l'État slovaque d'appliquer une déclaration d'invalidité de la sentence sur la juridiction, l'arbitrabilité et la suspension a été

³⁷⁸⁸ *Id.*, paragr. 7

³⁷⁸⁹ *Id.*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, paragr.175-196

³⁷⁹⁰ *Id.*, paragr.293

³⁷⁹¹ *Id.*, Award, paragr.352

³⁷⁹² Korom V., « Jurisprudence *Achmea*: la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne? », *D.*, vol 36, 18 octobre 2018, p. 2006

³⁷⁹³ *Ibid.*

³⁷⁹⁴ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Decision of the Frankfurt Higher Regional Court

³⁷⁹⁵ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, *op.cit.*, Award, paragr.16

rejetée. L'*Oberlansgericht* de Francfort a considéré que l'article 344 du TFUE ne s'applique qu'aux différends entre États membres de l'UE et non dans le contexte du différend investisseur-État³⁷⁹⁶. Plus précisément, l'article 344 du TFUE prévoit que les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que prévu par l'article 267³⁷⁹⁷. L'*Oberlansgericht* a également refusé de demander une question préjudicielle à la CJCE en vertu de l'article 267, notant que le rôle de la CJCE dans une telle procédure est d'examiner la validité du droit de l'UE en termes généraux, et non de décider de la validité de l'article du TBI³⁷⁹⁸.

1160. Le République slovaque a donc formé un pourvoi contre la décision de l'*Oberlansgericht* devant le *Bundesgerichtshof* (Cour suprême fédérale allemande). Cette dernière s'en est remis à la Cour de justice de l'Union européenne par un renvoi préjudiciel sur la question de la comptabilité du TBI avec les articles 344 et 267 du TFUE susmentionnés³⁷⁹⁹.

1161. La Cour de justice a conclu qu'il existe une incompatibilité « outre le fait que les litiges relevant de la compétence du tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation tant de cet accord que du droit de l'Union, la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais par des États membres »³⁸⁰⁰. Selon la Cour, l'article 8 du TBI est « de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les États membres, la préservation du caractère propre du droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale »³⁸⁰¹.

³⁷⁹⁶ *Id.*, paragr.74

³⁷⁹⁷ Article 267 du TFUE
(ex-article 234 TCE)

La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.

³⁷⁹⁸ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic, op.cit.*, Award, paragr.74

³⁷⁹⁹ Disponible sur : *Achmea B.V. v. The Slovak Republic, op.cit.*, Preliminary Decision of the German Federal Supreme Court (German)

³⁸⁰⁰ CJUE, 6 mars 2018, aff. C-284/26, *Slowakische Republik c/ Achmea BV.*, paragr.58

³⁸⁰¹ *Ibid.*

1162. Le raisonnement de la Cour constitue « un signe de méfiance à l'égard des tribunaux arbitraux pour appliquer le droit de l'Union »³⁸⁰². De plus, « l'habillage juridique justifiant cette défiance consiste à relever que les tribunaux arbitraux ne sont pas considérés comme une juridiction d'un État membre »³⁸⁰³. Par conséquent, « il n'existe aucune possibilité de contrôle de l'effectivité de l'application du droit de l'Union par ledit tribunal »³⁸⁰⁴. De plus, « la solution de la Cour de justice met les États membres en situation de violation de leurs engagements internationaux »³⁸⁰⁵. Selon le Professeur Coleman, « l'autonomie du droit de l'Union ne signifie pas simplement pour la Cour que le droit de l'Union est « issu de source autonome », que le droit primaire se détache de l'ordre juridique internationale »³⁸⁰⁶. Plus précisément, la position de la Cour illustre que l'autonomie du droit européen doit être comprise comme une « primauté vis-à-vis du droit international »³⁸⁰⁷, et qu'il s'agit « d'exclure toute production juridique d'un autre ordre juridique susceptible d'interférer sur le territoire de l'Union avec l'effectivité du droit de l'Union »³⁸⁰⁸.

- Les autres arrêts

1163. La décision de la Cour a finalement interdit l'arbitrage d'investissement intra-européen, par le recours au TBI intra-européen, lequel mobilisait la procédure de règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁸⁰⁹. En effet, même si le tribunal arbitral peut toujours rendre une décision et juger de sa compétence, les États défendeurs demeurent en mesure de saisir la juridiction d'État du siège de l'arbitrage et demander l'annulation, le refus de reconnaissance ou d'exequatur³⁸¹⁰. Par ailleurs, en plus des États défendeurs de l'arbitrage qui ont soutenu la primauté du droit européen, la Cour de justice a répété cette position dans plusieurs arrêts, de façon à éviter « tout contournement de sa jurisprudence *Achmea* »³⁸¹¹.

³⁸⁰² Guyader H., « La fin de l'arbitrage d'investissement intra-européen ? », *op.cit.*, p. 30

³⁸⁰³ *Ibid.*

³⁸⁰⁴ *Ibid.*

³⁸⁰⁵ Jourdan-Marques J., « Arbitrage et question préjudicielle », *op.cit.*, p.602

³⁸⁰⁶ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.594

³⁸⁰⁷ *Ibid.*

³⁸⁰⁸ *Ibid.*

³⁸⁰⁹ Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt *Achmea* : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.2[Base de données]

³⁸¹⁰ *Ibid.*

³⁸¹¹ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.582

1164. Dans l'arrêt de *Komstroy*³⁸¹² du 2 septembre 2021 entre la Moldavie et une société ukrainienne, la cour a œuvré pour « continuer de remodeler le paysage du règlement des différends intra-UE en matière d'investissement »³⁸¹³. En effet, la Moldavie n'est pas membre de l'Union européenne³⁸¹⁴. C'est la raison pour laquelle le Conseil de l'Union européenne, les gouvernements hongrois, finlandais et suédois ainsi que Komstroy ont considéré que la CJUE n'était pas compétente, ni que le droit de l'Union était applicable³⁸¹⁵. Il ne s'agit donc pas d'un arbitrage ayant un « caractère intra-européen »³⁸¹⁶. Toutefois, la CJUE « s'est considérée compétente »³⁸¹⁷ car la fixation du siège de l'arbitrage était située en France, ce qui « a pour conséquence de rendre applicable au litige au principal le droit français en tant que *lex fori* »³⁸¹⁸. Partant, « le droit de l'Union fait partie du droit en vigueur dans tout État membre »³⁸¹⁹. Au-delà de trancher la question préjudicielle concernant la détermination de la notion d'investissement³⁸²⁰, la CJUE a également confirmé l'effet de l'arrêt *Achmea*, concernant l'inapplicabilité du mécanisme arbitral dans le cadre du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE)³⁸²¹, malgré le fait que l'Union européenne elle-même en fasse partie³⁸²². En effet, « le tribunal arbitral établi sur le fondement du TCE n'appartient évidemment pas à l'ordre juridique de l'Union »³⁸²³. La Cour a également indiqué que « si le TCE peut imposer aux États membres de respecter les mécanismes arbitraux qu'il prévoit dans leurs relations avec les investisseurs d'États tiers qui sont également parties contractantes de ce traité au sujet d'investissements réalisés par ces derniers dans ces États membres, la préservation de l'autonomie et du caractère propre du droit de l'Union s'oppose à ce que le TCE puisse imposer les mêmes obligations aux

³⁸¹² CJUE, 2 septembre 2021, aff.C-741/19, République de Moldavie c/ Komstroy LLC.

³⁸¹³ Fouchard C., Thieffry V., « CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment) », *Kluwer Arbitration Blog*, le 7 septembre 2021[en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/07/cjeu-ruling-in-moldova-v-komstroy-the-end-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty-and-a-restrictive-interpretation-of-the-notion-of-protected-investment/>] [consulté le 19 novembre 2022]

³⁸¹⁴ Audit M., « Arbitrage d'investissement - Arbitrage international. – Extension de la solution de l'arrêt *Achmea* à l'arbitrage d'investissement intra-européen fondé sur la Charte de l'énergie - Commentaire par Mathias Audit », *JDI*, n°1, janvier 2022, p.233

³⁸¹⁵ *Id.*, p.224

³⁸¹⁶ Bollée S., « Protection des investisseurs : suites de la jurisprudence *Achmea* », *D.*, n°35, 13 octobre 2022, p.1775

³⁸¹⁷ *Ibid.*

³⁸¹⁸ CJUE, 2 septembre 2021, aff.C-741/19, République de Moldavie c/ Komstroy LLC., paragr.32

³⁸¹⁹ *Ibid.*

³⁸²⁰ *Id.*, paragr. 85

« une créance issue d'un contrat de fourniture d'électricité, non associé à un investissement, détenue par une entreprise d'un État tiers audit traité envers une entreprise publique d'une autre partie contractante du même traité, ne constitue pas un « investissement », au sens de ces dispositions. »

³⁸²¹ *Id.*, paragr.64

³⁸²² Bollée S., « Protection des investisseurs : suites de la jurisprudence *Achmea* », *op.cit.*, p.1775

³⁸²³ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.588

États membres entre eux »³⁸²⁴. Fondé sur le raisonnement selon lequel « la Cour détenant une compétence exclusive pour fournir l'interprétation définitive dudit droit »³⁸²⁵, la motivation retenue par le CJUE est considérée par Monsieur le Professeur Audit comme étant « non seulement [...] fragile »³⁸²⁶, mais « ce parti pris de politique jurisprudentielle ne soit pas soutenu par une motivation plus convaincante »³⁸²⁷. Il est également considéré par Monsieur le Professeur Manciaux que « la Cour de justice se fait de son rôle mais aussi la vision confuse qui continue à être la sienne de l'arbitrage international et du contrôle exercé par les juridictions des États membres de l'Union sur les sentences arbitrales »³⁸²⁸.

1165. À l'occasion d'un autre arbitrage effectué au sein de la Chambre de commerce de Stockholm, *PL Holdings c. Pologne*³⁸²⁹, la Pologne a demandé l'annulation de la sentence arbitrale auprès de la Cour d'appel de Stockholm, puis de la Cour suprême de Suède³⁸³⁰. La Cour suprême de Suède a donc décidé de s'en remettre à la CJUE. Par un arrêt du octobre 2021, la CJUE s'est référée à l'arrêt *Achmea*³⁸³¹ et a confirmé que « les conventions d'arbitrage individuelles portant sur l'application souveraine du droit de l'Union, conclues entre les États membres et les investisseurs d'autres États membres, ne sont compatibles avec le devoir de coopération loyale prévu à l'article 4, paragraphe 3, TFUE et l'autonomie du droit de l'Union prévue aux articles 267 et 344 TFUE que si les juridictions des États membres peuvent procéder à un contrôle complet de la compatibilité de la sentence arbitrale avec le droit de l'Union »³⁸³². Selon Monsieur le Professeur Remy, « la pente de la motivation développée par la CJUE au soutien de sa décision *Achmea* est glissante car elle conduit à des résultats inopportuns et non souhaités »³⁸³³. En effet, « la CJUE n'ose pas s'opposer au désir de la Commission de mettre en terme à toutes les procédures d'arbitrage d'investissements internes à l'UE »³⁸³⁴.

³⁸²⁴ CJUE, 2 septembre 2021, aff.C-741/19, *République de Moldavie c/ Komstroy LLC.*, paragr.65

³⁸²⁵ *Id.*, paragr.45

³⁸²⁶ Audit M., « Arbitrage d'investissement - Arbitrage international. – Extension de la solution de l'arrêt *Achmea* à l'arbitrage d'investissement intra-européen fondé sur la Charte de l'énergie - Commentaire par Mathias Audit », *op.cit.*, p.241

³⁸²⁷ *Ibid.*

³⁸²⁸ Manciaux S., « Définition de l'opération d'investissement : la Cour de justice à petit pas », *JCP E.*, n°43-44, 28 octobre 2021, p.25

³⁸²⁹ *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163

³⁸³⁰ CJUE, 26 octobre 2021, aff. C-109/20, *Republiken Polen c/ PL Holdings Sàrl*

³⁸³¹ *Id.*, paragr.19

³⁸³² *Id.*, paragr.85

³⁸³³ Remy B., « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *op.cit.*, p.81

³⁸³⁴ *Id.*, p.83

1166. En janvier 2022, la Cour de justice³⁸³⁵ a annulé la sentence arbitrale de *Micula c. Roumanie* du 11 décembre 2013³⁸³⁶, en confrontant le droit de concurrence de l'Union européenne au droit des investissements internationaux³⁸³⁷. Cet arbitrage concernait une aide d'État accordée par la Roumanie dans certaines régions défavorisées pendant 10 ans. Ces aides émanaient d'une Ordonnance de gouvernement prise en 1998. L'investisseur a pu bénéficier de ces aides accordées par le gouvernement à titre de son investissement³⁸³⁸. Toutefois, l'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne en 2007 a rendu l'Ordonnance incompatible avec les règles de l'UE en matière d'aide d'État³⁸³⁹. Ainsi, lors des négociations d'adhésion en février 2000, l'Union a constaté une série d'incompatibilités entre les aides octroyées et les règles communautaires portant sur les aides d'État³⁸⁴⁰, la conformité à ces règles étant une des conditions pour accepter l'adhésion de Roumanie. La Roumanie a donc abrogé la plupart de ses incitations fiscales, à compter de février 2005, de manière à achever son processus d'adhésion à l'UE³⁸⁴¹. Le TBI entre la Roumanie et la Suède est entrée en vigueur en 2002. Selon le tribunal, il n'y a pas de véritable conflit de traités, car le droit européen ne s'applique pas tant que la Roumanie n'a pas adhéré l'UE, soit avant janvier 2007³⁸⁴². Le tribunal a donc condamné la Roumanie à indemniser à hauteur de 178 millions d'euro à l'investisseur au titre de l'atteinte portée à la confiance légitime et au traitement équitable³⁸⁴³. Alors que la sentence a condamné la Roumanie au versement d'une compensation à l'investisseur, la Commission a considéré que les dommages et intérêts accordés par la sentence arbitrale constituait des « aides d'État ». Selon la Commission, la Roumaine est tenue de ne verser aucune aide incompatible avec le droit de l'UE, impliquant ainsi la récupération des sommes déjà versées aux entités concernées³⁸⁴⁴. *Micula*, l'investisseur qui a saisi l'arbitrage, a donc introduit un recours auprès du Tribunal de l'UE afin d'annuler la décision de la Commission, en considérant que cette

³⁸³⁵ CJUE, 25 janvier 2022, aff. C-638/19, *Commission européenne c/ European Food SA e.a.*

³⁸³⁶ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], ICSID Case No. ARB/05/20

³⁸³⁷ Audit M., « La qualification par la Cour de justice d'aide d'État prohibée de l'exécution d'une sentence arbitrale d'investissement », *JDI*, n°3, juillet 2022, p.969

³⁸³⁸ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], *op.cit.*, Final Award, Final Award, paragr. 1

³⁸³⁹ *Id.*, paragr. 131

³⁸⁴⁰ CJUE, 25 janvier 2022, aff. C-638/19, *Commission européenne c/ European Food SA e.a.*, paragr. 22

³⁸⁴¹ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], *op.cit.*, Final Award, paragr. 132

³⁸⁴² *Id.*, paragr. 319

³⁸⁴³ CJUE, 25 janvier 2022, aff. C-638/19, *Commission européenne c/ European Food SA e.a.*, paragr. 27

³⁸⁴⁴ Décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'État SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie — Sentence arbitrale dans l'affaire *Micula/Roumanie* du 11 décembre 2013

dernière était incompétente sur les faits antérieurs à l'adhésion³⁸⁴⁵. La Commission a donc formé d'un pourvoi. La Cour de justice a donné raison à la Commission, en considérant que la date de la sentence arbitrale était postérieure à l'adhésion de la Roumanie³⁸⁴⁶, de sorte que le versement des indemnités « est susceptible d'entraîner une distorsion de la concurrence de nature à affecter les échanges entre les États membres »³⁸⁴⁷. Selon la Cour de justice, la compétence de la Commission s'explique en raison du fait que les aides États ont été reçues après l'adhésion, et ne proviennent donc pas du régime d'incitations fiscales abrogé avant l'adhésion³⁸⁴⁸. Selon le Professeur Coleman, « le problème ne réside donc pas dans le fait que les arbitres interprètent ou appliquent le droit de l'Union, mais dans le fait qu'ils risquent de condamner les États qui appliquent le droit de l'Union »³⁸⁴⁹. Une telle décision se trouve à rebours « du raisonnement de la Cour fondé sur son monopole d'interprétation et d'application du droit de l'Union inscrit à l'article 344 TFUE »³⁸⁵⁰. En effet, la sentence arbitrale est considérée comme « le fruit de l'exécution par la Roumaine d'obligations internationales »³⁸⁵¹. En définitive, « la Cour dénie, en réalité, toute légitimité au Tribunal arbitral d'avoir pu juger qu'il y a eu, de la part de l'État roumain, méconnaissance du traité par lui conclut avec la Suède »³⁸⁵². L'approche de la Cour est donc considérée comme « peu orthodoxe des effets des traités internationaux dans le temps »³⁸⁵³, et « implique une tension permanente entre les APPI [Accords de promotions et de protection des investissements] et le droit des aides d'États »³⁸⁵⁴. En plus, « cette tension dépasse largement les circonstances de ces affaires, car elle résulte de la possible contrariété du régime des aides d'État incompatibles avec le marché intérieur d'une part, et de la stabilité du cadre juridique d'autre part »³⁸⁵⁵.

³⁸⁴⁵ Remy B., « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *op.cit.*, p.970

³⁸⁴⁶ CJUE, 25 janvier 2022, *aff. C-638/19, Commission européenne c/ European Food SA e.a.*, paragr. 135

³⁸⁴⁷ *Id.*, paragr.123

³⁸⁴⁸ *Id.*, paragr.135

³⁸⁴⁹ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.589

³⁸⁵⁰ *Ibid.*

³⁸⁵¹ Remy B., « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *op.cit.*, p.974

³⁸⁵² *Ibid.*

³⁸⁵³ Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.588

³⁸⁵⁴ Casterllarin E., « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p.598

³⁸⁵⁵ *Ibid.*

II. Le refus de connaissance de la primauté du droit européen par les arbitres

1167. Selon les juristes français, l'arrêt *Achmea* semble avoir une portée limitée aux sentences arbitrales relevant de la procédure de la CNUDCI, et « ne peut pas être transposé au cas d'espèce d'une sentence CIRDI »³⁸⁵⁶(A). Les sentences arbitrales ultérieures démontrent que les arbitres continuent généralement à défendre l'autonomie de l'arbitrage d'investissement. En effet, en dépit de cet arrêt, « les tribunaux arbitraux d'investissement ont persisté à considérer que leur compétence n'était pas remise en cause par le caractère intra-européen des traités bilatéraux d'investissement sur le fondement desquels ils avaient été saisis et que l'adoption de l'arrêt *Achmea* n'emportait aucune conséquence sur ce constat »³⁸⁵⁷(B).

A. Les effets limités de l'arrêt *Achmea*

1168. Les règles de procédure du CIRDI obligent tous les États signataires à reconnaître la force exécutoire des sentences rendues au terme des arbitrages soumis à la Convention. Ce mécanisme ne prévoit aucun contrôle possible de la part des juridictions nationales des États concernés³⁸⁵⁸. En effet, le CIRDI est considéré comme un régime « autonome » en matière d'arbitrage³⁸⁵⁹. Le seul contrôle envisageable repose sur le recours en annulation, via un comité *ad hoc* composé de trois arbitres, conformément à l'article 52 de la convention CIRDI³⁸⁶⁰. Historiquement, les rédacteurs de la convention CIRDI ont estimé que le caractère définitif et l'intégrité procédurale du système étaient plus importants que l'exactitude matérielle de la sentence, de sorte que la convention ne prévoit qu'un recours limité et extraordinaire³⁸⁶¹. Selon certains experts, la décision rendue par la CJUE à l'occasion de l'arrêt d'*Achmea* n'aura peut-être pas de conséquence directe, mais pourrait avoir « sans doute des répercussions indirectes sur l'arbitrage CIRDI institué par un TBI intra-européen »³⁸⁶². Toutefois, cette hypothèse doit être relativisée car les tensions se sont multipliées entre les arbitres, la CJUE et la Commission européenne au sujet de la compétence et de l'applicabilité du droit de l'Union européenne dans les arbitrages impliquant des États membres de l'UE.

³⁸⁵⁶ Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt *Achmea* : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.4

³⁸⁵⁷ Cazala J., « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? », *JDI*, n°3, 2020, p.856

³⁸⁵⁸ *Ibid.*

³⁸⁵⁹ Chen M., « Embracing Non-ICSID Investment Arbitration? The Chinese Perspective », *Nw.J.Int'l L. & Bus.*, Vol n°39, Issue n°3, printemps 2019, p.255

³⁸⁶⁰ *Ibid.*

³⁸⁶¹ *Ibid.*

³⁸⁶² Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt *Achmea* : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.3

1169. Dans un premier temps, la Commission européenne a pris plusieurs mesures pour renforcer et étendre les effets de la décision *Achmea*. Elle a publié le 19 juillet 2018 des orientations sur la protection des investissements transfrontaliers dans l'UE³⁸⁶³, dans lesquelles elle a affirmé que l'arbitrage investisseur-État ne devrait pas être utilisé pour régler les différends entre investisseurs intra-UE, conformément à l'arrêt *Achmea*³⁸⁶⁴. Selon la Commission, les investisseurs peuvent être protégés par le droit européen, qui permet de bien équilibrer l'intérêt de la protection des investissements, ainsi que « de réglementer les marchés pour assurer le respect d'intérêts généraux légitimes tels que la sécurité publique, la santé publique, les droits sociaux, la protection des consommateurs ou la préservation de l'environnement, ce qui peut également avoir des conséquences pour les investissements »³⁸⁶⁵.

1170. La Commission européenne a également déclaré que « les TBI intra-UE ne sont pas compatibles avec le droit de l'UE et que le traité sur la Charte de l'énergie ne s'applique pas entre les États membres de l'UE »³⁸⁶⁶. En outre, « [l']arrêt *Achmea* a également des implications pour l'application du traité sur la Charte de l'énergie entre les États membres de l'UE »³⁸⁶⁷.

1171. Par la suite, trois déclarations communes ont été signées par les gouvernements des États membres pour mettre en œuvre l'arrêt *Achmea*. La première déclaration a été signée par 22 pays membres³⁸⁶⁸, le deuxième par 5 pays membres³⁸⁶⁹ et la troisième par 1 pays membre³⁸⁷⁰. Ces trois déclarations³⁸⁷¹, publiées le 17 janvier 2019 par la Commission européenne, portent sur les conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* et la protection des investissements dans l'Union européenne.

³⁸⁶³ Commission Européen, Communiqué de presse, « La Commission fournit des orientations sur la protection des investissements transfrontières dans l'UE - Questions et réponses », le 19 juillet 2018 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_18_4529] [consulté le 3 décembre 2021]

³⁸⁶⁴ *Ibid.*

³⁸⁶⁵ *Ibid.*

³⁸⁶⁶ *Ibid.*

³⁸⁶⁷ *Ibid.*

³⁸⁶⁸ Ces 22 pays sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie.

³⁸⁶⁹ Les 5 pays membres sont : la Finlande, le Luxembourg, la Malte, la Slovaquie, la Suède.

³⁸⁷⁰ Il s'agit Hongrie.

³⁸⁷¹ Déclaration des représentants des gouvernements des états membres, du 15 janvier 2019, relative aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne [signé par 22 pays membres] ; Declaration of the representative of the government of Hungary of 16 January 2019 on the legal consequences of the judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union [signé par le Hongrie] ; Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 16 January, on the enforcement of the judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union [signé par 5 pays membres]

B. Opposition des arbitres de l'effet de l'arrêt *Achmea*

1172. Malgré cela, les arbitres se sont opposés à la décision d'*Achmea* de différentes manières, notamment en ce qui concerne les trois déclarations communes susmentionnées relatives aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne et à la protection des investissements dans l'Union européenne de janvier 2019. Ces oppositions ont pour objectif de limiter l'effet de la décision *Achmea*, et de remettre en cause la nature juridique des trois déclarations communes en tant qu'instrument juridique de l'UE, car aucune de ces trois déclarations n'a été signée par tous les États membres de l'UE.

1173. Dans l'affaire *Tallinn c. Estonie* rendue le 21 juin 2019 et soumise aux règles de CIRDI³⁸⁷², les arbitres ont écarté les raisonnements de la Commission européenne, qui était intervenu en qualité d'*amicus curiae*³⁸⁷³. Selon eux, le droit européen pourrait bien régir les conflits de lois au sein de l'ordre juridique européen. Toutefois, le Tribunal arbitral ne se situe pas dans l'ordre juridique européen. Il se situe plutôt dans l'ordre juridique international découlant du TBI et de la Convention CIRDI³⁸⁷⁴. Les arbitres n'ont pas reconnu comme étant contraignant le raisonnement adopté à l'occasion de la décision rendue par la CJUE dans l'arrêt *Achmea*³⁸⁷⁵. De même, ils n'ont pas reconnu l'effet de la déclaration susmentionnée du 15 janvier 2019 sur l'inapplicabilité des TBI intra-UE, qui était également signé par l'Estonie et les Pays-Bas, les deux pays contractants concernés³⁸⁷⁶. Cette déclaration demandait aux États membres de faire des efforts afin de dénoncer les TBI au plus tard le 6 décembre 2019, ce qui devrait être considéré pour que le TBI concerné reste encore valide³⁸⁷⁷. En effet, le Tribunal a réitéré que sa juridiction était fondée sur le TBI et la convention CIRDI, lesquels découlent du consentement donné par les parties à l'égard de cette procédure³⁸⁷⁸. La question de la compétence doit être abordée en analysant ces accords et les faits pertinents du point de vue du droit international public³⁸⁷⁹, en l'occurrence la Convention de Vienne sur le droit des traités traitant de l'invalidation, de la cessation et de la suspension d'application des traités³⁸⁸⁰. D'une

³⁸⁷² *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24

³⁸⁷³ *Id.*, Award of the Tribunal, paragr.493

³⁸⁷⁴ *Id.*, paragr.503

³⁸⁷⁵ *Id.*, paragr.540

³⁸⁷⁶ *Id.*, paragr.558

³⁸⁷⁷ *Ibid.*

³⁸⁷⁸ *Id.*, paragr.532

³⁸⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁸⁰ *Ibid.*

manière ou d'une autre, les arguments n'ont pas un caractère très novateur, puisqu'ils reprennent en substance les anciennes sentences *Eastern Sugar*, *Electrabel S.A.* et *Oostergetel*.

1174. Si dans l'affaire *Tallinn c. Estonie*, le Tribunal a écarté la déclaration commune en raison du délai de la dénonciation des traités TBI, dans l'affaire *Rockhopper c. Italie*³⁸⁸¹, cette déclaration commune a été écartée parce qu'elle ne pouvait pas être considérée comme un instrument juridique appartenant à l'ordre juridique de l'UE. Dans cette affaire, les arbitres ont conclu le 29 juin 2019 que « rien dans le droit de l'UE postérieur au TCE n'a pour effet de remplacer le premier dans le second »³⁸⁸². En conséquence, « [l]e raisonnement [de la CJUE] découle entièrement des circonstances spécifiques du TBI d'Achema, et il ne repose sur aucun autre TBI ou une enquête de RDIE plus large (en particulier, pas le TCE) »³⁸⁸³. Plus précisément, *Rockhopper Mediterranean Ltd* et *Rockhopper Exploration Plc* sont toutes les deux des sociétés anglaises³⁸⁸⁴. Le Royaume-Uni ainsi que l'Italie sont membres des 22 pays signataires de la déclaration du 15 janvier 2019. Malgré la déclaration commune des pays, la décision d'*Achmea* a été écartée par les arbitres dans leurs raisonnements, surtout qu'aucune de ces trois déclarations n'a été signée par tous les États membres d'UE, rendant conceptuellement et juridiquement impossible que la déclaration puisse être considérée dans l'ordre juridique de l'UE³⁸⁸⁵ comme un instrument juridique ayant une valeur contraignante³⁸⁸⁶. Selon les arbitres, la déclaration est une expression générale de certains points de vue et d'intentions, réalisée par les représentants des gouvernements de certains États membres de l'UE³⁸⁸⁷, et ne peut donc être attribuée à un organe de l'UE³⁸⁸⁸.

1175. Par ailleurs, dans une autre sentence arbitrale plus récente, *Silver Ridge Power c. Italie*³⁸⁸⁹, rendue le 26 février 2021, les arbitres sont une nouvelle fois intervenus pour défendre la primauté du droit international de l'investissement³⁸⁹⁰. Ils ont considéré que l'article 26 du

³⁸⁸¹ *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14

³⁸⁸² *Id.*, Decision on the Intra-EU Jurisdictional Objection, paragr.149

Texte original : « nothing in EU law subsequent to the ECT has the effect of the former superseding in the latter »

³⁸⁸³ *Id.*, paragr.167

Texte original : « The reasoning [of CJEU] stems entirely from the specific circumstances of the Achema BIT, and it not based on any other BIT or a wider ISDS enquiry (particularly, not the ECT) »

³⁸⁸⁴ *Id.*, paragr.2

³⁸⁸⁵ *Id.*, paragr.179

³⁸⁸⁶ *Id.*, paragr.180

³⁸⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁸⁹ *Silver Ridge Power BV v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/37 ; v. également Banifatemi Y., Shelbaya M., « Chroniques Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, n°1, janvier-février-mars 2022, p.333-368

³⁸⁹⁰ *Silver Ridge Power BV v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/37, Arbitration, paragr.53

Traité sur la Charte de l'énergie (ci-après TCE) est plus favorable aux investisseurs que les droits de l'Union européenne. En conséquence, conformément à l'article 16 du TCE, les dispositions prévues dans le TCE prévalent sur le droit de l'Union européenne³⁸⁹¹. Ainsi, la référence à la décision d'*Achmea* par le pays défendeur a donc été, à nouveau, rejetée par le Tribunal.

1176. Au-delà de rejeter la primauté du droit européen dans les procédures arbitrales, l'effet de l'arrêt *Achmea* s'est vu également limité vis-à-vis des traités multinationaux, y compris ceux dont l'Union européenne est membre, à l'image du TCE.

1177. Dans la sentence *Vattenfall c. Allemagne*³⁸⁹², sous procédure de CIRDI, et rendue par le Tribunal le 31 août 2018³⁸⁹³, il fut considéré que le droit européen faisait partie du droit international, pour des raisons de cohérence systémique³⁸⁹⁴. En ce sens, le Traité sur la Charte de l'énergie doit être interprété de manière à éviter qu'il rentre en conflit avec le droit européen, et pas l'inverse³⁸⁹⁵. Autrement dit, le droit européen n'a pas de primauté vis-à-vis du droit international concernant l'investissement intra-EU. Effectivement, en tant que réponse à la sentence arbitrale de *Vattenfall c. Allemagne* rendu en août 2018, la déclaration du 15 janvier 2019 réalisée par les États membres de l'Union européenne a inclus le Traité sur la Charte de l'énergie et a déclaré que « les tribunaux arbitraux ont jugé que le Traité sur la Charte de l'énergie contenait également une clause d'arbitrage entre investisseurs et États applicable entre États membres. Ainsi interprétée, cette clause serait incompatible avec les traités, et son application devrait dès lors être écartée »³⁸⁹⁶.

1178. En conséquence, l'effet de l'arrêt *Achmea* est, selon des arbitres utilisant le mécanisme de RDIE, très limité. Autrement dit, cette décision est non contraignante dans le cadre d'arbitrages soumis aux TBI ou aux traités multinationaux.

1179. Conscient de ce paradoxe, les pays membres ont conclu un traité plurilatéral le 24 octobre 2019. Ils ont décidé de se délier de leurs TBI intra-UE³⁸⁹⁷. Le nouveau traité, dénommé

³⁸⁹¹ *Id.*, paragr.201-223

³⁸⁹² *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany(II)*, ICSID Case No. ARB/12/12

³⁸⁹³ *Ibid.*

³⁸⁹⁴ *Id.*, Decision on the *Achmea* Issue, paragr.82

³⁸⁹⁵ *Id.*, paragr.83

³⁸⁹⁶ Déclaration des représentants des gouvernements des états membres, du 15 janvier 2019, relative aux conséquences juridiques de l'arrêt *Achmea* rendu par la cour de justice et à la protection des investissements dans l'Union européenne, *op.cit.*, p.2

³⁸⁹⁷ Commission européenne, Communiqué de presse, « EU Member States sign an agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties », le 5 mai 2020 [en ligne : https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en] [consulté le 11 décembre 2021]

« Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne », a été signé le 5 mai 2020 par 23 pays membres³⁸⁹⁸. Ce traité est considéré par le Professeur Menétrey comme « une solution substantielle radicale »³⁸⁹⁹. L'accord est entré en vigueur le 29 août 2020 et a été ratifié par douze pays en 2020. Cependant, le Royaume-Uni, l'Autriche, la Finlande, la Suède ainsi que l'Irlande ont refusé de s'y soumettre³⁹⁰⁰. Selon l'article 5 de l'accord, il est précisé que « [l]es clauses d'arbitrage ne peuvent servir de fondement juridique à des procédures d'arbitrage nouvelles ». En conséquence, plusieurs clauses³⁹⁰¹ ont prévu, y compris pour les procédures arbitrales en cours, le recours à une procédure de règlement transactionnel. Il s'agit d'une « obligation pour l'investisseur de retirer sa demande d'arbitrage, de renoncer à l'exécution d'une sentence déjà rendue mais pas encore définitivement exécutée ou, le cas échéant, de tenir compte de toute indemnisation déjà versée dans le cadre de la procédure d'arbitrage en cours, afin d'éviter une double indemnisation ; et l'engagement de s'abstenir d'engager des procédures d'arbitrage nouvelles ; et l'accord a été conclu avec aucune réserve »³⁹⁰². Dans l'annexe dudit traité, une liste des TBI à abroger est précisée. Cette liste est composée de 125 TBI intra-UE, tandis que 32 TBI intra-UE ne sont pas concernés par cet accord³⁹⁰³. En mars 2022, l'Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne est entré en vigueur pour 19 pays membre de l'UE, entraînant l'abrogation de 110 TBI³⁹⁰⁴.

1180. En revanche, le TCE n'est pas couvert par l'accord susmentionné³⁹⁰⁵. Au contraire, la discussion sur sa renégociation a été confirmée à l'occasion de la Conférence en novembre 2017³⁹⁰⁶. De nombreux cycles de négociations concernant la modernisation du Traité ont eu lieu³⁹⁰⁷. Les sujets approuvés lors de cette renégociation couvrent la modernisation de la définition d'investissement, le droit de réglementation du pays souverain, la clause de la nation

³⁸⁹⁸ Ces 23 pays membres sont : le Belgique, la Bulgarie, la Tchèque, le Danemark, l'Allemagne, l'Estonie, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, La Chypre, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, la Hongrie, la Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Portugal, la Roumanie, la Slovénie et la Slovaque.

³⁸⁹⁹ Menétrey S., « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.621

³⁹⁰⁰ Remy B., « Chroniques Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, n°1, janvier-février-mars 2021, p.296

³⁹⁰¹ Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, Article 7 à l'article 10

³⁹⁰² *Id.*, Article 9

³⁹⁰³ *Ibid.*

³⁹⁰⁴ UNCTAD, World Investment Report 2022, p. 67

³⁹⁰⁵ Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement entre États membres de l'Union européenne, Préambule

³⁹⁰⁶ International Energy Charter, Modernisation du traité[en ligne : <https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/>][consulté le 12 août 2022]

³⁹⁰⁷ *Ibid.*

le plus favorisée, la définition d'expropriation indirecte, le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises³⁹⁰⁸. Plus précisément, en ce qui concerne la réforme du mécanisme de RDIE, près de 100 représentants du Parlement européen et des Parlements nationaux ont signé une déclaration³⁹⁰⁹, demandant que les négociateurs de l'UE s'assurent que les dispositions du TCE protégeant les investissements étrangers dans le domaine des combustibles fossiles soient supprimées, ainsi que les dispositions du RDIE soient supprimées ou fondamentalement réformées et limitées³⁹¹⁰. Ils ont également exprimé que si cela n'était pas atteint à l'issue du 3e cycle de négociation, ils demanderaient aux États membres de l'UE d'explorer des pistes pour se retirer conjointement du TCE³⁹¹¹. Le 24 juin 2022, une communication publique a été publiée, visant à finaliser les négociations sur la modernisation du TCE. La communication explique les principaux changements contenus dans l'accord de principe sur la Charte d'énergie. Dans cette communication, il est prévu « [u]n nouveau « mécanisme de flexibilité » permettant aux parties contractantes, sur la base d'une décision de la conférence, d'exclure la protection des investissements dans le domaine des combustibles fossiles, aux regards des objectifs individuels en matière de sécurité énergétique et de climat »³⁹¹². En effet, l'UE ainsi que le Royaume-Uni ont choisi d'exclure la protection des investissements liée aux combustibles fossiles³⁹¹³. Le texte prévoit également de préciser la définition de l'investissement, de l'investisseur, de l'expropriation indirecte et de la clause de la nation la plus favorisée³⁹¹⁴. En ce qui concerne le préinvestissement, il a été décidé de supprimer l'obligation de négocier pour assurer la protection du préinvestissement³⁹¹⁵. Enfin les parties contractantes reconnaissent l'urgence et la nécessité du développement durable et de la responsabilité sociale des entreprises, notamment vis-à-vis des changements climatiques³⁹¹⁶.

³⁹⁰⁸ UNCTAD, World Investment Report 2020, p. 109

³⁹⁰⁹ Membres du Parlement européen et national, « Statement on the modernisation of the Energy Charter Treaty », le 3 novembre 2020 [en ligne : <https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>] [consulté le 24 décembre 2021]

³⁹¹⁰ Text original: « We, Members of the European and National Parliaments, require EU negotiators to ensure that the provisions in the ECT that protect foreign investment in fossil fuels are deleted and thus removed from the ECT. Similarly, ISDS provisions need to be scrapped or fundamentally reformed and limited. »

³⁹¹¹ Text original: « If this is not achieved at the end of the 3rd negotiation round planned for the autumn, we ask EU Member States to explore pathways to jointly withdraw from the ECT by the end of 2020. »

³⁹¹² Finalisation des négociations sur la modernisation du Traité sur la charte de l'énergie, le 24 juin 2022 [en ligne : <https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/#:~:text=Compte%20tenu%20de%20l'objectif,14%20et%2015%20d%C3%A9cembre%202021>] [consulté le 24 décembre 2021]

³⁹¹³ *Ibid.*, 1

³⁹¹⁴ *Ibid.*, 2

³⁹¹⁵ *Ibid.*, 8

³⁹¹⁶ *Ibid.*, 5

1181. Il faut toutefois souligner que le texte final de modernisation du TCE devra être confirmé lors la conférence du 22 novembre 2022³⁹¹⁷. Or, la modernisation du TCE n'a pas reçu le soutien d'une majorité qualifiée d'États membres de l'Union européenne³⁹¹⁸. L'Union européenne a donc reporté l'adoption du texte modernisé. Ce texte n'est toujours pas confirmé à ce jour. Une des raisons données est « le manque de cohérence entre les positions de certains États membres sur le TCE et leurs TBI, qui protègent encore les investissements dans les combustibles fossiles et les dispositions obsolètes contraires aux objectifs et aux valeurs de l'Union »³⁹¹⁹. Les gouvernements polonais, espagnol, néerlandais, français, slovène, allemand et luxembourgeois ont par la suite annoncé leur intention de se retirer du TCE, malgré sa modernisation³⁹²⁰. Par ailleurs, l'Italie s'était déjà retirée de du TCE en 2016³⁹²¹. Selon les clarifications communiquées par le secrétaire général de TCE du 14 février 2023, il nous semble que la raison réelle du report d'adoption du texte final et des multiples retraits réside dans le mécanisme de RDIE, et non pour des raisons relatives à la protection de l'environnement³⁹²².

1182. En résumé, les arbitres ont remis en cause les trois déclarations communes, lesquelles ne peuvent pas être considérées comme des instruments juridiques appartenant à l'ordre juridique européen. Par la suite, la Commission européenne et les États membres ont réagi en signant un traité plurilatéral, intégrant ainsi les problématiques dans le domaine du droit international. Par ailleurs, et même si l'institution International Energy Charter a été créée à l'initiative de la Communauté européenne en 1991, la modernisation du traité apparaît compromise car elle n'a pas pu obtenir le soutien d'un nombre suffisamment important d'États membres, en l'occurrence les États membres défavorables représentent 70% de la population européenne³⁹²³.

³⁹¹⁷ v. Site officiel de TCE : <https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/>

³⁹¹⁸ Résolution du Parlement européen du 24 novembre 2022 sur le résultat de la modernisation du traité sur la Charte de l'énergie (2022/2934(RSP)), paragr.17

³⁹¹⁹ *Id.*, paragr.24

³⁹²⁰ *Id.*, paragr.17

³⁹²¹ Simon F., « Les Pays-Bas suivent l'Espagne et se retirent du Traité sur la Charte de l'énergie », *Euractiv*, le 19 octobre 2022[en ligne : <https://www.euractiv.fr/section/energie/news/les-pays-bas-suivent-lespagne-et-se-retirent-du-traite-sur-la-charte-de-lenergie/>][consulté le 20 octobre 2022]

³⁹²² Clarifications on the resolution of the European Parliament on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty, le 15 février 2023

« As mentioned in the resolution, EU Member States have many bilateral investment treaties (BITs) that protect fossil fuels and include investment arbitration (ISDS); also, the new international investment agreements of the EU (such as CETA) do not exclude fossil fuels and do not contain a provision on the Paris Agreement. If, for coherence purposes, the EU and its Member States have to withdraw from those agreements instead of reviewing them, how will the 'acceleration of global investments in clean energy' be protected? »

³⁹²³ Novethic, « Le traité sur la Charte de l'énergie modernisé n'a pas pu être adopté », *Novethic*, le 23 novembre 2022[en ligne : <https://www.novethic.fr/actualite/energie/transition-energetique/isr-rse/le-traite-sur-la-charte-de-l-energie-dans-sa-version-modernisee-n-a-pas-pu-etre-adopte-151197.html>][consulté le 8 avril 2023]

1183. Les conflits entre les différentes sources du droit international de l'investissement ont connu une raison plus profonde, soit la concurrence entre le néolibéralisme et la raison d'État.

1184. La Convention de Washington de 1965, le traité créateur du mécanisme de RDIE de CIRDI, a été signée à l'initiative de la Banque Mondiale. Pour rappel, la Banque Mondiale et le Fond monétaire international sont les institutions internationales créées dans le cadre du système de *Brettons Woods*, initié par les États-Unis afin de promouvoir le néolibéralisme américain. L'ensemble du régime vise à mettre sous pressions les pays en développement, pour qu'ils libéralisent leurs régimes d'investissement étranger³⁹²⁴. Il est donc tout à fait conforme à l'intérêt des États-Unis de créer un régime de CIRDI autonome, en interdisant tout contrôle des sentences par les juridictions des États signataires. En effet, les règles de CIRDI ne prévoient que la possibilité d'annuler la sentence arbitrale conformément à l'article 52 de la Convention de Washington, par le biais d'un comité *ad hoc* composé par des arbitres. Pour donner un exemple, en 2018, 5 procédures de demande d'annulation sous règles de CIRDI ont été connues au public. Ces 5 demandes ont été rejetées par les comités *ad hoc*³⁹²⁵.

1185. La Banque Mondiale et le Fonds monétaire international représentent indirectement les États-Unis, puisqu'ils promeuvent le néolibéralisme, représentant ainsi les intérêts des autres pays développés. La Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI/UNCTAD) est traditionnellement le forum des pays en développement, notamment les pays latino-américains et africains, dotés de ressources naturelles conséquentes. Pour rappel, ils ont formé une alliance dénommé Nouvel ordre économique international et ont fait passer plusieurs résolutions des Nations Unies, afin de modifier le régime du droit international existant, lequel est dominé par les États-Unis³⁹²⁶. Pour ces pays, l'idée consiste, au lieu de favoriser le libéralisme des investisseurs étrangers et leurs protections, à promouvoir un contrôle souverain des États sur les investissements étrangers, au niveau international. Ce faisant, ils souhaitent être capables d'attirer des sociétés multinationales tout en maintenant un contrôle sur elles, comme le préconise la fameuse doctrine de Calvo³⁹²⁷. En 1974, la déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international a été adoptée et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été promulgué. Il est difficile de ne pas voir une connivence entre ce mouvement pour l'élaboration des normes internationales, initié par les

³⁹²⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p.2

³⁹²⁵ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 104

³⁹²⁶ *Id.*, p. 27

³⁹²⁷ *Id.*, p. 29

pays récepteurs des capitaux, et la création d'un mécanisme de règlement des différends leur étant propre, dans le cadre de CNUDCI. L'idée est donc de faire concurrence à celui créé par la Banque Mondiale.

1186. Dans une telle perspective historique, il est compréhensible que le régime de CIRDI soit peu enclin à permettre un recours devant les juridictions nationales. À l'inverse, sous le régime de CNUDCI, il est possible de faire revoir la sentence arbitrale devant la cour de deuxième instance du siège de l'arbitrage. En effet, les États-Unis et le Canada continuent d'utiliser les moyens prévus par les règles de CNUDCI afin de contourner les décisions arbitrales, à l'image de la sentence *S.D. Myers c. Canada*³⁹²⁸, *Methanex c. Les États-Unis*³⁹²⁹. Une approche similaire a été adoptée par les pays européens et la Commission européenne contre les arbitrages saisis sous procédure des règles de CNUDCI. Toutefois, pour les sentences sous régime de CIRDI, il est devenu beaucoup plus difficile pour les États défendeurs d'effectuer un recours en annulation de l'arbitrage, y compris les arbitrages intra-UE. L'autonomie de la procédure d'arbitrage a créé des difficultés pour les États défendeurs et membres de l'Union européenne pour contester la sentence arbitrale. En même temps, lorsque l'Union européenne s'est dotée de la compétence exclusive pour représenter ses États membres lors des négociations et de la conclusion des traités en matière du commerce et d'investissement international, et sous la pression des nombreux arbitrages intra-UE, il est devenu inévitable que l'Union européenne cherche à promouvoir sa propre proposition du régime de règlement des différends, soutenant notamment l'abandon du régime actuel, développé d'une manière ou d'une autre par les États-Unis.

§2. La concurrence sur la création de mécanisme de règlement des différends

1187. L'arbitrage a dominé le monde du règlement des différends entre investisseurs et États³⁹³⁰. Toutefois, avec sa compétence exclusive en matière d'investissement direct étranger, accordée par le traité de Lisbonne³⁹³¹, l'Union européenne a créé un nouveau mécanisme de règlement des différends (I) et souhaite promouvoir le sien en abandonnant celui développé par le monde anglo-saxon (II). Selon le Professeur Ye, ce nouveau mécanisme de règlement des différends démontre que l'UE fait de son mieux pour imprimer la marque de l'Europe dans le

³⁹²⁸ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL

³⁹²⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL

³⁹³⁰ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.609

³⁹³¹ Hoffmeister F., « The EU contribution to the progressive development of institutional aspects in international investment law », *op.cit.*, p.567

monde des affaires, reflétant ainsi la concurrence entre l'UE et les États-Unis pour le leadership des règles d'investissements internationaux³⁹³².

I. La création d'un nouveau mécanisme de règlements des différends

1188. Dans le cadre de la négociation du TTIP (ou PTCI en français), les critiques à propos du mécanisme de RDIE ont atteint leur apogée³⁹³³. La France et l'Allemagne³⁹³⁴ ont construit un front uni contre l'inclusion du RDIE dans le traité³⁹³⁵. Ainsi, Sigmar Gabriel, ministre allemand de l'Économie a indiqué que l'Allemagne ne souhaitait pas signer le pacte commercial entre le Canada et l'UE, à moins que les dispositions relatives au RDIE soient supprimées³⁹³⁶. Selon lui, les systèmes juridiques de l'UE et du Canada offrent déjà des protections suffisantes aux investisseurs³⁹³⁷. Le Professeur Ye considère que l'attitude de l'Allemagne et de la France à l'égard du régime de RDIE traduit la résurrection de la doctrine Calvo en Europe³⁹³⁸. En même temps, les deux pays ne sont pas opposés à l'inclusion d'une telle clause dans le cadre de la négociation d'AGI avec la Chine. Une telle attitude contradictoire souligne un favori sélectif de ces deux pays à l'égard de la doctrine Calvo³⁹³⁹. Plus précisément, la position des pays européens souligne leur discrimination à l'égard des pays en développement, car si les accords d'investissements avec les pays développés sont exclus du mécanisme de RDIE, alors les accords souscrits avec les pays en développement doivent d'inclure d'un tel régime³⁹⁴⁰. En effet, il s'agit d'une forme d'hypocrisie de l'Europe³⁹⁴¹. Les investisseurs allemand et français sont bénéficiaires du régime de RDIE³⁹⁴². Le pourcentage d'arbitrage d'investissement réalisé

³⁹³² 叶斌(Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景 », *op.cit.*, p.71 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *op.cit.*, p.71)

³⁹³³ Schwebel S.M., « The outlook of the continued vitality, or lack thereof, of investor-State arbitration », *Arbitr.*, vol 32, n°1, 2016, p.1

³⁹³⁴ L'Allemagne est contre le RDIE depuis qu'il est devenu pays défendeur dans deux arbitrages avec Vattenfall : *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12 ; *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12

v. Schwebel S.M., « The outlook of the continued vitality, or lack thereof, of investor-State arbitration », *op.cit.*, p.3; 叶斌(Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景 », *op.cit.*, p.72 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *op.cit.*, p.72)

³⁹³⁵ Barbière C., « France and Germany to form united front against ISDS », *Euractiv.fr*, le 15 janvier 2015[en ligne : <https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/france-and-germany-to-form-united-front-against-isds/>] [consulté le 20 novembre 2022]

³⁹³⁶ Reuters, « Germany wants investment clause scrapped in EU-Canada trade deal », *Euractiv.fr*, le 25 septembre 2014[en ligne : <https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/germany-wants-investment-clause-scrapped-in-eu-canada-trade-deal/>] [consulté le 20 novembre 2022]

³⁹³⁷ *Ibid.*

³⁹³⁸ 叶斌(Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景 », *op.cit.*, p.73 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *op.cit.*, p.73)

³⁹³⁹ *Id.*, p.74

³⁹⁴⁰ *Id.*, p.75

³⁹⁴¹ *Ibid.*

³⁹⁴² *Ibid.*

par les allemands est de 6.7%, ce qui les place au 5^{ème} rang, après les États-Unis, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la France³⁹⁴³.

1189. Conscient de la mauvaise perception que le mécanisme de RDIE subit, la Commission européenne a lancé une proposition visant à protéger les investissements et à favoriser la mise en place d'un système juridictionnel, dans le cadre des négociations du TTIP³⁹⁴⁴, à compter de mai 2015. Ce projet a été finalisé en novembre 2015³⁹⁴⁵. La Commission européenne a proposé « la mise en place d'un nouveau système plus transparent pour le règlement des litiges entre investisseurs et États »³⁹⁴⁶, destiné à « instaurer un mécanisme d'appel à caractère juridictionnel reposant sur des règles clairement définies, des juges qualifiés et des procédures transparentes »³⁹⁴⁷.

1190. Contrairement aux États-Unis qui cherchent à améliorer le régime actuel, la Commission européenne a proposé un nouveau régime, plus conforme aux habitudes européennes, étant donné qu'elle a compétence exclusive pour représenter ses États membres en matière d'investissement. L'ambition de la Commission européenne était de proposer un mécanisme capable d'entrer directement en compétition avec le mécanisme actuel, mis en place et promu par les États-Unis. Comme indiqué dans le communiqué de presse de la Commission européenne, « [c]e système juridictionnel est amené à remplacer l'actuel mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), dans le TTIP, mais aussi dans l'ensemble des négociations de l'UE en matière de commerce et d'investissement, actuelles ou futures »³⁹⁴⁸ Ainsi, « [u]ne telle évolution mènerait à la disparition complète de l'« ancien » mécanisme de RDIE et à son remplacement par un système moderne, efficace, transparent et impartial pour la résolution des litiges en matière d'investissements à l'échelle internationale »³⁹⁴⁹.

1191. Naturellement, cette proposition fut froidement reçue par les États-Unis. Depuis le lancement en 2015 par la Commission européenne d'un système juridictionnel pour remplacer le régime présent, les négociations du TTIP sont à l'arrêt. Le Professeur de droit international

³⁹⁴³ Wellhausen R, « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement*, vol 7, n°1, mars 2016, p.124

³⁹⁴⁴ La commission Européen a utilisé le terme « TTIP » au lieu de « PTCI » dans la version française de sa presse.

³⁹⁴⁵ Commission Européen, Communiqué de presse, « L'UE finalise sa proposition pour la protection des investissements et la mise en place d'un système juridictionnel dans le TTIP » le 12 novembre 2015[en ligne :https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_6059][consulté le 22 octobre 2021]

³⁹⁴⁶ *Ibid.*

³⁹⁴⁷ *Ibid.*

³⁹⁴⁸ *Ibid.*

³⁹⁴⁹ *Ibid.*

Gantz considère que la raison expliquant la suspension des négociations réside dans la réforme entreprise par la Commission européenne³⁹⁵⁰.

1192. Plus précisément, l'accord AECG (ou CETA en anglais) a été considéré par beaucoup comme une forme de présage de ce qui constituerait le contenu final du TTIP³⁹⁵¹. Cet accord, négocié entre l'UE et le Canada, a été signé le 30 octobre 2016 et est entré en vigueur, provisoirement, le 21 septembre 2017, en attendant la ratification par les parlements nationaux et régionaux des 27 États membres de l'Union européenne³⁹⁵². L'AECG contient un système de règlement des différends propres, consistant dans la création d'un tribunal de première instance et un tribunal d'appel, et à plus long terme, un tribunal multilatéral des investissements³⁹⁵³. Ce système de règlement des différends est considéré comme étant à « mi-chemin entre le système de la juridiction permanente et le tribunal arbitral »³⁹⁵⁴. En effet, selon l'article 8.27 de l'accord, dès l'entrée en vigueur de l'accord, quinze membres du Tribunal sont nommés pour un mandat de cinq ans, dont cinq ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers. Lorsque le tribunal instruit les affaires, il est composé de trois de ses membres, autrement dit un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, un ressortissant du Canada et un ressortissant d'un pays tiers. L'Union européenne a réduit les choix disponibles des arbitres. Un total de 500 personnes ont été nommées arbitres pour les cas soumis au mécanisme de RDIE, selon le chiffre de CNUDCI jusqu'à fin 2017³⁹⁵⁵. La plupart de ces arbitres sont ressortissantes de l'Amérique du nord ou d'Europe³⁹⁵⁶. En outre, l'article 8.28 de l'AECG a prévu un Tribunal d'appel pour procéder à l'examen des sentences rendues. Plus précisément, ce Tribunal d'appel peut confirmer, modifier

³⁹⁵⁰ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p.257

³⁹⁵¹ Davies H., « Investor-State Dispute Settlement and the Future of the Precautionary Principle », *Br. J. Am. Leg. Stud.*, vol n°5, issue 2, automne 2016, p. 457 ; v. également 叶斌 (Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景 », *op.cit.*, p.81 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *op.cit.*, p.81)

³⁹⁵² v. Commission européenne, « EU-CANADA Accord économique et commercial global (CETA) » [en ligne : https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm] [consulté le 4 novembre 2021] ; Selon l'information de la Direction général du Trésor, la plupart des principaux pays de l'UE ne l'ont toujours pas ratifié, y compris : l'Allemagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas (v. Direction général du Trésor, Accord AECG/CETA [en ligne : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Pays/CA/donnees-generales>] [consulté le 20 novembre 2022]).

³⁹⁵³ Cour de justice de l'Union européenne, communiqué de presse n°52/19, « Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États prévu par l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) est compatible avec le droit de l'Union », le 30 avril 2019 [en ligne : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/cp190052fr.pdf>] [consulté le 12 novembre 2021]

³⁹⁵⁴ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *op.cit.*, p. 134

³⁹⁵⁵ UNCTAD, World Investment Report 2018, p. 95

³⁹⁵⁶ *Ibid.*

ou infirmer une sentence rendue par le Tribunal pour les motifs suivants : erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit applicable, erreurs manifestes dans l'appréciation des faits, y compris l'appréciation du droit interne. Selon le professeur Ye, il s'agit d'une judiciarisation de l'arbitrage d'investissement, par l'introduction d'un mécanisme d'appel et par le recours à un modèle d'arbitres permanent³⁹⁵⁷. Le juriste occidental craint que ce régime, au sein duquel les arbitres sont présélectionnés, soit « pro-État biaisé » au lieu d'être « pro-investisseur biaisé »³⁹⁵⁸. Il s'agit d'« une réponse politique aux critiques généralisées du système sans pour autant le réformer en profondeur »³⁹⁵⁹. Avec l'installation d'un tel tribunal d'appel, l'autonomie du tribunal constitué selon les règles du CIRDI est complètement détournée.

1193. Il a été également prévu l'établissement d'un système juridictionnel des investissements (« *Investment Court System* », ICS)³⁹⁶⁰. Concrétisé dans l'article 8.29 de l'accord, ce mécanisme permet aux parties de créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe. Au-delà d'être exprimé dans l'AECG, ce régime a été proposé aux pays ayant souligné leur intérêt³⁹⁶¹.

1194. Ainsi, les nouveaux accords en cours de négociation ou conclus par l'UE avec le Mexique³⁹⁶², Singapour³⁹⁶³ et le Vietnam³⁹⁶⁴ contiennent tous un nouveau système à double degrés de juridiction, permettant de régler les différends éventuels entre investisseurs étrangers et pays d'accueil. Un tel projet est ambitieux³⁹⁶⁵ et entre directement en compétition avec le mécanisme créé par les États-Unis, ce qui suscite des réticences de leur part. Néanmoins, cela n'empêche pas l'UE de continuer d'œuvrer en faveur son propre multilatéralisme, le distinguant celui promu par les États-Unis. En ce qui concerne la négociation du TTIP, le Conseil de

³⁹⁵⁷ 叶斌(Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景 », *op.cit.*, p.78 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *op.cit.*, p.78)

³⁹⁵⁸ Warwas B., « Do the Provisions of CETA on the Status of Arbitrators Increase the Legitimacy of the ICS? », *op.cit.*, p.561

Texte original: « a political response to the widespread criticisms of the system without actually deeply reforming it »

³⁹⁵⁹ *Id.*, p.565

³⁹⁶⁰ Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *op.cit.*, p. 134

³⁹⁶¹ UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 115

³⁹⁶² Brocard S., « Accord de principe pour un traité de libre-échange entre l'UE et le Mexique », *Touteleurope*, le 27 avril 2018 [en ligne : <https://www.touteleurope.eu/economie-et-social/accord-de-principe-pour-un-traite-de-libre-echange-entre-l-ue-et-le-mexique/>] [consulté le 28 septembre 2022]

³⁹⁶³ L'article 3.9 et 3.10, EU - Singapore Investment Protection Agreement

³⁹⁶⁴ L'article 3.38 et 3.39, EU - Vietnam Investment Protection Agreement

³⁹⁶⁵ 叶斌(Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景 », *op.cit.*, p.78 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *op.cit.*, p.78)

l'Union européenne a publié une décision en avril 2019 soutenant que les négociations du TTIP étaient au point mort et n'étaient donc plus d'actualité³⁹⁶⁶. En conséquence, la nouvelle négociation entre les États-Unis et l'Union européenne ne concerne que la suppression des droits de douane sur les produits industriels³⁹⁶⁷. L'investissement transfrontière ne fait plus partie des sujets intégrés aux négociations.

II. La proposition de l'UE sur la scène internationale

1195. La proposition de l'Union européenne consistant à écarter le régime actuel et à instaurer un nouveau régime s'est reflétée dans les propositions de réforme incluses dans le rapport de CNUDCI de 2015. En effet, en 2013, les pays européens sont devenus la troisième région ayant le plus d'arbitrages d'investissements. Pratiquement tous les arbitrages menés durant cette année-là 2013 ont été réalisés « intra-communautaire »³⁹⁶⁸. En 2015, les arbitrages intra-UE ont représenté un tiers des nouveaux arbitrages³⁹⁶⁹. Pour l'année 2016, ce type d'arbitrage correspondait à un quart des tous les nouveaux arbitrages introduits dans le monde³⁹⁷⁰. En 2017, les arbitrages intra-UE constituaient 20% des nouveaux arbitrages³⁹⁷¹. En somme, selon les chiffres de CNUDCI, parus à la fin de l'année 2017, 168 arbitrages ont concerné des problématiques intra-UE, soit 20% du nombre total des cas³⁹⁷². Pour l'année 2018, 20% de l'ensemble des arbitrages relatifs aux investissements furent non-confidentiel (942 cas) et se sont fondés soit sur le TCE (121 cas), soit sur l'ALENA (63 cas)³⁹⁷³. En 2019 et en 2020, les nouveaux arbitrages intra-UE représentaient 15% de l'ensemble des arbitrages initiés au cours de ces mêmes années³⁹⁷⁴.

1196. La CNUDCI a donc pris en considération plusieurs propositions émanant de l'Union européenne, comme le révèle le rapport annuel du 2015. La protection du droit de réglementer par le pays hôte faisait partie intégrante des propositions³⁹⁷⁵. Un tel constat démontre l'héritage du triomphe du néolibéralisme, car ce droit relève normalement de la souveraineté des États. Or, dans le contexte actuel, lorsqu'un État a cédé ses prérogatives à l'occasion d'engagements

³⁹⁶⁶ Council of the European Union, Council decision authorizing the opening of negotiations with the United States of American for an agreement on the elimination of tariffs for industrial goods, 6052/19, 19 avril 2019

³⁹⁶⁷ *Id.*, Article 1

³⁹⁶⁸ UNCTAD, World Investment Report 2015, p.108

³⁹⁶⁹ UNCTAD, World Investment Report 2016, p.105

³⁹⁷⁰ UNCTAD, World Investment Report 2017, p.116

³⁹⁷¹ UNCTAD, World Investment Report 2018, p.93

³⁹⁷² *Ibid.*

³⁹⁷³ UNCTAD, World Investment Report 2019, p.103

³⁹⁷⁴ UNCTAD, World Investment Report 2020, p.111; UNCTAD, World Investment Report 2020, p.130

³⁹⁷⁵ UNCTAD, World Investment Report 2015, p.108

internationaux, le droit de réglementer semble être un sujet nécessitant le consensus de la communauté internationale, de manière à limiter la protection des investisseurs.

1197. La proposition de l'Union européenne vise à établir un tribunal arbitral capable de revoir les décisions prises à l'aune du mécanisme de RDIE, par un organe d'appel. Ces propositions concernent également les relations entre le système juridique national et le mécanisme de RDIE³⁹⁷⁶. En effet, la CNUDCI reconnaît que le mécanisme de RDIE souffre d'une crise de légitimité³⁹⁷⁷, et la proposition de l'Union européenne est prise en compte comme l'une des réformes potentielles pour remédier à cette situation³⁹⁷⁸.

1198. En effet, l'institution internationale ne peut fournir qu'un forum de discussion. Il revient aux pays de négocier et de conclure des accords multilatéraux pour la création de nouvelles règles internationales. Plus particulièrement, la Commission européenne est entrée en concurrence directe avec les États-Unis à propos des mécanismes de règlement des différends. Après avoir été refusée par les États-Unis en 2015 lors des négociations de TTIP, l'UE est entrée en coopération avec le Canada pour proposer un projet de création d'un tribunal multilatéral des investissements. Le Canada a également été victime du RDIE dans le cadre de l'ALENA. Il n'a pas donné son consentement à l'arbitrage, soumis au régime du RDIE lors du nouvel Accord Canada-États-Unis-Mexique, qui a remplacé l'ALENA le 1^{er} juillet 2020. Dans l'annexe 14-D de cet accord, l'accord préalable de soumission au régime du RDIE ne concerne que les États-Unis et le Mexique.

1199. La coopération entre l'UE et le Canada repose non seulement sur la réussite de la négociation d'AECG, mais également sur l'article 8.29 d'AECG, qui traite de la création d'un tribunal multilatéral des investissements³⁹⁷⁹. Cet article a consacré de nouvelles normes internationales relatives au règlement des différends. Les deux pays ont coorganisé, les 13 et le 14 décembre 2016, deux jours de discussions exploratoires avec des pays tiers, afin d'évoquer

³⁹⁷⁶ *Ibid.*

³⁹⁷⁷ *Id.*, p. 128

³⁹⁷⁸ Conseil de l'Union européenne, « Tribunal multilatéral des investissements: le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations », le 20 mars 2018 [en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>] [consulté le 4 décembre 2021]

³⁹⁷⁹ Article 8.29 Création d'un tribunal multilatéral des investissements et d'un mécanisme d'appel connexe
Les Parties s'emploient à créer, de concert avec d'autres partenaires commerciaux, un tribunal multilatéral des investissements et un mécanisme d'appel connexe aux fins du règlement des différends relatifs aux investissements. Dès la création d'un tel mécanisme multilatéral, le Comité mixte de l'AECG adopte une décision établissant que les différends relatifs aux investissements relevant de la présente section seront tranchés dans le cadre du mécanisme multilatéral, et prend les dispositions transitoires appropriées.

la création d'un tribunal multilatéral des investissements à Genève. Selon les informations fournies sur le site de la Commission européenne, plus de 170 délégués de plus de 60 pays et 8 organisations internationales y ont participé³⁹⁸⁰. Dans ces discussions, la Commission européenne et le gouvernement Canada ont présenté leur idée de créer une organisation permanente permettant de trancher les différends en matière d'investissement, laquelle serait éloignée du « système *ad hoc* de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) »³⁹⁸¹. En effet, les traités méga-régionaux négociés par la Commission européenne demeurent « bilatéraux », c'est-à-dire qu'ils concernent l'Union européenne et un pays contractant, comme le Canada, le Vietnam ou la Chine. À l'inverse, la nouvelle proposition vise à remplacer ce système dit « bilatéral » par un système « multilatéral »³⁹⁸². L'ambition de la Commission européenne est de parvenir à un consensus au sein de la communauté internationale, en faveur de la création de ce tribunal permanent multilatéral des investissements. De cette manière, une politique d'investissement cohérente, unifiée et efficace pour le règlement des différends pourra être développée³⁹⁸³.

1200. En prenant en compte le traité d'AECG et le nouveau régime proposé par la Commission européenne, la Canada semble vouloir embrasser ce nouveau type de règlement des différends, après avoir été un pays défendeurs dans des affaires telles que celles impliquant de *S.D. Myers*, *Lone Pine Resources*, *Ethyl Corporation*, *Eli Lilly* et *Daniel Clayton and Bilcon*.

1201. En mars 2018, le Conseil de l'Union européenne a adopté des directives de négociation, autorisant la Commission européenne à négocier, au nom de l'UE, une convention instituant un tribunal multilatéral chargé du règlement des différends en matière d'investissements³⁹⁸⁴. L'objectif poursuivi par la création d'un tel tribunal est, selon le Conseil, de mettre en place une « instance permanente chargée de régler les différends dans le domaine des investissements »³⁹⁸⁵ de telle sorte à ce que soit abandonné « le cadre d'arbitrage traditionnel

³⁹⁸⁰ European Commission, Communiqué de presse, « Summary of discussions on a multilateral investment court », le 13 décembre 2016 [en ligne: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1606>] [consulté le 23 novembre 2021]

³⁹⁸¹ European Commission, Communiqué de presse, « A future multilateral investment court », le 13 décembre 2016 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_4350] [consulté le 23 novembre 2021]

³⁹⁸² *Ibid.*

³⁹⁸³ *Ibid.*

³⁹⁸⁴ Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, « Tribunal multilatéral des investissements: le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations », le 20 mars 2018 [en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>] [consulté le 4 décembre 2021]

³⁹⁸⁵ *Ibid.*

au profit d'un système juridictionnel »³⁹⁸⁶. Le Conseil a encore une fois confirmé qu'« [e]n ce qui concerne l'Union, le tribunal multilatéral des investissements remplacerait à terme les systèmes juridictionnels bilatéraux pour les investissements prévus dans les accords au niveau de l'UE dans le domaine du commerce et des investissements »³⁹⁸⁷.

1202. La CJUE, par un avis de la cour en date du 30 avril 2019, a décidé que le nouveau mécanisme du règlement des différends créé via l'AECG était compatible avec le droit de l'UE³⁹⁸⁸. Ainsi, le RDIE créé par le monde d'anglo-saxon apparaît douteux, néanmoins un régime mixte créé par l'Europe continentale est compatible avec le droit européen.

1203. Pour le moment, l'option proposée par la Commission européenne ne semble pas être devenue une option prioritaire pour les institutions internationale. Dans le rapport du 2019, le groupe de travail III de la CNUDCI a « donné considération »³⁹⁸⁹ à cette idée de « tribunal permanent du RDIE »³⁹⁹⁰, mais malheureusement, il se concentre actuellement sur l'amélioration des procédures du mécanisme de RDIE.

1204. En résumé, la croissance des échanges de marchandises et de capitaux a conduit à l'intensification des différends, entraînant également des conflits entre les différentes sources du droit international. Dans l'Union européenne, un nombre croissant d'arbitrages internationaux ont été aboutis entre ses États membres après l'élargissement de l'UE. Le droit européen et le droit international de l'investissement se confrontent dans ces arbitrages intra-UE. La volonté de l'Union européenne de disposer d'une compétence en matière d'investissement international exacerbe une telle confrontation entre les deux sources du droit international. L'interprétation de l'Union européenne sur les TBI intra-UE dans le cadre des arbitrages intra-UE met en lumière son intention de prévaloir la primauté et l'autonomie du droit européen. Le jugement de la CJUE sur l'arrêt *Achmea* et l'« Accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement intra-européens », conclu par une majorité des États membres sous initiative de la Commission européenne, semblent confirmer une telle intention d'« européenisation du droit des investissements internationaux »³⁹⁹¹. Enfin, la proposition de l'Union européenne d'un nouveau mécanisme de règlement des différends offre une option supplémentaire par rapport à l'arbitrage d'investissement traditionnel. Cependant, cette

³⁹⁸⁶ *Ibid.*

³⁹⁸⁷ *Ibid.*

³⁹⁸⁸ CJUE, 30 avril 2019, aff. C- 1/17, *Accord ECG UE-Canada*

³⁹⁸⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2019*, p.109

³⁹⁹⁰ *Ibid.*

³⁹⁹¹ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne, op.cit.*, p.483, paragr. 1388

proposition de l'Union européenne entre en concurrence avec le mécanisme de RDIE proposé par les États-Unis en matière d'investissements internationaux.

Conclusion du Chapitre

1205. Après que les critiques ont été formulées contre la politique néolibéralisme et le multilatéralisme américain en matière de libre-échange et d'investissements internationaux, d'autres États proposent leurs normes internationales afin de transcrire leurs valeurs et intérêts nationaux. Ces normes internationales en matière d'investissement international sont souvent présentées sous forme de traités méga-régionaux. Chacun de ces traités a un poids économique important, démontrant la tendance à l'abandon de l'ancien multilatéralisme mondialisé au profit des nouveaux multilatéralismes régionalisés. Parmi ces tentatives, la Chine et l'Union européenne ont toutes deux proposé leurs normes internationales.

1206. En l'absence d'une tradition de droit romain, la Chine ne contribue pas beaucoup à l'innovation de *hard law* en matière de droit des investissements internationaux. Toutefois, son projet BRI adopte une approche chinoise qui n'inclut pas de traités d'investissement contraignants, mais se tourne plutôt vers la *soft law* pour gérer les coopérations sur les projets d'infrastructure avec les différents États.

1207. Quant à l'Union européenne, sa volonté d'établir une politique commerciale commune traduit également sa position vis-à-vis des arbitrages d'investissement entre ses États membres. Alors que tant l'Union européenne que les tribunaux arbitraux défendent l'individualité de chacun de leurs systèmes respectifs³⁹⁹², la solution finale proposée par l'Union européenne est l'extinction ensemble des TBI entre ses États membres et la création d'un nouveau mécanisme de règlement des différends intégré dans le nouveau traité méga-régional.

1208. En somme, le multilatéralisme régional proposé tant par la Chine que par l'Union européenne constitue, pour chacun, une alternative au multilatéralisme américain.

³⁹⁹² Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, op.cit., p.483, paragr. 1390

CONCLUSION DU TITRE I

1209. Au fil des développements du droit international de l'investissement, une variété de valeurs a été progressivement prise en compte. La protection des investissements étrangers n'est donc plus d'un principe absolu. En revanche, de nouvelles versions de traités bilatéraux d'investissement commencent à inclure la protection d'environnement, les droits humains, la santé publique et le respect du droit social dans leurs préambules, élargissant le pouvoir de réglementation de l'État hôte dans ces domaines. Toutefois, la prise en compte de ces nouvelles considérations reste limitative tant dans le cadre des arbitrages que dans le cadre de la réforme du droit international de l'investissement. L'objectif premier reste la protection de l'investissement. Il demeure exceptionnel que l'État hôte puisse engager la responsabilité de l'investisseur étranger en cas de violation du droit national dans les domaines susmentionnés, dans le cadre des arbitrages d'investissement. La nouvelle tendance est donc d'élaborer des normes internationales relatives aux responsabilités des entreprises internationales, lorsque les conduites des investisseurs étrangers sont préjudiciables à l'intérêt général de l'État d'accueil.

1210. Il est donc admis que le droit international de l'investissement est en cours de refonte³⁹⁹³. Si les États-Unis cherchent à moderniser le mécanisme de RDIE par la mise à jour de leurs modèles de traité de libre-échange, d'autres mesures ont été utilisées par d'autres pays pour contester le multilatéralisme américain. Certains ont choisi de se retirer de ce régime en quittant le CIRDI, en excluant le RDIE de leurs nouveaux traités ou en mettant fin aux TBI d'anciennes générations. Quelques pays ont adopté une méthode similaire à celle des États-Unis, en favorisant la négociation et la conclusion de la nouvelle génération de TBI, de façon à procéder à leurs modernisations. Cette volonté de réformer les traités doit permettre aux États souverains de disposer de plus de pouvoir pour réglementer les investissements étrangers.

1211. La création des zones de libre-échange est devenue la nouvelle mode, afin de diminuer l'influence et l'importance des TBI d'ancienne génération. Toutefois, la multiplicité des traités régionaux a conduit au développement d'une nouvelle concurrence juridique. La conclusion du RCEP et du CPTPP symbolise la compétition entre les modèles de traités d'investissement régionaux en Asie-Pacifique³⁹⁹⁴. Au-delà de la concurrence traditionnelle entre les traités, la Chine est considérée comme ayant adopté une méthode non contraignante de création de

³⁹⁹³ Kethireddy S., « Still the Law of Nations : Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *op.cit.*, p.353

³⁹⁹⁴ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

normes, sous forme de *Soft Law*, dans son projet sans précédent de BRI. Le rejet d'une méthode de négociation *hard law* vise à faire face à l'incertitude liée au fait que le projet couvre plus de 130 juridictions³⁹⁹⁵. Le projet de la ceinture et la route est donc considéré comme la version chinoise la plus aboutie d'intégration économique³⁹⁹⁶, autrement dit une nouvelle forme de multilatéralisme³⁹⁹⁷ promouvant « une architecture institutionnelle mondiale alternative et parallèle à l'ordre occidental d'après-guerre »³⁹⁹⁸.

1212. En ce qui concerne l'Union européenne, elle mène un combat depuis longtemps afin d'établir la primauté du droit d'européen face au droit international de l'investissement dans divers arbitrages intra-UE. Elle a donc proposé au monde un système juridictionnel garantissant le règlement des litiges entre investisseurs et États. Selon le projet de la Commission européenne, ce nouveau système juridictionnel est « amené à remplacer l'actuel mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), dans le TTIP, mais aussi dans l'ensemble des négociations de l'UE en matière de commerce et d'investissement, actuelles ou futures »³⁹⁹⁹. Actuellement, un tel régime a déjà été prévu dans l'AECG signé en octobre 2016 et entré en vigueur, provisoirement, en septembre 2017. Ce modèle est également utilisé dans les nouveaux accords conclus par l'UE avec le Mexique, Singapour et le Vietnam. L'ambition de la Commission européenne ne s'arrête pas aux traités conclus par l'UE, mais se reflète également à travers la proposition de création d'un tribunal multilatéral des investissements, siégeant à titre permanent, et destiné à remplacer le régime créé par les États-Unis⁴⁰⁰⁰. Partant, cela stimule la compétition entre le mécanisme de règlement des différends de l'Europe et celui des États-Unis.

1213. Puisque « [l]es États souscrivent à l'ordre économique international et y participent »⁴⁰⁰¹ le droit international de l'investissement est un espace où les pays engagent leurs responsabilités d'un côté, sans ne jamais cesser de modifier les règles du jeu de l'autre côté. Comme indiqué par Professeur Sornarajah :

³⁹⁹⁵ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.612

³⁹⁹⁶ *Id.*, p.611

³⁹⁹⁷ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.29

³⁹⁹⁸ Shambaugh D., *China's Future*, Cambridge, Polity Press, 2016, p.162

Texte original: « an alternative and parallel global institutional architecture to the postwar western order »

³⁹⁹⁹ Commission Européen, Communiqué de presse, « L'UE finalise sa proposition pour la protection des investissements et la mise en place d'un système juridictionnel dans le TTIP », *op.cit.*

⁴⁰⁰⁰ European Commission, Communiqué de presse, « A future multilateral investment court », *op.cit.*

⁴⁰⁰¹ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p. 101

« Ce domaine du droit est en constante évolution simplement parce que différents intérêts s'affrontent et que les résultats différents en fonction des équilibres de pouvoir en constante évolution. En conséquence, ce n'est pas un domaine à étudier en ne s'intéressant qu'à la langue des traités et des sentences qui les interprètent (les approches adoptées dans les textes conventionnels en la matière), mais à la lumière d'une variété de facteurs, parmi lesquels le mouvement des rapports de force entre les États, la domination et le recul de théories économiques particulières à des périodes données et les points de vue dominants au sein de la communauté arbitrale »⁴⁰⁰².

1214. En effet, le multilatéralisme en matière d'investissement international s'est développé pendant l'apogée du libéralisme. Toutefois, il ne peut plus être perçu comme le moteur capable d'unifier les pays du monde aujourd'hui. Face au changement climatique, la protection de l'environnement remplacera le commerce et l'investissement international pour devenir le nouveau moteur de multilatéralisme pour les prochaines décennies.

⁴⁰⁰² Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, p. xvi

Texte original: « This area of law is in constant change simply because different interests clash and outcomes differ based on constantly changing power balances. As a consequence, it is not an area to be studied by looking at only the language of the treaties and the awards interpreting them (the approaches taken in the conventional texts on the subject), but in light of a variety of factors, among them the movement of power balances among states, the dominance and retreat of particular economic theories at given periods and the prevailing viewpoints within the arbitral community. »

TITRE II. DEVELOPPEMENT DES MESURES DE CONTRÔLE NATIONALES

1215. Bien que le capital du secteur privé demeure le principal moteur de la croissance économique mondiale et de l'innovation, de plus en plus de gouvernements s'éloignent de l'approche de déréglementation, qui visait principalement à favoriser la croissance économique et le développement⁴⁰⁰³. La déréglementation, en accord avec la théorie néolibérale qui dominait les années 1990, a connu un déclin⁴⁰⁰⁴.

1216. En 2020, les régulations ou restrictions adoptées dans le contexte de la pandémie de Covid-19 en droit interne ont atteint leur niveau le plus élevé depuis 2003⁴⁰⁰⁵. Selon les données de la CNUDCI, 152 mesures, émanant de 67 États ou régions, ont eu un impact sur les investissements étrangers, marquant ainsi une augmentation de 42% par rapport à l'année précédente⁴⁰⁰⁶. Il est à noter que la majorité de ces mesures ont été mises en place par des pays développés⁴⁰⁰⁷. Plus précisément, en 2020, les pays européens, nord-américains et d'autres pays développés ont introduit trois fois plus de nouvelles mesures relatives aux investissements étrangers par rapport à 2019⁴⁰⁰⁸. Ces mesures sont généralement justifiées au nom de la sécurité nationale et touchent les biens étrangers liés aux infrastructures critiques, aux technologies stratégiques ou à d'autres actifs nationaux sensibles⁴⁰⁰⁹. Au contraire, les pays en développement ont surtout adopté des mesures visant à libéraliser, promouvoir et faciliter les investissements étrangers⁴⁰¹⁰. La tendance des pays occidentaux à mettre en place des mesures protectionnistes s'est effectivement « accélérée à la suite de la pandémie »⁴⁰¹¹, et selon la CNUDCI, cette tendance perdure depuis les crises financières mondiales de 2009⁴⁰¹².

1217. En effet, les politiques d'investissement conçues pour répondre aux préoccupations liées à la sécurité nationale ne sont pas récentes et ont une longue histoire⁴⁰¹³. De même, les mesures

⁴⁰⁰³ UNCTAD, World Investment Report 2021, p. 127

⁴⁰⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁰⁵ *Id.*, p. 108

⁴⁰⁰⁶ *Id.*, p. 109

⁴⁰⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁰⁸ *Id.*, p. 110

⁴⁰⁰⁹ *Ibid.*

⁴⁰¹⁰ *Id.*, p. 109

⁴⁰¹¹ *Ibid.*

⁴⁰¹² *Ibid.*

⁴⁰¹³ Wehrlé F., Pohl J., Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices, OECD Working Papers on International Investment 2016/02, p.8

liées à la sécurité nationale existent depuis des décennies, mais ce n'est qu'à partir des années 2000 que ce domaine de la législation a attiré plus d'attention des pays occidentaux⁴⁰¹⁴.

1218. Comme l'observe la CNUDCI, chaque pays adopte une approche considérablement différente pour définir la sécurité nationale dans le cadre du filtrage des investissements étrangers. Bien que certains éléments soient partagés parmi les États, aucune n'adopte une définition exhaustive et claire de la sécurité nationale à cet égard⁴⁰¹⁵, et les mesures mises en place varient grandement⁴⁰¹⁶. Monsieur le professeur Carreau suggère que le droit conventionnel précise les conditions d'exercice de la « sécurité nationale ». Cependant, cela ne semble pas être le cas jusqu'à présent⁴⁰¹⁷. En particulier, il est admis que les pays d'accueil pourraient légitimement invoquer cette notion « à l'encontre des intérêts des investisseurs étrangers et sans pour autant engager leur responsabilité »⁴⁰¹⁸. C'est pourquoi, en 2009, l'OCDE a élaboré une « ligne directrice pour les politiques d'investissement des pays bénéficiaires en matière de sécurité nationale » sans qu'elle n'ait force obligatoire, dans le but d'établir des critères de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité par rapport aux objectifs à atteindre⁴⁰¹⁹. Toutefois, face au regain de la souveraineté, du populisme et du protectionnisme, ces critères, élaborés dans l'esprit du néolibéralisme, semblent impuissants. Dans ce contexte, nous allons analyser la pratique de cinq États occidentaux qui ont massivement introduit de nouvelles mesures de filtrage des investissements : les États-Unis, le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne.

CHAPITRE I. LA SOLUTION DES ÉTATS ISSUS D'UN SYSTEME DE COMMON LAW

CHAPITRE II. LA SOLUTION DES PAYS DE DROIT CIVIL

⁴⁰¹⁴ *Id.*, p.10

⁴⁰¹⁵ UNCTAD, World Investment Report 2016, p.94

⁴⁰¹⁶ *Id.*, p. 95

⁴⁰¹⁷ Carreau D., *Répertoire de droit international / Investissement, op.cit.*, paragr. 410

⁴⁰¹⁸ *Ibid.*

⁴⁰¹⁹ OECD, guidelines for recipient country investment policies relating to national security, 2009

CHAPITRE I. LA SOLUTION DES ÉTATS ISSUS D'UN SYSTEME DE COMMON LAW

1219. Les pays anglo-saxons, dans l'esprit de Locke, partagent une tradition valorisant la propriété. Cependant, la protection de la propriété est devenue tellement prépondérante que cette priorité semble avoir étouffé d'autres éléments qui pourraient tout aussi bien être protégés par le libéralisme, notamment la libre circulation des capitaux. La protection de la propriété des investisseurs nationaux est devenue l'objectif juridique ultime, ce qui a donné naissance à un phénomène étrange. En effet, ces pays ont mis en place des mesures nationales ayant un effet contraire au néolibéralisme, les présentant comme des « exceptions » au libéralisme et les justifiant au nom de la sécurité nationale. Ces mesures relatives à la sécurité nationale ont évolué pour devenir un nouvel outil juridique distinct du droit de la concurrence, permettant une intervention directe du gouvernement dans les fusions et acquisitions. Contrairement au droit de la concurrence, ce nouvel outil vise spécifiquement les acteurs étrangers. À l'apogée de la théorie néolibérale, l'examen de la sécurité nationale des opérations d'entreprise est resté en grande partie en sommeil sur le plan de la réglementation⁴⁰²⁰. Toutefois, dans un contexte de retour de la souveraineté, le champ d'examen s'est étendu pour englober presque toutes les activités économiques. Les mesures initialement considérées comme des « exceptions au libéralisme » sont devenues progressivement des mesures courantes, comme l'a souligné Monsieur le Professeur Peng Yang⁴⁰²¹. Ces mesures nationales représentent la solution trouvée par les États issus d'un système de *Common Law* pour résoudre le conflit de valeurs entre le droit de réglementation par la souveraineté et le néolibéralisme. Ce nouveau concept de sécurité nationale a pu justifier la création d'une « exception » légitime à la politique néolibérale. Les États-Unis ont été les précurseurs de ce nouveau régime de filtrage des investissements étrangers (Section 1), suivi par d'autres pays anglo-saxons qui ont instauré des régimes similaires (Section 2).

⁴⁰²⁰ Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *op.cit.*, p.549

⁴⁰²¹ 彭阳 (Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对 », *op.cit.*, p. 91 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *Chinese Review of International Law*, *op.cit.*, p. 91)

Section 1. Les États-Unis

1220. Il est souvent admis que les États-Unis imposent peu de restrictions sur les investissements étrangers⁴⁰²². Cependant, cette analyse a été remise en question par des juristes français qui ont entrepris une comparaison entre différents pays⁴⁰²³. Ils ont conclu que qualifier la France de « protectionniste » et les États-Unis de très libéraux était une erreur et un cliché⁴⁰²⁴. En réalité, l'approche libérale a été adoptée par les États-Unis relativement tardivement, après la Deuxième Guerre mondiale⁴⁰²⁵. Auparavant, ils avaient mis en place une politique plus protectionniste et interventionniste⁴⁰²⁶.

1221. En ce qui concerne plus particulièrement le contrôle des investissements étrangers, l'administration fédérale des États-Unis dispose d'un pouvoir d'intervention limité dans les activités commerciales. Il appartient à chaque État de décider librement de leur droit. Les outils juridiques développés par le gouvernement fédéral aux États-Unis comprennent le droit de la concurrence (« *antitrust law* ») (§1), ainsi que les mesures relatives à la sécurité nationale (§2).

§1. Les mesures traditionnelles

1222. Pour rappel, le régime de la *goldens share* s'applique dans certains États américains, tels que la Californie et le Delaware⁴⁰²⁷. Cependant, ces actions spécifiques sont émises à des actionnaires privés ou organisations, ce qui diffère de la pratique européenne de l'« État actionnaire »⁴⁰²⁸. De plus, la RSE n'est requise ni par la loi ni par la réglementation⁴⁰²⁹.

1223. En revanche, le droit de la concurrence a été considéré comme l'un des outils permettant non seulement d'intervenir dans les fusions et acquisitions menées par des acteurs nationaux, mais également comme un moyen de bloquer les investissements étrangers indésirables. Initialement, les États-Unis ont envisagé que l'intervention dans les opérations étrangères pourrait être réalisée grâce à une pression politique exercée par le Congrès, ou par le biais du

⁴⁰²² Mir A., Laciak C., Costello C., « The Foreign Investment Regulation Review: USA », *The LawReviewer*, 17 octobre 2021 [en ligne: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/usa>] [le 17 avril 2022]

⁴⁰²³ Milstajn A., *L'admission des investissements étrangers : Comparaison Etats-Unis/France*, *op.cit.*, p. 5

⁴⁰²⁴ *Ibid.*

⁴⁰²⁵ Mayall J., *Nationalism and International Society*, *op.cit.*, p. 90

⁴⁰²⁶ Bourgeoi R., « Le protectionnisme, une passion américaine ? », *op.cit.*, p.91

⁴⁰²⁷ Lignières P., « Etat actionnaire », *op.cit.*, p.2294

⁴⁰²⁸ *Ibid.*

⁴⁰²⁹ George E., « Can Corporate Social Responsibility Be Legally Enforced? », *University of Houston Energy Fellows*, le 11 octobre 2019, [en ligne: <https://www.forbes.com/sites/uhenergy/2019/10/11/can-corporate-social-responsibility-be-legally-enforced/?sh=236d0a5e3d44>] [consulté le 11 septembre 2022]

droit de la concurrence pour entraver les opérations menées par des investisseurs étrangers⁴⁰³⁰. Ces outils juridiques, y compris le droit de la concurrence, ont été considérés par l'administration Reagan comme suffisants à la fois pour maintenir la politique du libéralisme et pour filtrer les investissements étrangers⁴⁰³¹.

1224. Il est essentiel de rappeler que les États-Unis ont été les « *leaders* » dans le développement du droit de la concurrence⁴⁰³² au XIXe siècle, en particulier en réponse à la période marquée par de nombreuses fusions et acquisitions dans le pays⁴⁰³³. Le progrès technologique a contribué à cette vague d'acquisitions⁴⁰³⁴, en particulier pendant le dernier quart du XIXe siècle, en conjonction avec l'essor de la puissance de la vapeur, du chemin de fer et du télégraphe⁴⁰³⁵. Parallèlement, le marché financier s'est développé, donnant naissance aux banques d'investissement, dont certaines se sont spécialisées dans le financement de l'industrie ferroviaire⁴⁰³⁶. Outre les banques locales, de plus en plus d'industries ont opté pour des établissements financiers spécialisés en investissement⁴⁰³⁷. Cette période a été marquée par une consolidation à grande échelle grâce aux échanges d'actions, qui sont devenus le mode prédominant de financement des grandes fusions-acquisitions⁴⁰³⁸. Plus précisément, à la fin du XIXe siècle, des pratiques anticoncurrentielles généralisées ont été observées⁴⁰³⁹, avec des accords informels sur les prix et la production entre fabricants, puis une formalisation à travers des cartels et des associations professionnelles⁴⁰⁴⁰. Cela explique pourquoi les pratiques anticoncurrentielles, considérées comme « nocives »⁴⁰⁴¹, ont rapidement fait l'objet de législations aux États-Unis, dont la plus connue est la loi de *Sherman Act* de 1890⁴⁰⁴². La Cour Suprême a par la suite statué sur plusieurs affaires entre 1895 et 1899, établissant que la coopération étroite entre les entreprises au moyen d'associations professionnelles était anticoncurrentielle, alors que la question des fusions acquisitions n'a été abordée par la Cour

⁴⁰³⁰ Byrne M.R. « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p.857

⁴⁰³¹ *Ibid.*

⁴⁰³² Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, *op.cit.*, p. 287, paragr.340

⁴⁰³³ UNCTAD, World Investment Report 2000, p.156

⁴⁰³⁴ *Ibid.*

⁴⁰³⁵ *Ibid.*

⁴⁰³⁶ *Ibid.*

⁴⁰³⁷ *Ibid.*

⁴⁰³⁸ *Ibid.*

⁴⁰³⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁰⁴¹ Lucas F.-X., Poracchia D., *Manuel de droit commercial*, *op.cit.*, p.148

⁴⁰⁴² UNCTAD, World Investment Report 2000, p.156

qu'en 1903⁴⁰⁴³. C'est pourquoi, jusqu'à ce jour, les fusion et acquisitions restent le choix privilégié pour acquérir un plus grand contrôle sur le marché⁴⁰⁴⁴.

1225. À la fin du XXe siècle, les États-Unis ont connu une deuxième vague de fusions et acquisitions⁴⁰⁴⁵. Pour renforcer le droit de la concurrence et combler les lacunes laissées par la loi de *Sherman Act* de 1890⁴⁰⁴⁶, la loi de *Hart–Scott–Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 a été adoptée. Grâce à cette loi, les fusions et acquisitions ont été soumises à un examen accru de la part des régulateurs américains⁴⁰⁴⁷.

1226. Cette deuxième vague ne s'est pas limitée aux États-Unis, les investisseurs américains ont mené des opérations transfrontalières dans le monde entier, témoignant de l'appétit du marché mondial⁴⁰⁴⁸. Peu après, les investisseurs d'autres pays développés ont également embrassé la fusion et l'acquisition à l'échelle internationale, contribuant ainsi au développement du droit de la concurrence dans d'autres nations. En effet, certains auteurs considèrent que le droit de la concurrence en France, ainsi que le droit communautaire en la matière, ont puisé leur inspiration dans la législation américaine⁴⁰⁴⁹.

1227. Cependant, l'administration Reagan n'a pas réussi à empêcher le Congrès de créer un nouvel outil juridique pour bloquer les changements de contrôle opérés par des investisseurs étrangers. Le Congrès considérait en effet que les outils juridiques existants n'étaient pas suffisants⁴⁰⁵⁰, car les acquisitions menées par des investisseurs chinois étaient rarement visées par le droit de la concurrence. Ces acquisitions ont été traitées par le nouvel outil créé par le Congrès au titre de la sécurité nationale. En revanche, les fusions entre des entreprises des pays occidentaux font souvent l'objet d'un contrôle de la part de l'administration en vertu du droit de la concurrence. Toutefois, un cas rare d'emploi du droit de la concurrence afin de bloquer l'opération d'un investisseur chinois concerne l'acquisition proposée par China International Marine Containers Ltd. (CIMC) de Maersk Container Industry (MCI), comme évoquée précédemment. Cette opération d'une valeur de 987,3 millions de dollars et a été conclue en

⁴⁰⁴³ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁴⁷ Sims J., Herman D., « The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation », *Antitrust Law Journal*, vol 65, n°3, printemps 1997, p.870

⁴⁰⁴⁸ UNCTAD, World Investment Report 2000, p.152

⁴⁰⁴⁹ Lucas F.-X., Poracchia D., *Manuel de droit commercial, op.cit.*, p. 148

⁴⁰⁵⁰ Byrne M.R. « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *op.cit.*, p.852

septembre 2021⁴⁰⁵¹. Bien que l'acquisition ne concernait qu'une entreprise chinoise et une entreprise danoise, la division *antitrust* du Département de la Justice des États-Unis a fait valoir que l'opération aurait réuni deux des quatre principaux fournisseurs mondiaux de caisses isothermes et de conteneurs maritimes réfrigérés⁴⁰⁵². Par conséquent, l'entreprise chinoise a été contrainte d'abandonner cette acquisition. En l'espèce, il s'agit d'un nouvel exemple d'exercice de l'extraterritorialité dans le domaine de l'*antitrust* par les États-Unis⁴⁰⁵³.

§2. Les mesures de sécurité nationale

1228. Les mesures de contrôle au titre de la sécurité nationale sont devenues un outil juridique essentiel pour le filtrage des investissements étrangers aux États-Unis (I). Selon les rapports annuels publiés par le CFIUS, le nombre d'opérations bloquées par l'administration américaine ne cesse pas d'augmenter (II).

I. Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale

1229. Aux États-Unis, la sécurité nationale est l'une des exceptions au titre de laquelle le gouvernement fédéral peut réglementer les investissements étrangers⁴⁰⁵⁴. Normalement, le droit d'intervention dans le commerce et les investissements relève des gouvernements des États plutôt que du gouvernement fédéral. Cependant, comme indiqué plus haut, l'article I de la Constitution des États-Unis prévoit que la défense nationale puisse constituer une exception à cette règle. La notion de « défense nationale » a ouvert la voie au gouvernement fédéral pour intervenir dans les investissements étrangers au nom de la sécurité nationale. C'est pourquoi les mesures de contrôle sur les investissements étrangers au titre de la sécurité nationale ont été limitées aux secteurs militaires et de la défense⁴⁰⁵⁵.

1230. Toutefois, cette notion a été largement étendue du secteur de la défense au secteur économique stratégique grâce à une série d'amendement et de lois, notamment l'amendement Exon-Florio de 1988, l'amendement Byrnes de 1992, la loi FINSA de 2007 et la plus récente loi la FIRMMA de 2018. Les juristes américains estiment donc que « les limites de ce qui compte

⁴⁰⁵¹ Donnelly J., « \$1 billion CIMC – Maersk reefer deal scrapped following competition concerns », *porttechnology*, le 25 août 2022 [en ligne: <https://www.porttechnology.org/news/1-billion-cimc-maersk-reefer-deal-scrapped/>] [consulté le 27 octobre 2022]

⁴⁰⁵² *Ibid.*

⁴⁰⁵³ Alford R., « The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches », *Va.J. Int'l L.*, vol 33, n°1, 1992, p.5

⁴⁰⁵⁴ Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *op.cit.*, p.3

⁴⁰⁵⁵ Jackson J.K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 1

comme sécurité s'étendent rapidement »⁴⁰⁵⁶. Par ailleurs, la politique visant à ne pas donner une définition précise de la notion a été critiquée par les juristes américains, qui affirment que « la sécurité en général et la sécurité nationale en particulier sont des concepts notoirement indéterminés »⁴⁰⁵⁷. En effet, depuis la loi FINSA de 2007, la sécurité intérieure a été incluse dans la sécurité nationale, notamment les infrastructures critiques⁴⁰⁵⁸. Ensuite, la loi FIRMMA de 2018 et ses réglementations semblent être intervenues en réponse à l'augmentation des investissements chinois aux États-Unis⁴⁰⁵⁹. Sans fournir de précision supplémentaire sur la sécurité nationale, la loi FIRMMA ajoute six nouveaux éléments à prendre en considération lors de l'examen d'une opération liée à la technologie critique, à l'infrastructure essentielle, à la conformité historique aux lois et règlements des États-Unis, à l'impact de l'opération sur les ressources humaines et les matériaux des États-Unis, à la protection des données, et à la cybersécurité⁴⁰⁶⁰. Ces six nouveaux éléments, en plus des anciennes considérations, constituent une longue liste de critères que la CFIUS et le président des États-Unis peuvent prendre en compte lors de leurs examens des opérations en question⁴⁰⁶¹. Hormis cette clarification vague, la volonté des législateurs américains de ne pas définir la notion de sécurité nationale⁴⁰⁶² permet

⁴⁰⁵⁶ Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *op.cit.*, p.556

Texte original: « the boundaries of what counts as security are expending rapidly »

⁴⁰⁵⁷ *Id.*, p.8

Texte original: « security in general and national security in particular are notoriously indeterminate concepts »

⁴⁰⁵⁸ L'article 721 (a), Defense Production Act of 1950 (50 U.S.C.4565(a))

« The term "national security" shall be construed so as to include those issues relating to "homeland security", including its application to critical infrastructure. »

⁴⁰⁵⁹ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 11

⁴⁰⁶⁰ P.L.115-232, §1702 (c)

⁴⁰⁶¹ Department of the Treasury Office of Investment security, Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in The United States, *Fed.Reg.*, vol 73, n°236, III, B
The potential effects of the transaction on the domestic production needed for projected national defense requirements; The potential effects of the transaction on the capability and capacity of domestic industries to meet national defense requirements, including the availability of human resources, products, technology, materials, and other supplies and services; The potential effects of a foreign person's control of domestic industries and commercial activity on the capability and capacity of the United States to meet the requirements of national security; The potential effects of the transaction on U.S. international technological leadership in areas affecting U.S. national security; The potential national security related effects on U.S. critical technologies. • The potential effects on the long term projection of U.S. requirements for sources of energy and other critical resources and material; The potential national security related effects of the transaction on U.S. critical infrastructure, including [physical critical infrastructure such as] major energy assets, The potential effects of the transaction on the sales of military goods, equipment, or technology to countries that present concerns related to terrorism; missile proliferation, chemical, biological, or nuclear weapons proliferation; or regional military threats; The potential that the transaction presents for transshipment or diversion of technologies with military applications, including the relevant country's export control system; Whether the transaction could result in the control of a U.S. business by a foreign government or by an entity controlled by or acting on behalf of a foreign government; The relevant foreign country's record of adherence to nonproliferation control regimes and record of cooperating with U.S. counterterrorism efforts. Section 721 also provides that CFIUS may consider any other factors that the Committee finds appropriate in determining whether a transaction poses national security risk.

⁴⁰⁶² Department of the Treasury Office of Investment security, Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in The United States, *Fed.Reg.*, vol 73, n°236, III, A

que toutes les opérations puissent être contrôlées par la loi, y compris, par exemple, les applications de rencontre conçues pour les hommes homosexuels, telle que Grindr⁴⁰⁶³. Aujourd'hui, la politique des États-Unis est d'inclure tous les secteurs de l'économie générale dans le champ de la sécurité nationale⁴⁰⁶⁴ afin de préserver la compétitivité du pays dans ces domaines. Selon l'administration Biden, « dans le monde d'aujourd'hui, la sécurité économique est la sécurité nationale »⁴⁰⁶⁵.

1231. En ce qui concerne la procédure applicable, la déclaration auprès du CFIUS d'une opération effectuée par un investisseur étranger est par principe volontaire. Toutefois, la loi FIRMMA de 2018 et ses règlements ont introduit un nouveau régime de déclaration obligatoire. Les opérations entrant dans le champ d'application de la déclaration obligatoire comprennent donc : le contrôle d'une entité américaine sous forme de joint-venture ; l'acquisition de biens immobiliers à l'intérieur ou dans le cadre d'un port aérien ou maritime, ou à proximité d'une installation militaire gouvernementale⁴⁰⁶⁶, ou qui présente un risque d'être surveillée par un gouvernement étranger ; les infrastructures essentielles, les technologies stratégiques et les données personnelles sensibles ; ainsi que tout type d'agrément ou d'arrangement visant à échapper à la déclaration obligatoire⁴⁰⁶⁷. Les définitions des infrastructures essentielles⁴⁰⁶⁸, des technologies stratégiques⁴⁰⁶⁹ et des opérations immobilières⁴⁰⁷⁰ sont régies par des réglementations ultérieures et distinctes. Avec cette nouvelle loi, de nombreux secteurs d'activité sont désormais concernés par la procédure de déclaration obligatoire, ce qui témoigne d'une tendance à un renforcement du contrôle.

⁴⁰⁶³ En 2020, Kunlun a été contraint de se désinvestir de Grindr suite à son acquisition en 2018, conformément à la demande du CFIUS.

⁴⁰⁶⁴ Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *op.cit.*, p.557

⁴⁰⁶⁵ Interim National Security Strategic Guidance, mars 2021

Texte original: « in today's world, economic security is national security »

⁴⁰⁶⁶ « Close proximity : Areas within one mile of a relevant military installation or other facility or property of the U.S. Government ; Extended range: Areas between one and 100 miles; Facilities located within designated counties , according to Appendix A of the proposed regulations; and; Off-shore ranges: Within 12 nautical miles of the U.S. »

dans Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 19

⁴⁰⁶⁷ Article 1703(b), FIRMMA

⁴⁰⁶⁸ L'article 800.212, Provision Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Person, *Fed.Reg.*, vol 85, n°12, le 17 janvier 2020

⁴⁰⁶⁹ Pour la période d'octobre 2018 à février 2020: Determination and Temporary Provisions Pertaining to a Pilot Program To Review Certain Transactions Involving foreign Persons and Critical Technologies, *Fed.Reg.*, vol 83, n°197, le 11 octobre 2018; Après février 2020, Provision Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Person, *Fed.Reg.*, vol 85, n°12, le 17 janvier 2020

⁴⁰⁷⁰ Provisions pertaining to Certain Transactions by Foreign persons Involving Real Estates in the United States, *Fed.Reg.*, vol 85, n°12, le 17 janvier 2020; Investment Security Office, Certain Investments in the United States by Foreign Persons and Certain Transactions by Foreign Persons Involving Real Estate in the United States, 2021-28599, le 1er juin 2022

1232. En plus de l'élargissement du champ de contrôle, le spécialiste de la sécurité nationale James K. Jackson a également conclu que ces nouvelles dispositions permettent au CFIUS de discriminer les investisseurs étrangers en fonction de leur pays d'origine⁴⁰⁷¹. En effet, le règlement du 17 janvier 2020 établit une distinction basée sur l'origine des investisseurs en se servant de la notion de « lieu d'affaires principal ». Cette notion se réfère au lieu où la direction d'une entité dirige, contrôle ou coordonne principalement ses activités⁴⁰⁷². Un règlement dédié a été promulgué pour définir ce qu'est le lieu d'affaires principal pour les fonds d'investissement⁴⁰⁷³. Par ailleurs, une liste des « pays étrangers exemptés » (« *Excepted foreign state* ») a été créée et est révisée tous les deux ans. Les investisseurs originaires de ces pays sont exemptés de la majeure partie des lourdes obligations de déclaration. Actuellement, le Royaume-Uni, le Canada et l'Australie sont répertoriés comme des pays éligibles par le CFIUS⁴⁰⁷⁴.

1233. La question suivante concerne la manière dont on peut déterminer les origines des investisseurs. En effet, la loi et le règlement ont énoncé une définition des personnes étrangères, qui inclut : tout ressortissant étranger, gouvernement étranger ou entité étrangère ; toute entité sur laquelle un contrôle est exercé ou peut être exercé par un ressortissant étranger, un gouvernement étranger ou une entité étrangère⁴⁰⁷⁵. Ainsi, un ressortissant étranger est défini comme toute personne autre qu'un ressortissant américain⁴⁰⁷⁶ ; une entité étrangère comprend toute succursale, partenariat, groupe ou sous-groupe, association, succession, fiducie, société ou division d'une société, ou organisation organisée conformément aux lois d'un État étranger qui est son lieu d'établissement principal, soit en dehors des États-Unis soit si ses titres de participation sont principalement négociés sur une ou plusieurs bourses étrangères⁴⁰⁷⁷. Toutefois, si une majorité de la participation de cette entité est détenue en dernier ressort par des ressortissants américains, elle n'est pas considérée comme une entité étrangère⁴⁰⁷⁸.

1234. En ce qui concerne le seuil permettant de définir la notion de « contrôle », les dispositions prévoient que l'acquisition de moins de 10% des droits de vote n'est pas soumis

⁴⁰⁷¹ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 12

⁴⁰⁷² L'article 800.239, Provision Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Person, *op.cit.*

⁴⁰⁷³ Investment Security Office, Definition of "Principal Place of Business"; Filing Fees for Notices of Certain Investments in the United States by Foreign Person and Certain Transactions by Foreign Persons Involving Real Estates in the United States, le 28 juillet 2020

⁴⁰⁷⁴ Article 800.218, Provision Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Person, *op.cit.*

⁴⁰⁷⁵ *Id.*, Article 800.224

⁴⁰⁷⁶ *Id.*, Article 800.223

⁴⁰⁷⁷ *Id.*, Article 800.220

⁴⁰⁷⁸ *Ibid.*

au contrôle⁴⁰⁷⁹. Outre ce critère de seuil, il est également prévu que les opérations suivantes ne constituent pas un changement de contrôle et ne sont donc pas soumises au contrôle : un fractionnement d'actions ou un dividende en actions au prorata qui n'implique pas de changement de contrôle ; une acquisition de tout ou partie d'une entité ou d'actifs, si cette partie d'une entité ou ces actifs ne constituent pas une entité américaine ; une acquisition de valeurs mobilières par une personne agissant à titre de souscripteur de valeurs mobilières, dans le cours normal des affaires et en cours de souscription ; une acquisition en vertu d'une condition d'un contrat d'assurance relative à des obligations d'infidélité, de caution ou de dommages si le contrat a été conclu par un assureur dans le cours normal des affaires⁴⁰⁸⁰.

1235. Le délai d'examen est également un point essentiel pour les investisseurs. En pratique, les parties concernées commencent à consulter le CFIUS de manière informelle avant le dépôt officiel⁴⁰⁸¹. Le processus d'examen se divise en trois phases. Pour la première phase initiale d'examen, le délai est de 30 jours⁴⁰⁸², ce qui permet d'examiner l'opération avec les informations de base⁴⁰⁸³. Si les risques sont considérés comme non-résolus à la fin de cette phase, le CFIUS peut déclencher une deuxième phase d'« examen de sécurité nationale » (« *National Security review* ») d'une durée de 45 jours⁴⁰⁸⁴. Enfin, si l'autorisation est accordée sous conditions, un délai d'« enquête de sécurité nationale » (« *National Security Investigation* ») entre 45 au 60 jours est prévu⁴⁰⁸⁵. Ces conditions sont des accords négociés entre le CFIUS et les parties afin d'atténuer les risques d'atteintes à la sécurité nationale. Ils peuvent inclure des mesures telles que l'interdiction ou la limitation du partage de la propriété intellectuelle, la restriction de l'accès à une technologie particulière ou aux informations de la clientèle, l'exigence que seuls les citoyens américains manipulent certains produits et services, la garantie que certaines activités et produits restent aux États-Unis, l'exclusion d'actifs sensibles de l'opération, la mise en place d'un comité de sécurité d'entreprise, la nomination d'un agent de sécurité approuvé par le gouvernement américain et/ou d'un membre du conseil d'administration, et des exigences en matière de politiques de sécurité, de rapports annuels et d'audits indépendants⁴⁰⁸⁶. Ces mesures d'atténuation des risques sont de plus en plus utilisées par le CFIUS pour prévenir les atteintes à la sécurité nationale. En 2019, 14% des opérations

⁴⁰⁷⁹ *Id.*, Article 800.302

⁴⁰⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁰⁸¹ Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *op.cit.*, p.563

⁴⁰⁸² *Id.*, Article 800.405

⁴⁰⁸³ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p. 14

⁴⁰⁸⁴ *Id.*, Article 800.503

⁴⁰⁸⁵ *Id.*, Article 800.508

⁴⁰⁸⁶ Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *op.cit.*, p.563

ont été accordées sous conditions⁴⁰⁸⁷. Les années précédentes, ces chiffres étaient de 13% pour 2018⁴⁰⁸⁸ et 2016⁴⁰⁸⁹, 12% pour 2017⁴⁰⁹⁰, 8% pour 2015⁴⁰⁹¹ et 6% pour 2014⁴⁰⁹².

1236. Enfin, la décision prise par le Président des États-Unis de bloquer une opération ne peut pas faire l'objet d'un recours judiciaire⁴⁰⁹³. En revanche, en ce qui concerne la décision du CFIUS, la loi FIRRMA de 2018 prévoit la possibilité d'un examen judiciaire par le biais d'une procédure initiée devant la Cour d'appel des États-Unis du district de Columbia⁴⁰⁹⁴. Jusqu'à présent, le seul cas de recours judiciaire de ce type a été celui de l'opération impliquant Ralls Corporation, qui a été examiné en détail dans la première partie de cette thèse.

II. Les opérations soumises au contrôle

1237. Les opérations célèbres ayant essuyé un refus par l'administration et le Président des États-Unis ont été discutées dans la Partie I. Dans cette partie, l'accent est plutôt mis sur les données divulguées par les États-Unis dans leurs rapports annuels.

1238. D'une manière générale, les rapports annuels du CFIUS sont rarement publiés en temps voulu. Le premier rapport annuel du CFIUS a été publié en 2008 pour les années 2005 à 2007, à la suite de la promulgation de la loi FINSA en 2007. Pour les années 2007 à 2012, les rapports étaient souvent publiés l'année suivante. Toutefois, depuis l'année 2013, en raison de l'élargissement du champ d'application et de l'extension de la notion de sécurité nationale, les retards dans la publication des rapports sont devenus de plus en plus fréquents⁴⁰⁹⁵. Les rapports des deux dernières années, grâce à l'allocation d'un budget supplémentaire pour les ressources

⁴⁰⁸⁷ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2019, p.26

⁴⁰⁸⁸ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2018, p. 25

⁴⁰⁸⁹ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2016-2017, p. 24

⁴⁰⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁰⁹¹ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2015, p.21

⁴⁰⁹² CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2014, p.21

⁴⁰⁹³ 50 U.S.C. § 2170

(e) Findings of the President

The President may exercise the authority conferred by subsection (c) 1 only if the President finds that-

(1) there is credible evidence that leads the President to believe that the foreign interest exercising control might take action that threatens to impair the national security, and

(2) provisions of law, other than this section and the International Emergency Economic Powers Act (50 U.S.C. 1701–1706), do not in the President's judgment provide adequate and appropriate authority for the President to protect the national security in the matter before the President.

The provisions of subsection (d) 1 of this section shall not be subject to judicial review.

⁴⁰⁹⁴ Public Law 115-232, § 1715

⁴⁰⁹⁵ Le rapport pour l'année 2013 est publié en février 2015, celui de 2014 publié en février 2016, puis le rapport pour l'année 2015 est publié en septembre 2017, pour l'année 2016 et 2017 combinés, le rapport est rendu en novembre 2019. Le rapport sur 2018 n'a été publié qu'en mai 2020.

humaines au CFIUS par la loi FIRRMA, ont pu être publiés en juillet ou août de l'année suivante.

1239. Les informations incluses dans ces rapports ont été soigneusement filtrées par l'administration américaine afin de ne pas divulguer de données confidentielles. En effet, dans un article du Washington Post paru en 2020, les auteurs ont exprimé des doutes quant à la possibilité de suivre efficacement les activités du CFIUS, car les enquêtes menées par ce comité semblent constituer une véritable boîte noire⁴⁰⁹⁶. De plus, le CFIUS ne commente jamais les avis individuels et se base sur des informations classifiées pour prendre des décisions relatives à l'approbation ou au rejet d'un accord⁴⁰⁹⁷. Cet article met clairement en évidence que, bien que les rapports fournissent une grande quantité de données par secteurs, par pays ou régions, et par décisions prises, ils contiennent en réalité peu d'informations précises permettant de déterminer quel investisseur d'un pays donné a été empêché de réaliser quelle opération. Nous avons établi un tableau récapitulatif basé sur les rapports annuels du CFIUS⁴⁰⁹⁸, présentant le nombre total d'opérations, classées par pays ou régions.

Tableau 1-1 :

Classement et nombre des opérations d'investisseurs étrangers par pays ou régions							
Année (Nombre total)	Pays (Nombre)						
	1	2	3	4	5	6	C
2006 (111)	Royaume- Uni(25)	France(9) ; Israël(9)	Canada (8)	Australie (7)	Japon (6)	Pays-Bas(4) ; Allemagne (4)	n.a.
2007 (138)	Royaume- Uni(22)	Canada(21)	Australie (9)	Émirats Arabes Unis(7) ; France(7)	Allemagne ; Israël (6)	Inde(5)	3
2008 (155)	Royaume- Uni(48)	France(12) ; Israël(12)	Australie (11)	Japon(8) ; Russie(8)	Canada(6) ; Chine (6)	Italie (5)	6
2009 (65)	Royaume- Uni(17)	Canada(9)	France (7)	Israël(5)	Pays- Bas(4) ; Japon(4) ; Chine(4)	Suède(3)	4
2010 (93)	Royaume- Uni(26)	Canada(9)	Israël(7) ; Japon(7)	France(6) ; Chine (6)	Suède(5)	Russie(4)	6

⁴⁰⁹⁶ McLaughlin D., Mohsin S., Rund J., « All About CFIUS, Trump's Watchdog on China Dealmaking », *The Washington Post*, le 15 septembre 2020

Texte original: «7. How can I follow the committee's work?

Good luck. The panel's investigations are effectively a black box. It never comments on individual reviews and relies on classified information to decide whether to oppose or clear a deal. »

⁴⁰⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁹⁸ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2008, p.13; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2009, p.14; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2010, p.12; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2011, p.18; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2012, p.15; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2013, p.17; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2014, p.17; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2015, p.19; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2016-2017, p.20-21; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2018, p. 20-21; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2019, p. 21-22; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2021, p. 11-12; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2022, p.15-16

2011 (111)	Royaume- Uni(25)	France (14)	Chine (10)	Canada(9)	Pays-Bas(7) ; Japon (7)	Israël(6) ; Suède(6)	10
2012 (114)	Chine(23)	Royaume- Uni(17)	Canada (13)	Japon (9)	France (8)	Pays-Bas (6)	23
2013 (97)	Chine(21)	Japon (18)	Canada (12)	Royaume- Uni(8) ; France(8)	Allemagne (4)	Suisse(3) ; Singapour (3)	21
2014 (147)	Chine(24)	Royaume- Uni(21)	Canada (15)	Japon (10)	Allemagne (9)	Pays-Bas (8) ; Japon (8)	24
2015 (143)	Chine(29)	Canada (22)	Royaume- Uni(19)	Japon (13)	France (8)	Ile des caïmans(7)	29
2016 (172)	Chine(54)	Canada (12)	Japon (13)	France (8)	Royaume- Uni(7)	Corée du sud(6) ; île de la virginité Britannique (6)	54
2017 (237)	Chine(60)	Canada (22)	Japon (20)	Royaume- Uni(18)	France (14)	Ile des Caïmans(8)	60
2018 (229)	Chine(55)	Japon (31)	Canada (29)	Allemagne (12)	Suède(9)	Russie (6)	55
2019 (231)	Japon (46)	Chine(25)	Canada (23)	Allemagne(13) ; France(13) ; Royaume-Uni (13)	Australie(11)	Corée du sud(10) ; Arabie Saoudien(10); Suède (10)	25
2020 (126)	Canada (20)	Japon (18)	Royaume- Uni(12)	Allemagne (10)	Suède (7)	France(5) ; Chine(5)	5
2021 (164)	Canada (22)	Allemagne(11) ; Corée du sud(11) ; Japon(11) ; Singapour (11)	Royaume- Uni(10)	France(9) ; Guernesey(9)	Australie(8)	Ile des Caïmans(6) ; Pays-Bas (6)	1
2022 (154)	Canada (22)	Japon(18)	Allemagne (13)	Corée du Sud(11)	Royaume- Uni(8)	Émirats arabes unis (7)	5

C : Chine

1240. En pratique, il semble que le nombre d'opérations soumises au contrôle du CFIUS augmente ou diminue en fonction de la promulgation de nouvelles lois, ainsi que lors de crises économiques ou sanitaires. Par exemple, en 2008, un an après l'entrée en vigueur de la loi FINSA, 155 opérations ont été contrôlées, contre 111 en 2006 et 138 en 2007⁴⁰⁹⁹. Toutefois, le nombre de dossiers a chuté en 2009, avec seulement 65 contrôles et avis menés par le CFIUS⁴¹⁰⁰. La crise financière de 2008 et le renforcement du contrôle des investissements étrangers ont contribué à cette baisse des flux d'investissements étrangers aux États-Unis. De 2011 à 2019, le nombre d'opérations contrôlées a constamment augmenté, passant de 93 à 231. La crise sanitaire de 2020, ainsi que l'entrée en vigueur de la loi FIRMMA en 2018, ont une nouvelle fois impacté les flux d'investissements étrangers, réduisant le nombre d'opérations soumises au contrôle du CFIUS.

⁴⁰⁹⁹ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2009, p.3

⁴¹⁰⁰ *Id.*, p.4

1241. En ce qui concerne le nombre d'opérations couvertes ou contrôlées par région, la Chine ne figure pas parmi les dix premiers pays, tant en termes du nombre d'opérations que de la valeur des opérations en 2005⁴¹⁰¹. Pourtant, la même année, l'acquisition la plus controversée concernait l'entreprise chinoise CNOOC et la société américaine UNOCAL. En 2005, le CFIUS a également évalué les six principaux pays sources d'investissements aux États-Unis, à savoir le Royaume-Uni, le Canada, le Japon, l'Allemagne, la France et l'Inde. Il a conclu qu'aucune preuve crédible ne permettait d'affirmer que les gouvernements de ces États mettaient en œuvre une stratégie coordonnée pour forcer leurs entreprises à acquérir des entreprises américaines spécialisées dans les technologies dites « stratégiques » (« *critical* »)⁴¹⁰². De 2012 à 2019, les investissements chinois ont fait l'objet de contrôles intensifiés, faisant de la Chine le pays dont les investissements étaient les plus contrôlés. Depuis la promulgation de la loi FIRRMA en 2018, les tensions entre la Chine et les États-Unis, tant dans le dossier du Huawei⁴¹⁰³ que dans la guerre commerciale⁴¹⁰⁴, ont entraîné une diminution du nombre de projets d'acquisitions menés par les investisseurs chinois. Nous avons observé un faible nombre de déclarations ou de contrôles menés par le CFIUS, avec 55 dossiers en 2018, 25 en 2019, 5 en 2020, 1 en 2021 et 5 en 2022.

1242. Depuis le rapport de l'année 2009, le CFIUS commence à divulguer les chiffres relatifs aux acquisitions des sociétés de technologies critiques (« *critical technology* ») par pays d'origine et par régions. Ces chiffres sont destinés à permettre d'évaluer la possibilité que les gouvernements étrangers emploient une stratégie coordonnée pour obtenir des technologies américaines critiques⁴¹⁰⁵. Les secteurs concernés sont essentiellement les secteurs des technologies de l'informations, de l'électronique, de l'aérospatial et de la défense⁴¹⁰⁶. Ainsi, après plusieurs années de rapports spécifiques sur les technologies stratégiques, un programme dénommé « *Critical Technologies Pilot Program* » a été mis en place en octobre 2018 jusqu'au 12 février 2020⁴¹⁰⁷ en attendant les autres réglementations de la loi FIRRMA. En février 2020, il a été mis fin au programme qui a été intégré dans le cadre de la déclaration obligatoire⁴¹⁰⁸. Effectivement, le *National Counterintelligence and Security Center* a conclu dans le rapport

⁴¹⁰¹ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2008, p.34

⁴¹⁰² *Id.*, Le Royaume-Uni : p.46 ; Le Canada : p. 47 ; Le Japon : p. 48 ; L'Allemagne : p. 49 ; La France, p. 49 ; L'Inde : p. 50

⁴¹⁰³ Raulie Ni., « Donald Trump relance la guerre commerciale », *Les Echos*, le 2 août 2019

⁴¹⁰⁴ Le Réour Y-M., « Donald Trump relance l'escalade commerciale avec Pékin », *L'AGEFI*, le 2 août 2019

⁴¹⁰⁵ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2010, p.29; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2012, p.29

⁴¹⁰⁶ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2010, p.27

⁴¹⁰⁷ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2019, p. iv.

⁴¹⁰⁸ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2020, p.4

pour l'année 2020 que l'espionnage économique et industriel étranger contre les États-Unis continue de représenter une menace importante pour la prospérité, la sécurité et l'avantage concurrentiel des États-Unis, et que les gouvernements étrangers sont extrêmement susceptibles d'utiliser une gamme de méthodes de collecte pour obtenir des technologies américaines critiques⁴¹⁰⁹. En 2021, ce même centre a indiqué que les pays ayant des liens plus étroits avec les États-Unis ont également mené du cyber-espionnage et d'autres formes de collecte de renseignements pour obtenir une technologie américaine⁴¹¹⁰. Il faut noter que, selon les chiffres publiés, les investisseurs originaires d'Europe de l'ouest sont les acquéreurs les plus actifs dans l'achat d'entreprises détenant les technologies critiques. Par exemple, pour l'année 2012, l'Europe représentait 75% des acquisitions des entreprises possédant des technologies stratégiques⁴¹¹¹. En parallèle, les investisseurs chinois n'ont été actifs que de 2016 à 2018 et ont montré moins d'appétit pour l'acquisition au cours des années suivantes. Le tableau suivant, établi selon les rapports du CFIUS 2019 à 2022⁴¹¹², récapitule les acquisitions dans les secteurs de technologies dites « critiques » :

Tableau 1.2

Opérations relatives aux technologies critiques						
Année (Total ⁴¹¹³)	Classement (Nombre)					
	1	2	3	4	5	C
2009 (93)	Royaume- Uni(29)	Canada(12)	France(8) ; Israël(8)	Japon(7)	Allemagne(4); Italie(4)	3
2010 (79)	Royaume- Uni(20)	Canada(10) ; Israël(10)	Japon(9)	Chine(5) ; Allemagne(5) ; Inde(5)	France(4) ; Italie(4)	5
2011 (114)	Royaume- Uni(30)	France(13)	Japon (8)	Canada(7) ; Pays- Bas (7)	Allemagne(6)	4
2012 (114)	Royaume- Uni(30)	France(13)	Japon (10)	Allemagne (8)	Canada(7)	6
2013 (85)	Royaume- Uni(21)	France(10)	Japon (7) ; Canada (7)	Chine(5) ; Pays- Bas(5) ; Suède(5) ;Suisse(5)	Luxembourg (3)	5
2014 (108)	Royaume- Uni(22)	Canada (9)	France(7); Chine(7) ; Pays-Bas(7) ; Allemagne (7)	Israël(6)	Japon(5) ; Ile des Caïmans(5) ;	7

⁴¹⁰⁹ *Id.*, p.52

⁴¹¹⁰ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2021, p.51.

⁴¹¹¹ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2012, p.27

⁴¹¹² CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2009, p.20; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2010, p.26; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2011, p.24; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2012, p.26; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2013, p.28; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2014, p.30; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2015, p.28; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2016-2017, p.31; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2018, p.34; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2019, p.37; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2020, p.51; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2021, p.49; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2022, p.55-57

⁴¹¹³ Le nombre d'opérations basées sur l'implication de plusieurs pays dépasse le nombre total d'opérations, car certaines d'entre elles impliquent la participation de plus d'un pays.

2015 (130)	Royaume- Uni(21)	Canada (20)	Japon (8)	Allemagne (7) ; Pays-Bas(7) ;	France (6)	5
2016 (73)	Chine (17)	Canada (8) ; Japon (8)	France (5)	Allemagne (3) ; Irlande(3) ; Israël(3) ; Luxembourg(3), Royaume-Uni(3)	Pays- Bas(2) ;Turquie(2) ; Hong Kong(2) ; Ile des Caïmans(2)	17
2017 (105)	Chine (21)	Royaume- Uni(12)	Japon (10)	France (9)	Allemagne (4) ; Pays-Bas(4) ; Singapour (4)	22
2018 (76)	Canada (9) ; Japon (9)	Chine(8)	France (7) ; Allemagne (7)	Suède(5)	Inde(3) ; Italie(3) ; Israël(3) ;Russie(3) ; Singapour (3)	8
2019 (92)	Japon (20)	Allemagne (11)	Canada (7) ; France (7)	Royaume-Uni (6)	Corée du Sud(4)	3
2020 (122)	Japon (18)	Suède (10) ; Canada (10)	Allemagne (9)	Royaume-Uni (9)	Israël(6)	5
2021 (184)	Allemagne (16) ; Royaume- Uni(16)	Japon (15)	Corée du Sud(13)	Ile des Caïmans(12)	Israël(11)	10
2022 (181)	Japon (16)	France (14)	Canada (13) ; Royaume-Uni (13)	Corée du Sud (12)	Singapour (11) ; Suède (11)	8

C : Chine

1243. En ce qui concerne les décisions de contrôle, le gouvernement américain fournit, depuis le rapport de l'année 2016, des chiffres détaillés concernant les décisions de rejet du Président des États-Unis et du CFIUS, ainsi que les autorisations accordées sous conditions, les opérations abandonnées après l'échec des négociations des conditions d'autorisation entre l'investisseur et le CFIUS, et enfin les opérations abandonnées pour des raisons commerciales. Toutefois, ces chiffres ne permettent pas de connaître les secteurs d'activités des entreprises ciblées ni les pays d'origine des investisseurs étrangers concernés. Le tableau suivant, établi en se basant sur les informations indiquées dans les rapports annuels depuis l'année 2015, classe les différentes opérations dans les catégories évoquées plus haut⁴¹¹⁴.

Tableau 1.3 :

Année	Nombre de opérations contrôlées	Opération abandonnée à cause du contrôle de CFIUS	Opération abandonnée pour raison commerciale	Autorisation accordée sous conditions	Rejet par le CFIUS	Décision du président américain
2015	143	3	1	11	1	0
2016	172	8	4	17	0	1(Grand Chip- Aixtron SE)
2017	237	26	4	29	0	1(Canyon Bridge- Lattice Semiconductor)
2018	229	19	3	29	2	1(Broadcom- Qualcomm)

⁴¹¹⁴ CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2015, p.2; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2016-2017, p.2-3; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2018, p.2; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2019, p.2; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2020, p.15; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2021, p.15; CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2022, p.19

2019	231	8	4	28	1	1(Beijing Shiji-StayNTouch)
2020	126	7	1	16	1	1(TikTok-Musical.ly)
2021	164	9	2	26	0	0
2022	286	12	8	41	1	0

1244. Selon ces chiffres, il semble qu'un nombre important d'opérations aient été abandonnées pendant la procédure de contrôle du CFIUS, alors qu'il n'existe peu de cas de refus officiels. Toutefois, les opérations refusées par le CFIUS ou le Président ont souvent attiré l'attention, ce qui explique pourquoi davantage d'informations sont disponibles. Pour le reste, la confidentialité entrave la publicisation d'informations complémentaires. Hormis les cas d'abandon par les investisseurs, on remarque une augmentation du nombre de négociations sur les conditions de l'opération visant à résoudre les risques pour la sécurité nationale. Enfin, parmi les cinq décisions rendues par les Présidents des États-Unis de 2016 à 2022, quatre concernent des investisseurs chinois. La seule exception concerne la proposition d'acquisition par Broadcom (entreprise singapourienne) de Qualcomm (entreprise américaine). Ainsi, on observe que deux décisions présidentielles sont des contrôles rétroactifs, à savoir l'acquisition par TikTok de Musical.ly en 2016 et l'achat par Beijing Shiji de StayNTouch en 2018. L'ordre donné par le président Trump de bannir l'utilisation de l'application TikTok sur le territoire des États-Unis a été jugé par le juge Carl Nichols du district Columbia le 7 décembre 2020. Celui-ci a estimé que le gouvernement avait probablement dépassé les limites expressément délimitées par l'IEEPA et que la mesure prise par le gouvernement de bannir l'application TikTok, sans prendre en compte d'autres alternatives possibles, était arbitraire⁴¹¹⁵. En ce qui concerne l'acquisition par Beijing Shijing Information Technology (ci-après Beijing Shijing) de StayNTouch en 2018, l'ordre du President Trump a été donné le 6 mars 2020, demandant à Beijing Shijing de se désinvestir de StayNTouch dans un délai de 120 jours⁴¹¹⁶. Toutefois, cette décision n'a pas justifié de quelle manière l'acquisition effectuée par Beijing Shiji, une entreprise d'État, pourrait potentiellement menacer la sécurité nationale des États-Unis, d'autant plus que StayNTouch est un éditeur de logiciels pour l'exploitation hôtelière. Les praticiens américains considèrent qu'il s'agit une nouvelle fois de la sécurité nationale liée aux données personnelles sensibles et au potentiel risque de permettre à l'investisseur étranger

⁴¹¹⁵ *TikTok Inc. v. Trump*, No. 1:20-cv-02658 (CJN)

Texte original : « ...the Secretary's failure to adequately consider an obvious and reasonable alternative before banning TikTok renders the Secretary's action arbitrary and capricious. »

⁴¹¹⁶ Executive Order 2020-05011, Fed. Reg. 85 FR 13719

d'avoir accès aux données d'identification et de localisation des citoyens américains, ainsi qu'à l'accès à leurs chambres⁴¹¹⁷.

1245. À la lumière des observations précédentes, il est désormais manifeste que les investisseurs chinois ont été spécifiquement ciblés par les contrôles de sécurité nationale aux États-Unis. Comparativement aux investisseurs d'origine des pays européens, les investisseurs chinois se montrent moins actifs et adoptent une approche plus prudente à l'égard des projets d'acquisition dans les secteurs de la technologie stratégique. Cependant, selon les informations disponibles, la majorité des décisions de refus prises par les présidents des États-Unis sont fondées sur la nationalité des investisseurs. Il semble que la sécurité nationale soit devenue un outil politique et arbitraire du gouvernement américain.

Section 2. Les États émanant du système de la *Common Law* suivant le chemin des États-Unis

1246. Le Canada (1), l'Australie (2) et le Royaume-Uni (3) sont des pays du *Common Law*. En ce qui concerne le régime de filtrage des investissements, ces pays, ayant des liens étroits avec les États-Unis, ont mis en place un régime similaire.

§1. Le Canada

1247. Le Canada, pays voisin des États-Unis, applique tant les mesures traditionnelles pour contrôler les investisseurs étrangers (I), qu'un régime de sécurité nationale depuis 2009 (II).

1248. À titre de rappel, les pratiques relatives à la RSE au Canada prennent la forme de *soft law*. Le gouvernement canadien cherche à encadrer les investissements étrangers de ses entreprises, notamment en ce qui concerne l'extraction minière⁴¹¹⁸. Cependant, contrairement au Royaume-Uni et à certains pays européens, le Canada n'a pas mis en place un régime similaire à celui de la *golden share*.

I. Les mesures traditionnelles

1249. Le Canada applique des restrictions traditionnelles sur les investissements étrangers dans certaines industries, notamment la télécommunication, le transport aérien, la banque et la

⁴¹¹⁷ Covington Alert, « President Trump Orders Divestiture of StayNTouch, Inc. by Shiji Group of China », *Covington*, le 9 mars 2020[en ligne: <https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2020/03/president-trump-orders-divestiture-of-stayntouch-inc-by-shiji-group-of-china>][consulté le 24 avril 2023]

⁴¹¹⁸ Gouvernement du Canada, « Responsabilité sociale des entreprises », [s. d.], [en ligne: <https://www.rncan.gc.ca/nos-ressources-naturelles/mines-matieres/mines/developpement-durable-ressources-minerales/responsabilite-sociale-entreprises/18694>][consulté le 11 septembre 2022]

culture. Ces contrôles sont établis par le biais de lois et de règlements spécifiques. Par exemple, la loi sur les télécommunications du Canada exige que les entreprises détenant plus de 10% du marché canadien soient détenues et contrôlées par des Canadiens⁴¹¹⁹. Pour qu'une entreprise soit considérée comme contrôlée ou détenue par des Canadiens, elle doit remplir l'une des conditions suivantes : au moins 80% de ses administrateurs doivent être Canadiens ; au moins 80% des intérêts avec droit de vote doivent être la propriété effective, directe ou indirecte de Canadiens ; ou l'entité ne doit pas être contrôlée par des non-Canadiens⁴¹²⁰. De plus, la propriété étrangère des compagnies aériennes canadiennes est limitée à 49%⁴¹²¹. Cependant, en ce qui concerne un individu ou des personnes appartenant au même groupe, le seuil est de 25% au lieu de 49%⁴¹²². Dans le secteur financier, les banques étrangères sont soumises à une procédure d'approbation par le Bureau du surintendant des institutions financières⁴¹²³.

1250. Le droit de la concurrence permet une intervention gouvernementale dans les fusions et acquisitions, qu'elles impliquent des investisseurs nationaux ou étrangers. Au Canada, le contrôle des concentrations en vertu du droit de la concurrence n'est déclenché que si la taille d'entreprise cible ou de l'opération dépasse un certain seuil, qui est révisé chaque année. En 2021, le seuil était de 93 millions de dollars canadien pour l'entreprise cible ou le montant de l'opération⁴¹²⁴. Il avait été porté à 96 millions de dollars canadiens en 2020⁴¹²⁵, puis ramené à 93 millions de dollars canadien en 2022⁴¹²⁶, et ce seuil est resté inchangé en 2023⁴¹²⁷.

1251. Hormis les contrôles destinés aux industries spécifiques, certains contrôles sont employés afin de filtrer les investissements étrangers, bien avant l'introduction de la notion de sécurité nationale. Il s'agit de l'examen de l'« avantage net ». Ce type d'examen se déclenche

⁴¹¹⁹ Loi sur les télécommunications, Section 16

⁴¹²⁰ *Ibid.*

⁴¹²¹ Loi sur les transports au Canada, Section 55

⁴¹²² Loi sur les transports au Canada, Section 55

⁴¹²³ Loi sur les banques, Section 524

⁴¹²⁴ Bureau de la concurrence Canada, Communiqué de presse, « Le seuil relatif à la taille des transactions devant faire l'objet d'un préavis de fusion diminuera à 93 millions de dollars en 2021 », le 11 février 2021 [en ligne : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2021/02/le-seuil-relatif-a-la-taille-des-transactions-devant-faire-lobjet-dun-preavis-de-fusion-diminuera-a-93millions-de-dollars-en-2021.html>] [consulté le 12 mars 2022]

⁴¹²⁵ *Ibid.*

⁴¹²⁶ Bureau de la concurrence Canada, Communiqué de presse, « Le seuil relatif à la taille des transactions devant faire l'objet d'un préavis de fusion restera à 93 millions de dollars en 2022 », le 8 février 2022 [en ligne : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2022/02/le-seuil-relatif-a-la-taille-des-transactions-devant-faire-lobjet-dun-preavis-de-fusion-restera-a-93millions-de-dollars-en2022.html>] [consulté le 12 mars 2022]

⁴¹²⁷ Bureau de la concurrence Canada, Communiqué de presse, « Le seuil relatif à la taille des transactions devant faire l'objet d'un préavis de fusion restera à 93 millions de dollars en 2023 », le 3 février 2023 [en ligne : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2023/02/le-seuil-relatif-a-la-taille-des-transactions-devant-faire-lobjet-dun-preavis-de-fusion-restera-a-93millions-de-dollars-en2023.html>] [consulté le 10 septembre 2023]

« lorsqu'un investisseur non-canadien souhaite acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne existante dont la valeur est égale ou supérieure au seuil de l'avantage net établi »⁴¹²⁸. L'article 20 de la loi canadienne sur l'investissement a prévu six facteurs à prendre en compte : l'effet de l'investissement sur le niveau de la nature de l'activité économique au Canada, notamment sur l'emploi, la transformation des ressources, l'utilisation de pièces et d'éléments produits et des services rendus; l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprises canadienne ; l'effet de l'investissement sur la productivité, le rendement industriel, le progrès technologique, la création de nouveaux produits et la diversité des produits ; l'effet de l'investissement sur la concurrence ; la comptabilité de l'investissement avec les politiques en matière industrielle, économique et culturelle ; la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux. Pour déclencher ce type d'examen, le Canada a mis en place un système similaire au droit de la concurrence. La procédure de contrôle ne s'applique que si les seuils sont dépassés. Le Canada a également divisé les investissements en fonction de ses engagements internationaux, et différents seuils ont été appliqués selon qu'il s'agisse d'un investisseur privé issu d'un État membre de l'OMC ou de l'ALENA/ACEUM, de l'AECG et de l'ACCCRU⁴¹²⁹ ; ou d'une entreprise d'État issue d'un pays membre de l'OMC. En 2021, le seuil pour les investisseurs privés originaires d'États membres de l'OMC était de 1043 milliards de dollars canadien, contre 1141 en 2022⁴¹³⁰. Pour les investisseurs privés originaire d'États ayant conclu un traité commercial avec le Canada, le seuil était de 1565 milliards de dollars canadiens en 2021, contre 1711 en 2022⁴¹³¹. Enfin, le seuil pour les entreprises d'État était de 415 millions de dollars canadiens, contre 454 en 2022⁴¹³².

II. Les mesures prises au titre de la sécurité nationale

1252. Le Canada a commencé à appliquer le filtrage des investissements étrangers au titre de la sécurité nationale à partir de 2009 (A). Toutefois, ce n'est qu'à partir du rapport de l'année 2015/2016 que les chiffres concernant les opérations contrôlées ont été divulgués (B).

⁴¹²⁸ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2019-20, p.7

⁴¹²⁹ Accord de continuité commerciale Canada-Royaume-Uni

⁴¹³⁰ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2020-21, p.5 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-22, p.6

⁴¹³¹ *Ibid.*

⁴¹³² *Ibid.*

A. Le régime de contrôle au titre de la « sécurité nationale »

1253. La loi sur l'investissement du Canada date de 1985. Cette loi a été promulguée pour « instituer un mécanisme d'examen des prises de contrôle importantes touchant les entreprises canadiennes en vue de déterminer leur avantage net pour le Canada »⁴¹³³. On considère que « le mécanisme d'examen des investissements étrangers susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale » a été également mis en place en même temps⁴¹³⁴. Cependant, la notion de sécurité nationale n'apparaît officiellement dans la loi sur l'investissement qu'à partir de 2009⁴¹³⁵. Ainsi, ce n'est qu'en 2009 qu'un mécanisme de contrôle des investissements étrangers au titre de la sécurité nationale a été mis en place, comparable à celui établi aux États-Unis. Une nouvelle partie sur le contrôle au titre de la sécurité nationale a été insérée dans la loi sur l'investissement cette année, accompagnée de la promulgation du règlement sur les investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale. Pour rappel, la loi FINSA a été promulguée aux États-Unis en 2007.

1254. Nous avons évoqué, au début de la présente thèse, que la toute première question pour les mesures visant à contrôler les investissements est de définir qui sont « nous », « l'étranger » et « l'ennemi ». Pour le Canada, au lieu d'employer la notion d'étranger, le gouvernement a introduit la notion de non-canadien, définie comme l'individu, le gouvernement, l'organisme ainsi que l'unité (personne morale, société de personnes, fiducie ou coentreprise⁴¹³⁶) qui n'est pas canadien pour le régime de la sécurité nationale⁴¹³⁷. De plus, ce régime nouveau se distingue du régime d'« avantage net » initial, qui distinguait entre les différents investisseurs selon qu'ils étaient originaires de l'OMC, contractuellement engagés avec le Canada ou issus d'entreprises d'État. Les distinctions proposées par cette approche, ainsi que les seuils, disparaissent pour le contrôle effectué au titre de la sécurité nationale.

1255. Le type d'investissement contrôlé au titre de la sécurité nationale comprend non seulement les fusions et acquisitions, soit la catégorie de contrôle traditionnel, mais également les projets de constitution d'une nouvelle entreprise canadienne⁴¹³⁸. De plus, pour avoir plus de possibilité de contrôle, le caractère « canadien » est très étendu dans le cas de la concentration.

⁴¹³³ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2009-10, p.1

⁴¹³⁴ *Ibid.*

⁴¹³⁵ Les différentes versions de la loi sur l'investissement au Canada, datant de 2003 jusqu'à ce jour, sont disponibles sur le site officiel du Canada : [en ligne : <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/I-21.8/PITIndex.html>] [consulté le 14 mars 2022]

⁴¹³⁶ La loi sur Investissement Canada, Article 3

⁴¹³⁷ La loi sur Investissement Canada, Article 3

⁴¹³⁸ La loi sur Investissement Canada, Article 25.1

En effet, sont considérés comme passibles de contrôle toute l'entité qui possède un établissement au Canada ; emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation ; ou dispose d'actifs au Canada pour son exploitation⁴¹³⁹. Une telle définition large des entités canadiennes permet de bloquer une opération entre deux groupes de deux pays tiers si l'entreprise ciblée n'a qu'une entité au Canada. Pour rappel, l'acquisition d'Aixtron SE (groupe allemand) par Grand Chip (groupe chinois) a été initialement approuvée par le gouvernement allemand. Toutefois, le Président Obama a bloqué l'opération le 2 décembre 2016, car l'entreprise cible avait une filiale aux États-Unis jouant un rôle essentiel dans le développement d'un système de missile plus efficace⁴¹⁴⁰. Finalement, l'opération initiale a été refusée par le gouvernement allemand, après un appel entre les États-Unis et l'Allemagne⁴¹⁴¹. S'inspirant de la pratique gouvernementale américaine, une mesure similaire a été intégrée dans la législation du Canada.

1256. La procédure d'examen au titre de la sécurité nationale est initiée par le gouvernement « s'il a des motifs raisonnables de croire que l'investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale »⁴¹⁴². Néanmoins, ce régime est susceptible de changer bientôt, car en décembre 2022, un projet de loi a été introduit au Canada en vue de réformer le régime actuel. La nouvelle loi exige que les investisseurs étrangers aient effectué une déclaration obligatoire avant la mise en œuvre des investissements dans les secteurs d'activités sensibles, et interdit aux investisseurs étrangers de réaliser leurs investissements avant l'expiration des délais fixées par la loi pour le filtrage⁴¹⁴³.

1257. Les informations concernant les contrôles effectués au titre de la sécurité nationale demeurent confidentielles, tout comme aux États-Unis⁴¹⁴⁴. Malgré cette confidentialité, le Canada a également mis en place une procédure de publication de rapports annuels à partir de 2009 pour les mesures relatives à la sécurité nationale⁴¹⁴⁵.

⁴¹³⁹ *Ibid.*

⁴¹⁴⁰ Wolde H.T., Siebold S., « U.S. fears over sensitive compound hits Chinese bid for Aixtron », *Reuters*, *op.cit.*

⁴¹⁴¹ Chazan G., « Fujian drops Aixtron offer after US blocks deal », *Financial Times*, *op.cit.* ; AFT, « US tries to block Chinese purchase of Aixtron », *The Local de*, *op.cit.*

⁴¹⁴² L'article 25.2, la loi sur Investissement Canada

⁴¹⁴³ Gates A., Johnston J., Hamzo N. *et al.*, « Canada introduces legislation to strengthen the National Security Provisions of the Investment Canada Act », *Baker McKenzie*, le 21 décembre 2022 [en ligne: <https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2022/12/21/canada-introduces-legislation-to-strengthen-the-national-security-provisions-of-the-investment-canada-act/>] [consulté le 16 avril 2023]

⁴¹⁴⁴ L'article 35 et 36, la loi sur Investissement Canada

⁴¹⁴⁵ L'article 38.1, la loi sur Investissement Canada

1258. En ce qui concerne la procédure de contrôle, le délai d'examen initial de l'opération a été fixé à 45 jours, et ce délai peut être prolongé de 45 jours⁴¹⁴⁶. Pendant la crise sanitaire, ce délai a été temporairement porté à 60 jours au lieu de 45 jours⁴¹⁴⁷. De plus, la période de prolongation a été doublée, passant de 45 jours à 90 jours⁴¹⁴⁸. Ensuite, si un investissement étudié par le ministre, après consultation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, est considéré comme portant atteinte à la sécurité nationale, l'investissement est soumis à un examen supplémentaire⁴¹⁴⁹, dont le délai est également fixé à 45 jours⁴¹⁵⁰. Cet examen supplémentaire pourrait également être prolongé pour une durée identique⁴¹⁵¹.

1259. Selon les lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements promulguées en mars 2021, les facteurs à prendre en considération par l'administration canadienne sont très similaires à ceux des États-Unis. Ces considérations comprennent les effets potentiels de l'investissement sur les capacités et les intérêts en matière de défense; les effets potentiels de l'investissement sur le transfert de technologies ou de savoir-faire sensible à l'extérieur du Canada ; la participation à la recherche, à la fabrication ou à la vente de biens ou de technologies de défense ; l'incidence possible de l'investissement sur l'approvisionnement de biens et de services essentiels aux Canadiens ou l'approvisionnement de biens et de services au gouvernement; l'incidence possible de l'investissement sur les minéraux critiques et les chaînes d'approvisionnement en minéraux critiques, l'incidence possible de l'investissement sur la sécurité des infrastructures essentielles; la mesure dans laquelle l'investissement risque de permettre la surveillance ou l'espionnage par des intervenants étrangers, la mesure dans laquelle l'investissement pourrait compromettre des activités actuelles ou à venir de représentants du renseignement ou des forces de l'ordre ; la mesure dans laquelle l'investissement pourrait influencer sur les intérêts internationaux, y compris les relations internationales; la mesure dans laquelle l'investissement pourrait mettre en jeu ou faciliter les activités d'acteurs illicites, tels que des terroristes, des organisations terroristes, le crime organisé ou des représentants étrangers corrompus; la mesure dans laquelle

⁴¹⁴⁶ L'article 2, Règlement sur Investissement Canada

⁴¹⁴⁷ En raison de la COVID-19, il y a eu une prolongation temporaire de certains délais dans le processus d'examen de la sécurité nationale.

⁴¹⁴⁸ *Id.*

⁴¹⁴⁹ L'article 25.3, la loi sur Investissement Canada

⁴¹⁵⁰ L'article 4, Règlement sur Investissement Canada

⁴¹⁵¹ L'article 25.3, la loi sur Investissement Canada

l'investissement pourrait permettre d'accéder à des données personnelles sensibles susceptibles d'être utilisées pour nuire à la sécurité nationale par leur exploitation⁴¹⁵².

1260. Afin de prendre en compte ces éléments, plusieurs listes ont été établies pour définir les minéraux critiques du Canada⁴¹⁵³, les infrastructures essentielles⁴¹⁵⁴ et les technologies sensibles⁴¹⁵⁵. En ce qui concerne les infrastructures stratégiques, elles comprennent notamment les infrastructures des secteurs de l'énergie et des services publics, des finances, de l'alimentation, du transport, du gouvernement, des technologies de l'information et de la communication, de la santé, de l'eau, de la sécurité et du secteur manufacturier. Ensuite, les domaines des technologies sensibles incluent les matériaux et la fabrication de pointe, les technologies océaniques évoluées, la détection et la surveillance avancées, l'armement perfectionné, l'aérospatial, l'intelligence artificielle (IA), la biotechnologie, la production, le stockage et le transport d'énergie, les technologies médicales, la neurotechnologie et l'intégration homme-machine, l'informatique de nouvelle génération et l'infrastructure numérique, le positionnement, la navigation et la synchronisation (PNS), la science quantique, la robotique et les systèmes autonomes, ainsi que les technologies spatiales.

1261. Il convient de souligner que le Canada a publié une déclaration politique sur l'examen des investissements étrangers en relation avec la crise en Ukraine en mars 2022. Selon cette nouvelle politique, si un investissement est lié à un particulier ou à une entité associée à l'État russe, l'administration doit automatiquement considérer que l'investissement porte atteinte à la sécurité nationale du Canada⁴¹⁵⁶. Le gouvernement conseille également aux investisseurs non canadiens et entreprises canadiennes « d'examiner attentivement leurs plans d'investissement afin de déceler tout lien potentiel avec des investisseurs et des entités russes prenant part aux investissements de façon majoritaire ou minoritaire »⁴¹⁵⁷.

1262. Le contrôle au titre de la sécurité nationale a accordé plusieurs pouvoirs au gouvernement canadien concernant les investissements étrangers, tels que le pouvoir d'ordonner à l'investisseur de ne pas effectuer l'investissement, ou d'autoriser l'investisseur à

⁴¹⁵² L'article 7, Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements

⁴¹⁵³ Liste des minéraux critiques du Canada

⁴¹⁵⁴ Stratégie nationale sur les infrastructures essentielles

⁴¹⁵⁵ L'Annex A Domaines technologiques sensibles, Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements

⁴¹⁵⁶ Énoncé de politique sur l'examen des investissements étrangers et la crise en Ukraine

⁴¹⁵⁷ *Ibid.*

réaliser l'investissement à la condition qu'il réduise sa participation pour devenir actionnaire minoritaire et renonce à son contrôle sur l'entreprise canadienne⁴¹⁵⁸.

1263. En ce qui concerne le recours contre la décision administrative, il est clairement indiqué à l'article 25.6 de la loi sur Investissement Canada, que toutes les décisions et les ordres sont définitifs et exécutoires, et qu'aucun recours administratif ou appel n'est possible. Toutefois, un recours judiciaire en vertu de la loi sur les Cours fédérales (« *Federal Courts Act* ») est la seule exception, et permet de contester une action gouvernementale. Le nouveau projet de loi de décembre 2022 cherche à renforcer la transparence de la procédure de contrôle et notamment à préciser la possibilité d'un examen judiciaire des décisions administratives concernant les investisseurs étrangers, y compris l'utilisation d'informations sensibles⁴¹⁵⁹.

B. Les opérations soumises au contrôle

1264. Bien que les mesures relatives à la protection de la sécurité nationale aient été mises en place par la législation en 2009 au Canada, les rapports annuels de 2009/2010 jusqu'à 2014/2015 ne mentionnent aucune information sur les investissements qui ont été soumis à des contrôles⁴¹⁶⁰. Ces rapports se concentrent sur les chiffres relatifs aux contrôles traditionnels de l'« avantage net »⁴¹⁶¹. Le rapport de l'année 2015/2016 est le premier à divulguer des informations sur le contrôle au titre de la sécurité nationale⁴¹⁶². Selon ce rapport, 4359 avis et 112 demandes d'examen ont été déposés depuis l'entrée en vigueur des dispositions en mars 2009 jusqu'en mars 2016⁴¹⁶³. Sur ce total, huit investissements ont fait l'objet d'une demande d'un examen approfondi : deux pendant l'année 2012/2013, un pour l'année 2013/2014, quatre pour l'année 2014/2015, un pour l'année 2015/2016⁴¹⁶⁴. Parmi ces huit opérations, trois investissements ont été bloqués, deux ont fait l'objet d'une demande de désinvestissement de l'entreprise canadienne, deux ont fait l'objet de conditions⁴¹⁶⁵, et le dernier investissement a été retiré par l'investisseur⁴¹⁶⁶. Le rapport de 2016/2017 a également fait état de trois décisions de

⁴¹⁵⁸ L'article 25.4, la loi sur Investissement Canada

⁴¹⁵⁹ Gates A., Johnston J., Hamzo N. *et al.*, « Canada introduces legislation to strengthen the National Security Provisions of the Investment Canada Act », *Baker McKenzie, op.cit.*

⁴¹⁶⁰ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2009-2010 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2010-2011 2011-2012 2012-2013 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2013-2014 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2014-2015

⁴¹⁶¹ *Ibid.*

⁴¹⁶² Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2015-2016, p.11

⁴¹⁶³ *Ibid.*

⁴¹⁶⁴ *Ibid.*

⁴¹⁶⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶⁶ *Ibid.*

désinvestissement et de deux autorisations accordées sous conditions⁴¹⁶⁷. Les six dernières années, de 2017/2018 à 2021/2022, montrent que le nombre d'investissements soumis à un examen initial prolongé au titre de la sécurité nationale ne cesse d'augmenter. En effet, le nombre d'investissements soumis à une telle procédure pour l'année 2020/2021 représente presque la somme totale des examens des quatre dernières années, soit 23 contre 27 pour les années précédentes⁴¹⁶⁸. Le tableau ci-dessous fait l'inventaire des informations concernant les contrôles des investissements étrangers de 2016/2017 à 2021/2022⁴¹⁶⁹:

Tableau 2.1 :

Année	2016/2017	2017/2018	2018/2019	2019/2020	2020/2021	2021/2022
Examen initial prolongé	4	4	9	10	23	24
Examen prolongé	5	2	7	7	11	12
Retrait de l'investissement	0	2	2	3	5	7
Conditions imposées	2	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.	n.a.
Décision définitive : Investissement bloqué ou Dessaisissements	3	1	2	3	3	0

1265. Ainsi, à partir du rapport de l'année 2017/2018, les informations concernant les pays d'origine des investisseurs ayant vu leurs projets bloqués ou abandonnés, ainsi que les secteurs concernés des entreprises ciblées, ont été divulgués. Afin de respecter la confidentialité, aucun nom de société n'a en revanche été communiqué. En ce qui concerne les investissements chinois, il semble que ceux-ci ont souvent fait l'objet de refus par l'administration canadienne. Le tableau ci-dessous compare les investissements chinois à ceux d'autres États, selon les informations fournies par les rapports annuels du gouvernement canadien⁴¹⁷⁰.

Tableau 2.2 :

Année	Chine (Nombre et nature/secteur)		Les autres pays ou régions (Pays ou régions/Nombre et nature/Secteur)		
	2012-2013	1(I)	Service d'informatique et services connexes	Russie	1(R)
2013-2014	n.a.		Égypte	1(I)	Service d'informatique et services connexes
2014-2015	1(C)	Autres industries de matériel électronique et de communication	Russie	1(I)	Industries du pétrole brut et du gaz naturel
	1(C)	Autres industries de matériel électronique et de communication	Royaume-Uni	1(D)	Services d'informatique et services connexes

⁴¹⁶⁷ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2016-2017, p.17

⁴¹⁶⁸ Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2020-2021, p.23-24

⁴¹⁶⁹ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-2022, p.28 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2020-2021, p.23-24

⁴¹⁷⁰ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2017-2018, p.24 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2020-2021, p.25-26 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-2022, p.27

2015-2016	1(D)	Industrie de l'équipement de télécommunication	n.a.		
2016-2017	1(C)	Industries de l'équipement de télécommunication	Chypre	1(D)	Transport ferroviaire
	1(C)	Fabrication d'autres types de matériel et de composants électriques			
	1(D)	Autres services de télécommunications			
	1(D)	Construction de navires et d'embarcations			
2017-2018	1(I)	Autres travaux de génie civil	n.a.		
	1(R)	Fabrication de produits pharmaceutiques et de médicaments			
2018-2019	1(D)	Fabrication de moteurs, de turbines et de matériel de transmission de puissance	Singapour	1(R)	Fabrication d'articles de quincaillerie
	1(D)	Services urbains de transport en commun			
	1(R)	Fabrication de machines pour le commerce et les industries de services			
2019-2020	1(D)	Grossistes-marchands d'autres machines, matériel et fournitures	France	1(D)	Activités de soutien au transport aérien
	1(R)	Conception de systèmes informatiques et services connexes	Royaume-Uni	1(R)	Activités liées à l'intermédiation financière
	1(D)	Services de recherche et de développement scientifiques	Luxembourg	1(R)	Services administratifs, services de soutien, services de gestion des déchets et services d'assainissement
2020-2021	1(I)	Extraction de minerais	Emirates arabes unis	1(D)	Conception de systèmes informatiques et services connexes
	1(R)	Construction de routes, de rues et de ponts	Royaume-Uni	1(R)	Activités liées à l'intermédiation financière
	1(R)	Services de recherche et de développement scientifiques			
	1(D)	Autres services de télécommunications			
	1(D)	Laboratoires médicaux et d'analyses diagnostiques			
1(R)	Traitement de données, hébergement de données et services connexes				
2021-2022	1(R)	Traitement de données, hébergement de données et services connexes	Russie	1(R)	Extraction de minerais métalliques
	1(R)	Activités liées à l'intermédiation financière	Jordanie	1(R)	Services de conseils en gestion et de conseils scientifiques et techniques

C : Conditions imposées ; D : Dessaisissement ; I : Investissement bloqué ; R : Retrait

1266. Bien que le gouvernement n'ait pas divulgué les noms des sociétés, des indices permettent de retracer quelles opérations sont concernées. Par exemple, pour l'année 2017/2018,

le refus d'investissement dans l'industrie de la construction de génie civil lourd⁴¹⁷¹ pourrait être lié à l'acquisition proposée par China Communications Construction Company International Holding Ltd de l'entreprise Aecon Group Inc, d'une valeur de 1.5 milliards de dollars canadiens⁴¹⁷². En 2020, le blocage de l'investissement chinois dans le secteur de l'extraction de minerais métalliques semble être lié à l'acquisition proposée par Shandong Gold Mining Co., Ltd (une société chinoise) de TMAC Resources Inc⁴¹⁷³. Cette acquisition, représentant une valeur de 230 millions de dollars, a été bloquée par le gouvernement canadien en raison des tensions entre les États-Unis et la Chine, auxquelles le Canada s'est retrouvé mêlé en raison de la possible extradition de la directrice financière de Huawei, Madame Meng Wanzhou⁴¹⁷⁴.

1267. Hormis les éléments évoqués dans le rapport, il est important de noter la décision du gouvernement canadien de demander aux entreprises chinoises (Sinomine Rare Metals Resources Co., Chengze Lithium International Ltd., et Zangge Mining Investment Co.) de se désinvestir de leurs participations dans trois petites sociétés minières cotées au Canada (Power Metals Corp (PWM.V), Ultra Lithium Inc (ULT.V) et Lithium Chile Inc (LITH.V)), qui prévoyaient de développer des gisements de lithium⁴¹⁷⁵. Ces décisions, prises en novembre 2022, résultent de la volonté du gouvernement, d'une part, de relever le seuil d'entrée des investissements étrangers dans l'industrie canadienne des minéraux critiques⁴¹⁷⁶, et d'autre part, de soumettre automatiquement à un examen approfondi au titre de la sécurité nationale toute acquisition d'actifs par une entreprise d'État dans ce secteur⁴¹⁷⁷. Toutefois, ces sociétés canadiennes ont favorisé l'entrée de capitaux d'investissements stratégiques chinois, apportant non seulement des fonds, mais aussi un soutien en expertise industrielle⁴¹⁷⁸. Enfin, cette nouvelle politique gouvernementale ne concerne pas seulement les sociétés d'État chinoises,

⁴¹⁷¹ Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2018-2019, p.20

⁴¹⁷² CBC News, « Federal government blocks sale of construction giant Aecon to Chinese interests », *CBC*, le 23 mai 2018 [en ligne : <https://www.cbc.ca/news/politics/canada-blocks-aecon-sale-china-1.4675353>] [consulté le 24 février 2022]

⁴¹⁷³ Strong W., « Ottawa blocks Chinese takeover of Nunavut gold mine project after national security review », *CBC, op.cit.*

⁴¹⁷⁴ *Ibid.*

⁴¹⁷⁵ Home A., « Column: Canada slams the door on China in critical minerals race », *Reuters*, le 7 novembre 2022 [en ligne: <https://www.reuters.com/markets/commodities/canada-slams-door-china-critical-minerals-race-2022-11-07/>] [consulté le 25 novembre 2022]

⁴¹⁷⁶ Karim N., « Ottawa takes steps to offset China's dominance of EV supply chain », *Financial Post*, le 1er novembre 2022 [en ligne: https://financialpost.com/commodities/mining/foreign-entry-canada-critical-minerals?_ga=2.183378659.47825842.1669369364-1395101857.1669369364&_gl=1*_1hthol1*_ga*MTM5NTEwMTg1Ny4xNjY5MzY5MzY0*_ga_TF0H3FRKJP*_MTY2OTM4NTMyNi40LjEuMTY2OTM4NTQyOS4yMS4wLjA.] [consulté le 25 novembre 2022]

⁴¹⁷⁷ *Ibid.*

⁴¹⁷⁸ *Ibid.*

mais également les entreprises privées⁴¹⁷⁹. Il est difficile de conclure que les mesures de sécurité nationale sont neutres.

1268. En effet, selon les données des six dernières années, les investisseurs chinois apparaissent de manière anormalement fréquente dans la liste des blocages et des retraits, ce qui semble être en nette disproportion par rapport au nombre et au montant de leurs investissements dans le pays. Les trois derniers rapports démontrent que les investissements en provenance de Chine ne représentent que 4% à 5% du total, tandis que les trois premiers États ou régions (les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Union européenne) représentent 80% de toutes les opérations soumises à la procédure d'« avantage net »⁴¹⁸⁰. Pour l'année 2021/2022, les investissements émanant de la Chine dans le nombre total ont diminué pour atteindre seulement 4%⁴¹⁸¹. Le tableau ci-dessous compare le nombre d'investissements chinois avec ceux provenant d'autres États et régions, en se basant sur les informations fournies dans les rapports annuels canadiens de 2017 à 2022⁴¹⁸².

Tableau 2.3 :

Nombre d'investissements				
Année	Chine	États-Unis	Union européenne	Royaume-Uni ⁴¹⁸³
2017/2018	34	403	202	n.a.
2018/2019	36	564	230	n.a.
2019/2020	41	485	164	184
2020/2021	42	448	146	61
2021/2022	50	731	209	88

1269. Ces chiffres nous montrent que les investissements originaires de Russie sont rares. Cependant, avant le déclenchement de la guerre en Ukraine, des investissements russes figuraient occasionnellement dans la liste des opérations soumises à la deuxième phase de contrôle, notamment avec des décisions de blocage ou de désinvestissement. Depuis mars 2022, les investisseurs russes sont automatiquement soumis à la procédure de contrôle. Il semble ainsi

⁴¹⁷⁹ *Ibid.*

⁴¹⁸⁰ *Id.*, p. 14

⁴¹⁸¹ v. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2019-2020, p.14 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-2022, p. 16 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-2022, p.20

⁴¹⁸² Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2017-2018, p.17 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2018-2019, p.14 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2019-2020, p.15 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2020-2021, p.20 ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-2022, p.21

⁴¹⁸³ Les chiffres du Royaume-Uni ne sont pas disponibles avant son retrait de l'Union européenne.

difficile de ne pas remarquer que la Chine et la Russie paraissent être spécifiquement visées par la procédure de contrôle relative à la sécurité nationale.

§2. L'Australie

1270. Selon le premier rapport du *Foreign Investment Review Board*⁴¹⁸⁴ australien pour l'année 1984/1985, 1 286 propositions d'investissements ont été examinées, dont 1 252 ont été approuvées⁴¹⁸⁵. Parmi ces projets approuvés, 1 159 se sont concrétisés sous forme d'acquisition d'intérêt, tandis que 93 étaient de nouveaux investissements⁴¹⁸⁶. L'Australie semble également avoir largement pratiqué le filtrage des investissements étrangers et la divulgation d'informations sous forme de rapport annuel (I). Par ailleurs, des mesures similaires à celles des États-Unis en matière de protection de la sécurité nationale ont été mises en place en Australie en 2015(II).

1271. Pour rappel, la RSE en Australie n'est pas juridiquement contraignante. Actuellement, les principales missions de l'*Australian Centre for Corporate Responsibility* consistent à publier des recherches et à mener des consultations afin d'aider les entreprises à améliorer leurs pratiques⁴¹⁸⁷. Contrairement à certains pays européens, l'Australie n'a pas mis en place le régime de *golden share*, permettant à l'État d'intervenir en tant qu'« État actionnaire ».

I. Les mesures traditionnelles

1272. L'Australie, plus éloignée géographiquement des États-Unis que le Canada, a adopté une approche différente du contrôle des investissements, bien qu'elle partage quelques similitudes. Par exemple, l'Australie met en place des contrôles spécifiques sur l'acquisition de terres A) et applique par ailleurs un « test d'intérêt national » B). En même temps, tout comme le Canada, l'Australie a divisé les investisseurs originaires de différents pays en plusieurs groupes. Ainsi, les États signataires d'accords de libre-échange avec l'Australie sont désignés comme des « investisseurs régionaux » (« *region investor* »)⁴¹⁸⁸ et bénéficient d'un seuil plus élevé avant le déclenchement d'un contrôle. Ces pays incluent les États-Unis, la Nouvelle-

⁴¹⁸⁴ Le *Foreign Investment Review Board*, créé en 1976, est indépendant du gouvernement d'Australie.

⁴¹⁸⁵ *Foreign Investment Review Board*, Report 1984-85, p.vi

⁴¹⁸⁶ *Ibid.*

⁴¹⁸⁷ ACCSR, *The 10th Year-Progress and Prospects for CSR in Australia and New Zealand*, p.3

⁴¹⁸⁸ Article 5, *Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015*

Zélande, le Chili, le Japon, le Corée, la Chine, le Pérou, Singapour, la région de Hong Kong de la Chine, ainsi que les pays membres du CPTPP⁴¹⁸⁹.

A. Le contrôle sur l'acquisition des terres

1273. L'Australie applique un contrôle rigoureux sur les achats de terres par les investisseurs étrangers, y compris l'achat de terrains résidentiels⁴¹⁹⁰. Ces terrains sont régis par différentes règles en fonction de leur nature.

1) Terrain agricole

1274. Pour les terres agricoles, le seuil de contrôle est de quinze millions de dollars australiens pour les investisseurs privés⁴¹⁹¹. Toutefois, ce seuil a été abaissé à zéro pour les investisseurs non privés, ou les investisseurs gouvernementaux étrangers⁴¹⁹², ce qui indique un renforcement du contrôle de l'achat de terres agricoles par rapport au seuil précédent de 252 millions de dollars australiens avant février 2015⁴¹⁹³. Outre les seuils appliqués aux investisseurs généraux, l'Australie établit également des seuils spécifiques pour les investisseurs des pays ayant signé des accords de libre-échange avec des dispositions particulières pour l'acquisition de terres agricoles⁴¹⁹⁴. Les investisseurs privés des États-Unis, de Nouvelle-Zélande et du Chili bénéficient d'un seuil de 1 250 millions de dollars australiens⁴¹⁹⁵, tandis que les investisseurs non privés sont soumis à un seuil de quinze millions de dollars⁴¹⁹⁶.

2) Terrain commercial

1275. Pour les terrains commerciaux, le seuil de contrôle est de zéro dollar pour tous types d'investisseurs privés pour un terrain vacant, et de 289 millions de dollars australiens s'il s'agit d'un terrain commercial développé⁴¹⁹⁷.

⁴¹⁸⁹ *Ibid.*

⁴¹⁹⁰ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 6 Residential Land », mis à jour le 12 janvier 2022, p. 1

⁴¹⁹¹ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 3 Agricultural Land », mis à jour le 12 janvier 2022, p. 9

⁴¹⁹² *Ibid.*

⁴¹⁹³ Investment Policy Monitor, « Lower screening threshold for agricultural land purchases for foreign investors », Investment Policy Hub, le 1er mars 2015 [en ligne: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/2785/australia-lower-screening-threshold-for-agricultural-land-purchases-for-foreign-investors>] [consulté le 19 mars 2022]

⁴¹⁹⁴ L'article 5, Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015

⁴¹⁹⁵ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 3 Agricultural Land », *op.cit.*, p. 9

⁴¹⁹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁹⁷ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 4 Commercial Land », mis à jour le 12 janvier 2022, p. 1

1276. En relation avec la sécurité nationale, la notion de « terre commerciale aménagée sensible » a été développée⁴¹⁹⁸. En effet, les terrains susceptibles d'accueillir des infrastructures essentielles sont considérés comme sensibles, et leur acquisition par des investisseurs étrangers privés est soumise à un contrôle plus strict. Hormis les infrastructures, d'autres domaines de gestion foncière sont également considérés comme sensibles : le stockage de données en masse pour la formation ou les ressources humaines dans le domaine de la défense, la fabrication ou la fourniture de biens, d'équipements ou de technologies militaires, la technologie de cryptage et de sécurité des systèmes de communication, l'extraction ou l'exploitation liée au nucléaire, les agents biologiques sensibles répertoriés, la production ou le stockage sur site de matériaux réglementés par la loi, les mines ainsi que le pétrole ou le gaz, les communications stockées et les unités de réseau de télécommunications, les serveurs critiques d'une institution de dépôt agréée, les infrastructures publiques ou désignées (telles que l'aéroport ou le port)⁴¹⁹⁹. Le seuil pour déclencher le contrôle de ces terrains sensibles est de 63 millions de dollars australiens⁴²⁰⁰, ou de zéro dollar pour toute acquisition effectuée par un investisseur gouvernemental étranger⁴²⁰¹. Une notion de « terre de sécurité nationale » a ainsi été créée, englobant les locaux de défense conformément à l'article 71A de la loi de *Defence Act* 1903 et les terrains représentés par une agence du renseignement conformément à l'article 4(1) d'*Office of National Intelligence Act* 2018.

1277. De même que les terres agricoles, les investisseurs originaires des pays avec lesquels l'Australie a signé un accord de libre-échange peuvent bénéficier d'un seuil plus élevé, soit 1 250 millions de dollars australiens. Pour les terres commerciales, cette liste est beaucoup plus longue, comprenant le Chili, la Chine, le Japon, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, la Corée du Sud, les États-Unis, et les pays membres du CPTPP⁴²⁰². Le seuil de contrôle est de zéro pour tous types d'investisseurs privés s'il s'agit d'un terrain commercial vacant⁴²⁰³. Cependant, pour les investisseurs gouvernementaux, le seuil est également de zéro dollar, y compris ceux provenant des pays qui ont bénéficié d'une convention internationale⁴²⁰⁴. En ce qui concerne les terres importantes en termes de sécurité nationale, aucun seuil n'est appliqué.

⁴¹⁹⁸ *Id.*, p.6

⁴¹⁹⁹ *Id.*, p.7

⁴²⁰⁰ *Id.*, p.1

⁴²⁰¹ *Ibid.*

⁴²⁰² *Id.*, p.4

⁴²⁰³ *Ibid.*

⁴²⁰⁴ *Ibid.*

3) Terrains miniers

1278. Les investisseurs étrangers doivent solliciter préalablement une autorisation d'investissement avant d'acquérir un intérêt dans un immeuble ou le terrain sous-jacent utilisé pour effectuer une opération minière⁴²⁰⁵. D'une manière générale, le seuil de contrôle pour l'acquisition d'un intérêt dans l'exploitation ou la production minière est de zéro dollar pour tous les investisseurs, qu'ils soient privés ou gouvernementaux⁴²⁰⁶. Les investisseurs gouvernementaux étrangers doivent aviser le Trésor et obtenir son approbation pour toute participation de 10 % ou plus dans les titres d'une entité minière, de production ou d'exploration, quelle qu'en soit la valeur⁴²⁰⁷. Les investisseurs privés du Chili, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis bénéficient d'un seuil exceptionnel de 1 250 millions de dollars australiens⁴²⁰⁸.

4) Contrôle sur l'acquisition des intérêts d'une entité australienne

1279. Hormis les contrôles sur les terres, l'acquisition ou le contrôle d'une entité australienne déclenche généralement des contrôles si un certain seuil est dépassé. Ce seuil est atteint lorsque l'achat dépasse 20% d'intérêt dans une entité australienne, et que le montant de l'investissement dépasse 289 millions de dollars⁴²⁰⁹. Cependant, ce seuil peut être abaissé à 10% pour les agro-industries australiennes, qui sont soumises au même seuil en termes de montant d'investissement⁴²¹⁰. Pour l'acquisition d'une industrie médiatique, quel que soit le montant, le seuil est fixé à 5%⁴²¹¹.

1280. Pour les pays signataires d'un accord de libre-échange avec l'Australie⁴²¹², le seuil est de 1 250 millions de dollars australiens⁴²¹³. Cependant, pour certains secteurs sensibles tels que les transports, les télécommunications, les médias, les industries liées à la défense et à l'armée, l'extraction d'uranium ou de plutonium, ou l'exploitation d'installations nucléaires, le seuil demeure à 289 millions de dollars, tout comme pour les investisseurs privés généraux⁴²¹⁴.

⁴²⁰⁵ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 5 Mining », mis à jour le 12 janvier 2022, p.1

⁴²⁰⁶ *Ibid.*

⁴²⁰⁷ *Ibid.*

⁴²⁰⁸ *Id.*, p.3

⁴²⁰⁹ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 7 Business », mis à jour le 12 janvier 2022, p.4

⁴²¹⁰ *Id.*, p.1

⁴²¹¹ *Ibid.*

⁴²¹² Le Chili, la Chine, le Japon, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, la Corée du Sud, les États-Unis, et les pays membres du CPTPP

⁴²¹³ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 7 Business », *op.cit.*, p.4

⁴²¹⁴ *Ibid.*

B. Test d'intérêt national

1281. Le test d'intérêt national a été introduit en Australie en 1986⁴²¹⁵ pour remplacer l'ancien système fondé sur la notion de « bénéfiques économiques »⁴²¹⁶. Cette nouvelle mesure a été considérée comme plus favorable aux investissements étrangers⁴²¹⁷, car elle demande simplement que l'investissement étranger ne soit pas contraire à l'intérêt national, au lieu d'appliquer le critère des bénéfiques à l'économie australienne pour approuver un investissement⁴²¹⁸.

1282. Comme pour la sécurité nationale, l'intérêt national n'est pas défini par la loi⁴²¹⁹, et le contrôle est à la discrétion du gouvernement australien⁴²²⁰. Le guide fourni par le *Foreign Investment Review Board* (ci-après FIRB) prend en compte les éléments suivants : la sécurité nationale, la compétition, les autres politiques australiennes (y compris l'impôt), l'impact sur l'économie et la communauté, le caractère de l'investisseur⁴²²¹.

1283. La définition vague de la notion d'intérêt national permet au gouvernement australien de bénéficier d'une large discrétion pour rejeter un investissement non désirable⁴²²². Ce type de contrôle, perçu comme très conservateur, a fait l'objet de nombreuses critiques⁴²²³. Néanmoins, malgré ces critiques, ces mesures continuent d'être renforcées, notamment dans le contexte de la remise en question de la mondialisation et du libéralisme, et il est possible de considérer que la crise sanitaire a peut-être également justifié ces renforcements⁴²²⁴.

II. Les mesures prises au titre de la sécurité nationale

1284. Bien que la sécurité nationale ait été l'un des éléments de considération de l'intérêt national, cette notion n'est apparue qu'à partir du rapport annuel du FIRB pour l'année

⁴²¹⁵ Lumsden A., « The “National Interest Test” and Australian Foreign Investment Laws », *UNSW Centre for Law Markets and Regulation*, [s. d.][en ligne: <https://clmr.unsw.edu.au/article/market-conduct-regulation/state-capital/the-%E2%80%9Cnational-interest-test%E2%80%9D-and-australian-foreign-investment-laws#:~:text=The%20national%20interest%20test%20has,of%20Australia's%20foreign%20investment%20policy.>] [consulté le 25 mars 2022]

⁴²¹⁶ Foreign Investment Review Board, Report 1986-87, p.2

⁴²¹⁷ *Ibid.*

⁴²¹⁸ *Ibid.*

⁴²¹⁹ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

⁴²²⁰ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 11 Protecting the National Interest: Guiding Principles for Developing Conditions », mis à jour le 1er janvier 2021, p. 2

⁴²²¹ *Ibid.*

⁴²²² Moore D., Lai M., Zhang I., « Foreign Direct Investment Regimes – Australia », *ICLG.com*, [s. d.] [en ligne: <https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and-regulations/australia>] [consulté le 26 mars 2022]

⁴²²³ Lumsden A., « The “National Interest Test” and Australian Foreign Investment Laws », *op.cit.*

⁴²²⁴ *Ibid.*

2001/2002, soit quinze ans après la naissance du test d'intérêt national⁴²²⁵. Dans ce rapport, le FIRB a conseillé au Trésor de prendre en compte la sécurité nationale comme un élément pour évaluer si une proposition d'investissement allait à l'encontre de l'intérêt national de l'Australie⁴²²⁶. Cependant, l'ajout de la sécurité nationale à la liste des éléments à considérer a nécessité une coopération entre différents départements et organismes gouvernementaux de l'État, ce qui avait été préparé depuis plusieurs années⁴²²⁷. Enfin, dans le rapport de 2007/2008, les nouveaux principes ont inclus la sécurité nationale et ont été publiés par le Trésor le 18 février 2008⁴²²⁸. Par la suite, le FIRB a travaillé sur un projet de loi sur la sécurité nationale et les « industries stratégiques »⁴²²⁹. En conséquence, pendant plusieurs années, la sécurité nationale n'était qu'une notion mentionnée dans le guide du test d'intérêt national et n'avait pas été mise en place de manière concrète⁴²³⁰.

1285. Finalement, l'Australie a promulgué le Règlement des acquisitions et des prises de contrôle étrangères en 2015, où ont été introduites les notions d'industries sensibles⁴²³¹ et d'infrastructures essentielles⁴²³². L'Australie a suivi le chemin des États-Unis et a introduit des mesures similaires au titre de la sécurité nationale afin de filtrer les investissements étrangers. En janvier 2017, un centre d'infrastructure essentielle a été créé afin de rassembler l'expertise et les capacités de l'Australie pour traiter le sujet de la sécurité nationale⁴²³³. Nous avons observé que non seulement le régime s'est en réalité constitué tardivement (A), mais aussi que les informations divulguées sont lacunaires dans les rapports annuels fournis par le FIRB sur les opérations soumises au contrôle en comparaison aux rapports canadiens et américains(B).

A. Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale

1286. La loi australienne a défini tardivement la notion de sécurité nationale. Cette notion n'a pas été mentionnée ni dans la loi de *Foreign Acquisitions and Takeovers Act* de 1975, ni dans

⁴²²⁵ Foreign Investment Review Board, Report 2001-02, p.10

⁴²²⁶ *Ibid.*

⁴²²⁷ Foreign Investment Review Board, Report 2001-02, p.10; Foreign Investment Review Board, Report 2002-03, p.11; Foreign Investment Review Board, Report 2003-04, p.8; Foreign Investment Review Board, Report 2005-06, p.8

⁴²²⁸ Foreign Investment Review Board, Report 2006-07, p.50

⁴²²⁹ *Id.*, p. 57

⁴²³⁰ Foreign Investment Review Board, Report 2007-08, p.8; Foreign Investment Review Board, Report 2008-09, p.8; Foreign Investment Review Board, Report 2009-10, p.7; Foreign Investment Review Board, Report 2010-11, p.7; Foreign Investment Review Board, Report 2011-12, p.41; Foreign Investment Review Board, Report 2012-13, p.44; Foreign Investment Review Board, Report 2013-14, p.42

⁴²³¹ Article 22, Foreign Acquisitions and Takeovers Regulations 2015

⁴²³² Article 31, Foreign Acquisitions and Takeovers Regulations 2015

⁴²³³ Foreign Investment Review Board, Report 2016-17, p.7

le règlement de *Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation* de 2015. Elle est apparue pour la première fois en 2018, dans la loi de *Security of Critical Infrastructure Act* de 2018. Selon l'article 5 de cette loi, la sécurité nationale fait référence à la défense, à la sécurité ou aux relations internationales de l'Australie. Une explication plus détaillée sur cette notion est fournie dans le guide publié par le FIRB, qui est régulièrement mis à jour. Selon le guide mis à jour en avril 2022, la protection de la sécurité nationale repose sur deux motifs essentiels. Le premier motif concerne la prise de contrôle par des investisseurs étrangers d'infrastructures essentielles et d'autres actifs sensibles susceptibles de donner aux services de renseignement étrangers la possibilité de mener des activités d'espionnage, de sabotage ou d'autres activités contraires aux intérêts de sécurité nationale de l'Australie⁴²³⁴. Le deuxième motif concerne la compromission continue des actifs des infrastructures essentielles, ce qui pourrait entraîner des conséquences en cascade ayant un impact significatif sur l'économie et la sécurité nationale de l'Australie⁴²³⁵. Comparé aux États-Unis et au Canada, les motifs de contrôle au titre de la sécurité nationale en Australie demeurent plus vagues et obscurs, ce qui laisse la possibilité de considérer tout investissement étranger comme indésirable en se fondant sur l'un ou l'autre de ces motifs.

1287. Les mesures mises en place par l'Australie ont été influencées de manière significative par les États-Unis. Les activités soumises à un contrôle englobent à la fois les industries sensibles et les infrastructures essentielles. En ce qui concerne les industries sensibles, l'Australie a établi une liste des domaines ayant trait à la sécurité nationale dans l'article 8AA du règlement de *Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation* de 2015 (ci-après FATR), qui englobe des secteurs tels que l'infrastructure essentielle, la télécommunication, la défense, le stockage de données classifiées et les données personnelles. Parallèlement, la notion d'affaires sensibles a été créée conformément à l'article 21 du FATR, incluant des activités dans des secteurs tels que les médias, la télécommunication, le transport, les industries militaires, y compris la formation et les ressources humaines pour la fabrication de biens, d'équipements ou de technologies, le cryptage, la sécurité et les systèmes de communication, l'extraction d'uranium et de plutonium, ainsi que l'installation nucléaire⁴²³⁶. La notion d'infrastructure essentielle est également définie de manière générale par une liste indicative, comprenant les infrastructures publiques telles que les aéroports, les ports, l'infrastructure pour le transport

⁴²³⁴ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 8 National Security », mis à jour le 12 avril 2022, p.1

⁴²³⁵ *Ibid.*

⁴²³⁶ Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015, article 22

public, l'infrastructure pour l'électricité, le gaz, l'eau, l'infrastructure pour le traitement des eaux usées et les services de distribution associés, ainsi que la télécommunication⁴²³⁷. En 2018, la notion d'« infrastructure critique » (« *critical infrastructure* »), empruntée aux États-Unis, a fait l'objet d'une loi séparée, la *Security of Critical Infrastructure Act* de 2018, principalement pour définir la procédure de contrôle. En 2021, des réformes ont été apportées aux mesures de contrôle des investissements étrangers par le biais de la loi de *Security Legislation Amendment (Critical Infrastructure) Act* de 2021 (ci-après SLACI Act), et la liste des affaires sensibles a été étendue grâce à un nouveau règlement, le *Security of Critical Infrastructure (Definitions) Rules* de 2021, ainsi que ses règles d'application⁴²³⁸. Ces nouvelles législations ont été qualifiées par les praticiens comme les réformes les plus substantielles en matière d'examen des investissements étrangers en Australie depuis plus de 20 ans⁴²³⁹. De nouveaux types d'infrastructures ont été ajoutés à la liste, notamment le carburant liquide, l'infrastructure de fret critique, l'infrastructure des marchés financiers, la diffusion, le secteur bancaire, l'assurance, la retraite, l'alimentation et l'épicerie, le système de nom de domaine critique (« *critical domain name systems* »)⁴²⁴⁰, la télécommunication, le stockage ou le traitement de données, l'hôpital, l'opérateur du marché de l'énergie et le transport public⁴²⁴¹. En mars 2022, le SLACI Act a également fait l'objet de modifications visant à introduire des obligations en termes de cybersécurité pour les actifs les plus critiques, ainsi qu'un programme de gestion des risques pour l'infrastructure critique⁴²⁴². Ce programme exige que les responsables d'entités possédant un ou plusieurs actifs d'infrastructures essentielles établissent un programme visant à identifier les dangers potentiels pour les actifs et à mettre en place des mesures pour minimiser ou éliminer ces risques. Ces modifications prévoient également que les responsables sont tenus de produire un rapport annuel⁴²⁴³.

1288. L'Australie a défini une personne étrangère comme une personne physique qui ne réside pas habituellement dans le pays. Pour les personnes morales, une société est considérée « étrangère » si elle est détenue de manière substantielle par une personne physique résidant à l'étranger, une société étrangère ou un gouvernement étranger⁴²⁴⁴. De plus, une société est

⁴²³⁷ *Id.*, article 5

⁴²³⁸ Security of Critical Infrastructure (Application) Rules 2021

⁴²³⁹ Chudleigh C., Jennings M., Haigh B., « Overhaul of Australia's Foreign Investment Regime Proposed », *HFW*, juin 2021 [en ligne : <https://www.hfw.com/Overhaul-of-Australias-foreign-investment-regime-proposed>] [consulté le 23 novembre 2022]

⁴²⁴⁰ Security of Critical Infrastructure (Definitions) Rules 2021, article 7 au 16

⁴²⁴¹ Critical Infrastructure (Definitions) Rules 2021, article 17

⁴²⁴² Security Legislation Amendment (Critical Infrastructure Protection) Act 2022, article 4

⁴²⁴³ *Id.*, article 30 AA

⁴²⁴⁴ Foreign acquisitions and takeovers act 1975, article 4

classée comme « étrangère » si plus de deux personnes physiques ou morales étrangères détiennent un intérêt substantiel global dans cette société⁴²⁴⁵. Les investisseurs étrangers gouvernementaux sont également inclus dans cette définition de « personne étrangère »⁴²⁴⁶. Ils peuvent être sous la forme d'entités gouvernementales distinctes ou d'entreprises et de fiduciaires dans lesquelles le gouvernement a un intérêt substantiel cumulé (« *aggregate substantial interest* »)⁴²⁴⁷.

1289. En ce qui concerne le déclenchement de la procédure, l'Australie s'inspire du régime américain en établissant une déclaration volontaire en principe, mais rend la déclaration obligatoire dans certaines circonstances. Il est obligatoire de déclarer l'acquisition de terres considérées comme importantes pour la sécurité nationale, les nouveaux investissements ou les acquisitions dans des industries sensibles qui relèvent de la sécurité nationale⁴²⁴⁸. La déclaration obligatoire a été mise en place grâce à un nouveau règlement promulgué en décembre 2021⁴²⁴⁹, qui permet également à l'administration d'intervenir au titre de la sécurité nationale même si l'investissement n'est pas soumis à la procédure de déclaration obligatoire⁴²⁵⁰. L'administration doit rendre une décision dans un délai de 30 jours⁴²⁵¹, mais ce délai peut être étendu à 90 jours avec notification écrite au demandeur, et à nouveau à 90 jours avec une ordonnance provisoire⁴²⁵². Il convient de noter que ce délai a été prolongé à six mois pendant la période de Covid en 2020⁴²⁵³.

1290. Enfin, en ce qui concerne le droit de recours contre la décision du FIRB, les investisseurs étrangers n'ont aucun droit de recours administratif ou judiciaire contre les décisions prises en vertu de la loi de *Foreign Acquisitions and Takeovers Act* de 1975⁴²⁵⁴. Plus précisément, l'article 1 de l'annexe 1 de la loi d'*Administrative Decision (Judicial Review) Act* de 1977

⁴²⁴⁵ *Ibid.*

⁴²⁴⁶ Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015, article 17

⁴²⁴⁷ Foreign acquisitions and takeovers act 1975, article 4

⁴²⁴⁸ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 8 National security », mis à jour le 12 avril 2022, p.3

⁴²⁴⁹ Chudleigh C., Jennings M., Haigh B., « Overhaul of Australia's Foreign Investment Regime Proposed », *HFW*, *op.cit.*

⁴²⁵⁰ Australian Government Foreign Investment Review Board, « Guidance 8 National security », mis à jour le 12 avril 2022, p.3

⁴²⁵¹ Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015, article 66

⁴²⁵² *Ibid.*

⁴²⁵³ Foreign Investment Review Board, « Q&A – Temporary changes to foreign investment framework », [s.n.] [en ligne: <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>] [consulté le 30 mars 2022]

⁴²⁵⁴ Sanyal K., Australia's foreign investment policy, Publication de Parlement d'Australie [s. d.] [en ligne : https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/BriefingBook44p/AustForeignInvest] [consulté le 19 août 2022]

prévoit que les décisions prises en vertu des FATA n'entrent pas dans le champ d'application du contrôle judiciaire.

B. Les opérations soumises au contrôle

1291. Ce n'est qu'à partir du rapport concernant l'année 2014/2015 publié par le FIRB que des informations relatives aux contrôles effectués au titre de la sécurité nationale ont été rendues publiques⁴²⁵⁵. Selon ce rapport, tous les projets d'investissement présentant un risque pour la sécurité nationale ont été approuvés sous certaines conditions⁴²⁵⁶. Cependant, contrairement au Canada et aux États-Unis, l'Australie n'a pas fourni des données détaillées sur ces contrôles, telles que les données concernant les pays d'origine des investisseurs soumis au contrôle ou les secteurs de ces investissements. En effet, seules des données générales ont été communiquées concernant les contrôles réalisés au nom de l'intérêt national, incluant non seulement des questions de sécurité nationale, mais aussi de concurrence, de fiscalité et d'autres motifs. Les chiffres présentés dans ces rapports sont en réalité un agrégat de l'ensemble des procédures. Par exemple, les chiffres rapportés pour l'année 2019/2020 et 2020/2021 couvrent également l'approbation d'acquisitions de terrains à usage résidentiel et commercial⁴²⁵⁷. En effet, près de 33% des projets approuvés relèvent de la catégorie des terrains résidentiels, commerciaux, agricoles, de la pêche et forestiers, tandis que 6% concernent le développement de l'exploration minière⁴²⁵⁸. La situation est assez similaire pour les années 2018/2019 et 2017/2018⁴²⁵⁹.

1292. Après la promulgation de la loi de *Security of Critical Infrastructure Act* en 2018, le ministère de l'Intérieur de l'Australie a publié son premier rapport annuel de 2020/2021, notamment en ce qui concerne les données relatives aux infrastructures essentielles. De 2020 à 2021, l'administration a reçu 212 notifications de changement de contrôle⁴²⁶⁰, et 153 pour la période de 2021 à 2022⁴²⁶¹. Cependant, pour l'année 2020/2021, aucune décision ministérielle a été prise pour demander des mesures d'atténuations visant à réduire les risques pour la sécurité

⁴²⁵⁵ Foreign Investment Review Board, Report 2014-15, p.21

⁴²⁵⁶ *Ibid.*

⁴²⁵⁷ Foreign Investment Review Board, Report 2019-20, p.23; Foreign Investment Review Board, Report 2020-21, p.30

⁴²⁵⁸ *Id.*, p.26

⁴²⁵⁹ Foreign Investment Review Board, Report 2018-19, p.21

⁴²⁶⁰ Security of Critical Infrastructure Act 2018 2020-21 Annual Report, p.4

⁴²⁶¹ Appendix I: Security of Critical Infrastructure Act 2018 – 2021–22 Annual Report [en ligne: <https://www.transparency.gov.au/annual-reports/department-home-affairs/reporting-year/2021-22-25>] [consulté le 18 avril 2023]

nationale liés aux changements du contrôle⁴²⁶². De plus, le rapport de l'année suivante n'a pas divulgué de données relatives au contrôle⁴²⁶³.

1293. En ce qui concerne plus particulièrement les investisseurs chinois, ils ont investi massivement dans l'industrie minière australienne, se classant juste derrière les États-Unis en 2017/2018, avec un montant d'investissement approuvé total de 3.8 milliards de dollars australiens⁴²⁶⁴, puis de 2.7 milliards de dollars australiens en 2018/2019⁴²⁶⁵. Cependant, en 2019/2020, sous l'influence de la crise sanitaire et le renforcement du contrôle, ce montant a été réduit à 0.8 milliards de dollars australiens⁴²⁶⁶. En 2020/2021, le montant d'investissement émanant d'investisseurs chinois a considérablement augmenté, et la moitié de leurs investissements ont été dirigés vers l'immobilier, atteignant ainsi 6.3 milliards de dollars australiens⁴²⁶⁷. Toutefois, les investissements dans l'agriculture, la finance et l'assurance, le secteur manufacturier et le secteur des services ne représentent que 7.3 milliards de dollars australiens⁴²⁶⁸.

1294. En résumé, ni les rapports annuels produits par le FIRB, ni ceux publiés par le ministère de l'Intérieur australien ne divulguent des informations détaillées sur les contrôles relatifs à la sécurité nationale. Les projets soumis au contrôle gouvernemental n'ont été portés à la connaissance du public que par le biais des médias. Par exemple, les opérations suivantes, rejetées par le gouvernement australien, sont devenues publiques grâce aux médias. En 2018, l'opération d'une valeur de 207 millions de dollars australiens entre CC Logistics (une filiale de HNA International, un groupe chinois) et Rand Refrigerated Logistics (groupe australien) a été annulée en raison du retard dans la prise de décision par le FIRB⁴²⁶⁹. En novembre de la même année, l'acquisition proposée par le consortium dirigé par CK Asset Holding Ltd (société hongkongaise) d'APA Group (société australienne) a été abandonnée après que le Trésor australien a considéré que le projet d'acquisition était « contraire à l'intérêt national »⁴²⁷⁰. En

⁴²⁶² *Id.*, p.5

⁴²⁶³ *Ibid.*

⁴²⁶⁴ Foreign Investment Review Board, Report 2017-18, p.33

⁴²⁶⁵ Foreign Investment Review Board, Report 2018-19, p.25

⁴²⁶⁶ Foreign Investment Review Board, Report 2019-20, p.30

⁴²⁶⁷ Foreign Investment Review Board, Report 2020-21, p.34

⁴²⁶⁸ *Ibid.*

⁴²⁶⁹ Est, « CC Logistics Pty Ltd cancelled the acquisition of unknown stake in Rand Refrigerated Logistics, Harris Refrigerated Transport Pty Ltd, Scott's Refrigerated Freightways PTY LTD and JAT Refrigerated Road Services Pty Ltd from Automotive Holdings Group Limited. », *MarketScreener*, *op.cit.*

⁴²⁷⁰ Matsumoto F., « Australia rejects Hong Kong's bid for pipeline operator », *Nikkei Asia*, le 21 novembre 2018 [en ligne: <https://asia.nikkei.com/Business/Business-deals/Australia-rejects-Hong-Kong-group-s-bid-for-pipeline-operator>] [consulté le 1er avril 2022]

2019, l'acquisition par Jangho Hong Kong Ltd de Healius Ltd (société australienne) d'une valeur de deux milliards de dollars australiens a été bloquée par le FIRB, car l'acquisition pourrait compromettre les dossiers médicaux des forces de défense australiennes, y compris ceux des forces spéciales d'élite⁴²⁷¹. En 2020, le rachat de Lion Dairy par China Mengniu Dairy Co Ltd d'une valeur de 600 millions dollars a été bloqué par le Trésor australien, qui a considéré le projet comme contraire à l'intérêt national⁴²⁷².

1295. Selon les informations divulguées par les médias susmentionnés, les investisseurs chinois ont été spécifiquement ciblés au titre de la protection de l'intérêt national. Toutefois, comme c'est le cas pour le Canada, le volume des investissements chinois en Australie est nettement inférieur par rapport aux investissements provenant des États-Unis, du Japon, du Royaume-Uni et des Pays-Bas de 2010 à 2015⁴²⁷³. En 2015, la Chine ne représentait plus que 4.8% de tous les investissements en Australie, tandis que les États-Unis avaient contribué à hauteur de 23.6% des investissements dans le pays⁴²⁷⁴. Selon le rapport 2019/2020, la Chine était devenue la sixième plus grande source d'investissements en Australie⁴²⁷⁵, contrairement à l'année précédente où elle se classait cinquième⁴²⁷⁶. En 2020/2021, la Chine était devenue la quatrième plus grande source d'investissements en Australie, mais la moitié de ces investissements étaient axés sur l'immobilier⁴²⁷⁷. En ce qui concerne le montant et le nombre d'investissement, les refus subis par les investisseurs chinois sont disproportionnés par rapport à ceux des investisseurs originaires d'autres États.

§3. Le Royaume-Uni

1296. Chaque année depuis 2016, le Royaume-Uni a connu une diminution des investissements étrangers⁴²⁷⁸. Cette tendance s'explique notamment par la baisse des investissements à l'échelle mondiale et par la récession importante, bien que temporaire, due à

⁴²⁷¹ Uhlmann C., « Chinese firm's takeover plan raises concern in Canberra over access to ADF medical records », *The Sydney Morning Herald*, le 12 août 2019 [en ligne : <https://www.smh.com.au/politics/federal/chinese-firm-s-takeover-plan-raises-concern-in-canberra-over-access-to-adf-medical-records-20190812-p52gd5.html>] [consulté le 1er avril 2022]

⁴²⁷² Kehoe J., « China Mengniu takeover of Lion Dairy collapses », *Financial Review*, 25 août 2020 [en ligne : <https://www.afr.com/companies/manufacturing/china-mengniu-takeover-of-lion-dairy-collapses-20200825-p55p0w>] [consulté le 6 mars 2022]

⁴²⁷³ Foreign Investment Review Board, Report 2015-16, p.11

⁴²⁷⁴ *Id.*, p.10

⁴²⁷⁵ Foreign Investment Review Board, Report 2019-20, p.38

⁴²⁷⁶ *Ibid.*

⁴²⁷⁷ Foreign Investment Review Board, Report 2020-21, p.34

⁴²⁷⁸ U.S. Department of State, « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », [s.n.] [en ligne : <https://www.state.gov/reports/2021-investment-climate-statements/united-kingdom/>] [consulté le 5 avril 2022]

la pandémie de Covid-19⁴²⁷⁹. Comme d'autres pays du *Common Law*, le Royaume-Uni a mis en place des mesures traditionnelles pour réglementer les investissements (I) et a tardivement développé un régime de contrôle au titre de la sécurité nationale en 2020 (II).

I. Les mesures traditionnelles

1297. Contrairement à l'Australie ou au Canada, le Royaume-Uni n'a pas instauré un système similaire se fondant sur la notion d'intérêt national ou d'« avantage net »⁴²⁸⁰. Le Royaume-Uni est reconnu comme une destination de premier plan pour les investissements directs étrangers et impose peu de restrictions à la propriété étrangère⁴²⁸¹.

1298. Comme tous les pays, le Royaume-Uni a mis en place des mesures de contrôle concernant certaines industries. Ces contrôles sur les investissements peuvent prendre la forme de licences ou d'autorisations à obtenir pour certains secteurs spécifiques⁴²⁸², ou un contrôle effectué au titre du droit de la concurrence⁴²⁸³. Toutefois, ce type de contrôle s'applique de manière identique aux investisseurs nationaux et étrangers. En même temps, le Royaume-Uni est largement sensibilisé aux questions de responsabilité sociale des entreprises (« *corporate social responsibility* »), notamment en ce qui concerne l'environnement, les ressources humaines, y compris la santé et le bien-être⁴²⁸⁴. Une fois de plus, cette stratégie s'applique de manière égale aux investisseurs nationaux et étrangers. Il convient toutefois de noter que ces mécanismes de RSE ne sont pas juridiquement contraignants.

1299. En ce qui concerne les projets de fusions et acquisitions, l'outil juridique de la *golden share* est un régime inventé par le gouvernement anglais en réponse au processus de privatisation des entreprises publiques, permettant ainsi au gouvernement d'intervenir pour éviter un changement de contrôle indésirable⁴²⁸⁵. En pratique, on peut observer que le gouvernement acquerrait la *golden share* au prix de valeur nominale, soit 1 livre sterling, pour les entreprises publiques nouvellement privatisées, et elle accordait généralement 15% des

⁴²⁷⁹ *Ibid.*

⁴²⁸⁰ Potter A., Long K., « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », *The LawReviews*, le 17 octobre 2021 [en ligne: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/united-kingdom#footnote-063>] [consulté le 5 avril 2022]

⁴²⁸¹ U.S. Department of State, « The Foreign Investment Regulation Review: United Kingdom », *op.cit.*

⁴²⁸² Par exemple, le secteur de communication est réglementé par l'Office of Communications (Ofcom), l'eau par le Water Services Regulation Authority (Ofwat), l'électricité, le gaz et l'énergie par l'Office of Gas and Electricity Market (Ofgem), le nucléaire par l'Office for Nuclear Regulation, et l'aviation, par le Civil Aviation Authority. Il existe également: l'Office of Rail and Road, le Payment Systems Regulator et le Gambling Commission.

⁴²⁸³ Competition Act of 1998

⁴²⁸⁴ U.S. Department of State, « The Foreign Investment Regulation Review: United Kingdom », *op.cit.*

⁴²⁸⁵ Committee on International Development, « Eighth Report Annex II the Golden Share », juin 1998

droits de vote, permettant ainsi de « bloquer toute entrée au capital d'un investisseur étranger »⁴²⁸⁶. Toutefois, le nombre d'entreprises dont le gouvernement anglais a détenu les *golden share* est assez limité, soit vingt-quatre entreprises⁴²⁸⁷, la plupart situées dans les secteurs de la défense ou du nucléaire, telle que Rolls-Royce, BAE Systems, ou QinetiQ⁴²⁸⁸. Une fois de plus, ce droit de veto conservé par le gouvernement anglais n'est pas destiné uniquement à filtrer les investissements étrangers, ou les investisseurs originaires des pays du BRICS qui ont d'ailleurs été spécifiquement ciblés dans le cadre de la sécurité nationale⁴²⁸⁹. Cet outil sert également à réguler les investissements des investisseurs nationaux ou originaires de pays alliés.

1300. Cependant, en 1998, la Commission européenne a lancé un recours contre le Royaume-Uni⁴²⁹⁰, argumentant que les dispositions de la *golden share* limitaient la possibilité d'acquérir des actions avec droit de vote. Par ailleurs, elle a également estimé que la procédure d'autorisation relative à la cession des avoirs de cette société, au contrôle de ses filiales et à sa liquidation était incompatible avec la libre circulation des capitaux telle que prévue dans les articles 43 CE et 56 CE⁴²⁹¹. Aussi, le fait que le gouvernement détenait plus de 15% des droits de vote « pouvant être exprimé[s] lors du vote de toute décision au cours de toute assemblée générale de la société »⁴²⁹² a conduit la Cour à conclure que ces pratiques constituaient « une restriction aux mouvements de capitaux entre les États membres »⁴²⁹³.

1301. À la suite de la décision rendue par la CJUE, le gouvernement s'est vu contraint de restreindre l'emploi de la *golden share*. En 2012, le ministère de la Défense du Royaume-Uni a renoncé à son droit de veto sur toutes les activités de l'entreprise QinetiQ, une entreprise spécialisée dans l'industrie de la défense⁴²⁹⁴. Toutefois, le gouvernement a continué à conserver d'autres formes de contrôle afin de protéger la sécurité nationale, comme par exemple le pouvoir d'empêcher une participation d'un investisseur jugée trop importante⁴²⁹⁵. Pendant la

⁴²⁸⁶ Pailleret A., Bryden D., Hildebrand B., « Investissements étrangers dans le secteur de la défense – Encadrement en France, au Royaume-Uni et en Allemagne », *JCP E*, n°27, 2 juillet 2015, p. 41

⁴²⁸⁷ *Ibid.*

⁴²⁸⁸ Potter A., Long K., « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », *The LawReviews*, *op.cit.*

⁴²⁸⁹ i.e., les investisseurs d'origine BRIC

⁴²⁹⁰ *CJCE*, 13 mai 2003, *aff C-98/01*, *Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*

⁴²⁹¹ *Id.*, paragr.1

⁴²⁹² *Id.*, paragr.11

⁴²⁹³ *Id.*, paragr.41 et paragr.44

⁴²⁹⁴ Straus R., « Ministry of Defence gives up QinetiQ veto right to help firm compete more effectively », *Thisismoney*, le 30 mars 2012 [en ligne: <https://www.thisismoney.co.uk/money/markets/article-2122735/Ministry-Defence-gives-QinetiQ-veto-right-help-firm-compete-effectively.html>] [consulté le 9 septembre 2022]

⁴²⁹⁵ *Ibid.*

même année, le *UK Department for Business, Innovation and Skills* a accepté d'examiner les dispositions relatives à la *golden share* avec l'accord des actionnaires de Rolls-Royce afin d'assouplir le contrôle⁴²⁹⁶. En effet, les dispositions historiques conclues entre le gouvernement et la société prévoient de restreindre l'enregistrement des « actions détenues par les étrangers », en imposant une « limite de participation étrangère individuelle » de 15%⁴²⁹⁷. Cette société est non seulement un constructeur d'automobiles de luxe britannique, mais joue également un rôle important dans les secteurs de la défense terrestre, aérienne, maritime et sous-marine⁴²⁹⁸.

1302. Cependant, dans le contexte d'un retour marqué de la souveraineté, du Brexit et du repli du libéralisme, en 2021, le président du *Defense Select Committee* a confirmé que 250 entreprises britanniques du FTSE 250 (« *Financial Times Stock Exchange Index* »), dont la capitalisation se situait entre la 101^e et la 350^e place, devraient également être protégées par le mécanisme de la *golden share* afin d'empêcher l'acquisition de sociétés stratégiques telles que Rolls-Royce et BAE par les investisseurs étrangers⁴²⁹⁹. En mars 2022, une offre publique d'achat sur une société spécialisée dans la motorisation aéronautique, proposée par Rolls-Royce, aurait pu être bloquée par le gouvernement britannique, qui détenait toujours une *golden share* valable⁴³⁰⁰. Actuellement, nous n'avons pas plus d'informations concernant une éventuelle décision gouvernementale sur ce sujet. Toutefois, les médias ont signalé un changement d'attitude du gouvernement britannique. Au lieu de relâcher les restrictions, il réaffirme que le régime de la *golden share* permet une intervention gouvernementale visant à s'assurer qu'aucun investisseur étranger ne puisse détenir plus de 15% d'une société comme Rolls-Royce⁴³⁰¹.

1303. En conséquence, après le *Brexit*, l'outil de la *golden share* a fait son retour au Royaume-Uni, s'inscrivant ainsi dans une tendance mondiale de renforcement des contrôles sur les

⁴²⁹⁶ Pailleret A., Bryden D., Hildebrand B., « Investissements étrangers dans le secteur de la défense – Encadrement en France, au Royaume-Uni et en Allemagne », *op.cit.*, p. 41

⁴²⁹⁷ Barham R., Owen-Howes R., « New controls over foreign investment in UK strategic infrastructure? The legal background to the threat of increased state intervention », *Dentons*, le 24 novembre 2016 [en ligne: <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2016/november/24/new-barriers-to-foreign-investment-in-uk-strategic-infrastructure>] [consulté le 9 septembre 2022]

⁴²⁹⁸ Lee J., « Flying the flag for GB! Rolls-Royce will remain British in spite of foreign investment », *Express*, le 2 juillet 2022 [en ligne: <https://www.express.co.uk/news/science/1633474/rolls-royce-british-defence-foreign-investment-bae-systems-china>] [consulté le 18 avril 2023]

⁴²⁹⁹ Tovey A., Evans R., Burton L., « Britain must take « golden share » in defence firms like Meggitt, say MPs », *The Telegraph*, le 4 août 2021 [en ligne: <https://www.telegraph.co.uk/business/2021/08/04/britain-must-take-golden-share-defence-firms-like-meggitt-say/>] [consulté le 9 septembre 2022]

⁴³⁰⁰ Muller A., « Rolls-Royce Falls Back as Golden Share Reality Damps Merger Talk », *Bloomberg*, le 28 mars 2022 [en ligne: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-03-28/rolls-royce-falls-back-as-golden-share-reality-damps-merger-talk?leadSource=verify%20wall>] [consulté le 9 septembre 2022]

⁴³⁰¹ Lee J., « Flying the flag for GB! Rolls-Royce will remain British in spite of foreign investment », *Express*, *op.cit.*

investissements étrangers. Dès lors, la pratique de la *golden share* n'est plus aussi neutre qu'elle l'était auparavant, lorsqu'elle s'appliquait tant aux investisseurs privés nationaux qu'aux investisseurs étrangers. Au contraire, elle est devenue un outil « politique » dans le cadre de la souveraineté de l'État.

II. Les mesures prises au titre de la sécurité nationale

1304. Le régime de contrôle lié à la notion de sécurité nationale a été mis en place tardivement au Royaume-Uni (A). Les opérations ne sont soumises au contrôle qu'à partir de 2018 (B).

A. Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale

1305. Le Royaume-Uni, tout comme les États-Unis, dispose d'un régime traditionnel de contrôle qui confère au secrétaire d'État le droit d'intervenir en cas de changement de contrôle d'entreprises de fabrication au titre de l'intérêt public, conformément à l'article 13 de la loi *Industry Act* de 1975. Cet article permet au secrétaire d'État d'interdire le changement de contrôle, ou de restreindre la réalisation du projet s'il existe une probabilité sérieuse et immédiate de changement de contrôle d'une entreprise de fabrication importante et que ce changement de contrôle serait contraire aux intérêts du Royaume-Uni ou à ceux d'une partie substantielle (« *interests of any substantial part* ») du Royaume-Uni. Toutefois, cette possibilité est assez limitée car elle exige que le secrétaire d'État soit convaincu de sa nécessité pour protéger l'intérêt national, compte tenu de toutes les circonstances, et qu'aucun autre moyen approprié ne puisse assurer cette protection⁴³⁰². La notion d'intérêt national fait référence aux notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, qui ont été introduites dans l'article 13 susmentionné en 1998⁴³⁰³.

1306. Ce régime est similaire au régime initial mis en place aux États-Unis, et permet à une personne de mettre un projet d'acquisition à l'arrêt en cas d'urgence. Toutefois, si une telle urgence est déclarée, elle pourrait avoir un impact significatif sur les relations diplomatiques entre deux pays. Par exemple, les présidents des États-Unis sont réticents à utiliser un tel pouvoir pour bloquer un projet d'investissement, ce qui est également le cas au Royaume-Uni et pourrait expliquer pourquoi l'État ne publie aucune information sur l'utilisation de cette disposition depuis sa promulgation⁴³⁰⁴.

⁴³⁰² Article 13 (3), *Industry Act* 1975

⁴³⁰³ *Industry Act* 1975, article 13 (7)

⁴³⁰⁴ Potter A., Long K., « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », *The LawReviews*, *op.cit.*

1307. Plus tard, l'article 42 de la loi *Enterprise Act* de 2002 a élargi les possibilités d'intervention. Le champ d'application n'est plus limité au changement de contrôle des entreprises de fabrication, mais s'étend à la fusion et l'acquisition de manière générale⁴³⁰⁵. De plus, la définition de l'« intérêt national » est prévue à l'article 58 de cette même loi. La première version de cet article faisait référence au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations »). En effet, l'article 21 du règlement n° 139/2004 interdisait aux États membres d'appliquer leur législation nationale sur la concurrence aux concentrations de dimension communautaire. Néanmoins, des exceptions étaient prévues à l'alinéa 3 de l'article 21, concernant la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Cette référence a été maintenue jusqu'au Brexit à la fin de 2020 et a été supprimée depuis le 31 décembre 2020. Aujourd'hui, l'intérêt national comprend la liberté d'expression des médias⁴³⁰⁶, la pluralité des médias⁴³⁰⁷, l'intérêt de maintenir la stabilité du système financier britannique⁴³⁰⁸ et les urgences de santé publique⁴³⁰⁹. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 42 de la loi *Enterprise Act* de 2002 permet au secrétaire d'État de modifier ou d'ajouter de nouveaux éléments à la définition de l'intérêt national. Il convient de signaler que le gouvernement britannique peut également intervenir sur les concentrations au titre du droit de la concurrence, en plus de l'intérêt national. L'alinéa 2 de l'article 42 susmentionné a ainsi permis au *Competition and Markets Authority* (ci-après CMA) d'intervenir dans le cadre de leur droit de réglementation en matière de concurrence ou de contrôle spécifique de leur secteur.

1308. Un régime similaire à celui du CFIUS a été mis en place tardivement par le Royaume-Uni. Le régime de filtrage au titre de la sécurité nationale a été mis en œuvre grâce à la modification de la loi *Enterprise Act* de 2002 et à la promulgation de la nouvelle loi qu'est la *National Security and Investment Act* de 2021 (ci-après NSI). Ces mesures ont nécessité plusieurs années de préparation. Tout d'abord, un livre blanc a été publié le 17 octobre 2017, et la consultation s'est terminée le 16 octobre 2018⁴³¹⁰. Ce livre blanc a donné lieu à la mise en œuvre de mesures à court terme, dont la modification de l'*Enterprise Act* de 2002 en 2020 (ci-après *Ordre 2020*)⁴³¹¹. Ensuite, un autre livre blanc a été publié en juillet 2018 qui, s'appuyant

⁴³⁰⁵ Article 42, *Enterprise Act* 2002

⁴³⁰⁶ *Enterprise Act* 2002, article 58 (2A)

⁴³⁰⁷ *Id.*, article 58 (2B) et (2C)

⁴³⁰⁸ *Id.*, article 58 (2D)

⁴³⁰⁹ *Id.*, article 58 (2E)

⁴³¹⁰ National security and infrastructure investment review, le 17 October 2017

⁴³¹¹ *Enterprise Act* 2002: guidance on changes to the turnover and share of supply tests for mergers (*Orders* 2020), p. 5

sur le premier, proposait des mesures plus détaillées en vue de la promulgation de la nouvelle loi NSI⁴³¹², qui n'est entrée en vigueur qu'en janvier 2022.

1309. Par le biais de ces modifications, il est possible d'estimer que le Royaume-Uni a établi un régime similaire à celui des États-Unis⁴³¹³. En effet, l'article 6 de la NSI instaure également un régime de déclaration obligatoire. Comme le montrent les pratiques de plusieurs pays anglo-saxons, les réglementations sur la liste des industries considérées comme sensibles sont promulguées par le secrétaire d'État. La dernière mise à jour de cette liste d'industries sensibles, intitulé « *National Security and Investment Act : guidance on notifiable acquisitions* », date de juillet 2022. Selon ce guide, 17 industries sont listées, à savoir : les matériaux avancés, la robotique avancée, l'intelligence artificielle, le nucléaire civil, la communication, le matériel informatique, les fournisseurs critiques du gouvernement, l'authentification cryptographique, l'infrastructure de données, la défense, l'énergie, le militaire et les services à double usage, les technologies quantiques, les technologies satellitaires et spatiales, les fournisseurs de services d'urgence, la biologie de synthèse et le transport⁴³¹⁴. Des définitions détaillées de ces 17 industries ont également été fournies dans ce guide. Par exemple, les matériaux avancés comprennent : les composites avancés, les métaux et alliages, les polymères techniques et d'ingénierie, les céramiques mécaniques et techniques, les textiles techniques, les métamatériaux, les semi-conducteurs, les matériaux et dispositifs photoniques et optoélectroniques, la graphène et les matériaux 2D associés, la nanotechnologie, les matériaux critiques et autres matériaux⁴³¹⁵.

1310. Ensuite, le Royaume-Uni a également suivi la voie des États-Unis et du Canada en incluant, dans le champ d'application du contrôle, les filiales de groupes internationaux situées au Royaume-Uni. L'article 7 de la NSI a introduit la notion d'entité éligible, définissant ainsi qu'une entité exerçant des activités au Royaume-Uni ou fournissant des biens ou des services à des personnes au Royaume-Uni est considérée comme une entité éligible. Une autre notion est celle d'actif éligible, englobant les terrains, les biens meubles corporels, les idées, les informations ou les techniques ayant une valeur industrielle, commerciale ou toute autre valeur économique, ainsi que les secrets commerciaux, les bases de données, le code source, les

⁴³¹² *Ibid.*

⁴³¹³ Mobley S.J., Mann S., Evans R., Ricketts A., « National Security and Investment Act to enter into full force on 4 January 2022 », *Foreign Investment and National Security Blog*, le 28 juillet 2021 [en ligne: <https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2021/07/28/national-security-and-investment-act-to-enter-into-full-force-on-4-january-2022-2/>] [consulté le 5 avril 2022]

⁴³¹⁴ National Security and Investment Act : guidance on notifiable acquisitions, mise à jour le 20 juillet 2022

⁴³¹⁵ *Ibid.*

algorithmes, les formules, les dessins, les plans, les dessins et devis et le logiciel. La prise de contrôle de ces entités et actifs, s'ils se trouvent parmi les 17 industries sensibles, est soumise à une procédure de déclaration obligatoire. Par ailleurs, la tendance à bloquer un projet d'acquisition par le biais d'une filiale située dans un pays tiers de l'entreprise ciblée deviendra de plus en plus fréquente avec le renforcement du filtrage dans tous ces États.

1311. Les autres projets sont soumis à une procédure de déclaration volontaire. Toutefois, pour les projets qui ne relèvent pas de la déclaration obligatoire et qui n'ont pas été déclarés volontairement, le gouvernement conserve le pouvoir d'intervention s'il estime qu'il existe un risque pour la sécurité nationale⁴³¹⁶.

1312. Le contrôle se décompose en plusieurs phases : d'une part, en ce qui concerne la procédure de déclaration volontaire et obligatoire, un délai de période d'examen initial est de 30 jours⁴³¹⁷. D'autre part, s'il s'agit d'un projet soumis à l'intervention du gouvernement, la période d'évaluation est de 30 jours⁴³¹⁸. Ensuite, ces examens initiaux pourront être étendus par un délai supplémentaire de 45 jours⁴³¹⁹. Il est à noter que la demande d'information n'est pas prise en compte pour le calcul de délai⁴³²⁰.

1313. Enfin, la décision peut faire l'objet d'un appel concernant la légalité d'une décision de fond ou d'autres décisions⁴³²¹. Aux États-Unis, comme nous l'avons mentionné, l'investisseur ne peut contester que le fait que la procédure de contrôle soit opaque et manque de transparence sur les informations non classifiées, comme l'illustre l'affaire Ralls. Il ne peut donc pas contester le bien-fondé de l'invocation du motif de sécurité nationale. Cela ne semble pas être le cas au Royaume-Uni.

1314. En ce qui concerne le rapport annuel, déjà appliqué dans d'autres pays, la loi NSI a également prévu, à l'article 61, que le rapport annuel doit inclure le nombre de déclarations obligatoires acceptées et rejetées, ainsi que le délai moyen de traitement⁴³²². La loi est entrée en vigueur en janvier 2022, et un premier rapport a été publié en juin 2022 couvrant la période allant du 4 janvier 2022 au 31 mars 2022.

⁴³¹⁶ National Security and Investment Act 2021, article 1

⁴³¹⁷ *Id.*, article 14(9) et article 18(9)

⁴³¹⁸ *Id.*, article 23(3)(a)

⁴³¹⁹ *Id.*, article 23(3)(b)

⁴³²⁰ *Id.*, article 24

⁴³²¹ *Id.*, article 49

⁴³²² L'article 61(2), National Security and Investment Act 2021

B. Les opérations soumises au contrôle

1315. Le Royaume-Uni n'effectuait que rarement des contrôles sur les investissements étrangers au titre de la sécurité nationale avant 2020 (1). Depuis la publication de l'Ordre 2020, en attendant l'entrée en vigueur de la future loi NSI en janvier 2022 (2), les mesures de filtrage des investissements étrangers sont devenues un outil juridique régulièrement employé par le gouvernement.

1) Avant la publication de l'Ordre 2020

1316. À la différence des autres pays anglo-saxons, les archives concernant le Royaume-Uni ne font pas état de nombreux blocages de projets d'acquisitions au titre de la sécurité nationale avant l'Ordre 2020. En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'*Enterprise Act* en 2002 jusqu'à 2018, seulement treize opérations ont fait l'objet d'une intervention du gouvernement, dont dix ayant donné lieu à des mesures appliquées à court terme, une opération ayant été abandonnée sans que des conditions supplémentaires aient été imposés, et une autre est toujours en cours⁴³²³. Ainsi, parmi ces treize opérations soumises à un contrôle au titre de la sécurité nationale, quatre l'ont été en raison de la protection de la pluralité des médias et une dernière concerne la stabilité du marché financier britannique⁴³²⁴. Par ailleurs, malgré l'intervention gouvernementale, aucune de ces treize opérations n'a été interdite au nom de l'intérêt public⁴³²⁵.

1317. Ensuite, c'est en 2019 que les deux premières opérations ont été soumises aux contrôles au titre de la sécurité nationale vis-à-vis des investisseurs privés dans le capital et ont obtenu l'autorisation du Royaume-Uni. La première concerne l'acquisition de Inmarsat Plc par Connect Bidco Limited. L'opération a d'abord été examinée par l'autorité de concurrence⁴³²⁶. Connect Bidco Limited était un consortium composé d'entreprises américaines et canadiennes, notamment des sociétés de plan de retraite⁴³²⁷. Le ministère de la Défense a identifié deux problèmes liés à la sécurité nationale : l'accès non autorisé aux données sensibles de défense et de sécurité après le changement de contrôle, et le potentiel de transfert des services dans un pays étranger qui pourrait conduire à l'interruption de service, ce qui pourrait avoir un impact

⁴³²³ Potter A., Long K., « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », *The LawReviews*, *op.cit.*

⁴³²⁴ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb*, le 22 septembre 2020 [en ligne: <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/uk-government-prohibits-acquisition-of-uk-supplier-of-military-aircraft-components>] [consulté le 7 avril 2022]

⁴³²⁵ *Ibid.*

⁴³²⁶ Competition and Market Authority, *Connect Bidco / Inmarsat merger inquiry*, publié le 16 juillet 2019

⁴³²⁷ Department for Digital, Culture, Media & Sport and The Rt Hon Baroness Nicky Morgan, *Proposed Acquisition of Inmarsat plc by Connect Bidco Ltd: Consultation Notice*, p. 1

important sur les opérations militaires⁴³²⁸. Ensuite, l'opération a été autorisée par le secrétaire d'État dans une décision publiée le 9 octobre 2019⁴³²⁹ après l'accord pour mettre en œuvre des mesures d'atténuation visant à maintenir les niveaux de sécurité existantes et à mettre en place des contrôles améliorés pour protéger les informations et technologies sensibles contre tout accès non autorisé, ainsi que l'engagement de maintenir une société enregistrée au Royaume-Uni pour garantir que les services restent sous la juridiction du Royaume-Uni⁴³³⁰. La deuxième concerne l'acquisition de Cobham Plc par AI Convoy Bidco Limited⁴³³¹. Cobham Plc était une société qui fournissait des produits et services dans l'industrie de défense, les marchés de l'aérospatial et de l'espace⁴³³². Les acheteurs étaient Advent et Blackstone, et l'opération a été réalisée via AI Convoy Bidco⁴³³³. Après d'avoir obtenu les autorisations de l'Australie, de la France et la Finlande⁴³³⁴, l'opération a également obtenu l'accord du Royaume-Uni⁴³³⁵.

1318. Cependant, les autorités de la concurrence ont été très actives dans le contrôle des opérations importantes. En 2019, deux grandes opérations ont été abandonnées ou bloquées. Il s'agit d'abord de la fusion entre Experian Plc (groupe irlandais) et Clear Score Technology (groupe anglais), abandonnée en raison de la réticence de la *British Competition and Markets Authority*⁴³³⁶. Ensuite, la deuxième concerne l'acquisition de J Sainsbury (groupe anglais) de la filiale de Walmart, ASDA Group of United Kingdom, qui a été bloquée pour empêcher la fusion des numéros deux et trois du marché de l'épicerie⁴³³⁷. En effet, la *British Competition and Markets Authority* a considéré que la fusion entre les deux entraînerait une diminution substantielle de la concurrence sur un certain nombre de marchés au Royaume-Uni⁴³³⁸. En 2020, la fusion d'une valeur de 199 millions de dollars entre Prosafe SE (groupe norvégien) et Floatel

⁴³²⁸ *Id.*, p.1-2

⁴³²⁹ Department for Digital, Culture, Media & Sport and The Rt Hon Baroness Nicky Morgan, Proposed Acquisition of Inmarsat plc by Connect Bidco Limited, le 9 octobre 2019

⁴³³⁰ Department for Digital, Culture, Media & Sport and The Rt Hon Baroness Nicky Morgan, Proposed Acquisition of Inmarsat plc by Connect Bidco Ltd: Consultation Notice, p. 2

⁴³³¹ Competition and Market Authority, A report to the Secretary of State for Business, Energy & Industrial Strategy on the anticipated acquisition by AI Convoy Bidco Limited of Cobham Plc, publié le 29 octobre 2019

⁴³³² *Id.*, p.8

⁴³³³ *Ibid.*

⁴³³⁴ *Ibid.*

⁴³³⁵ Department for Business, Energy & Industrial Strategy and The Rt Hon Andrea Leadsom PM, Decision relating to the proposed acquisition of Cobham Plc by AI Convoy Bidco Limited, le 20 décembre 2019

⁴³³⁶ Velez R.F., « Experian drops planned acquisition of rival ClearScore », *S&P Global Market Intelligence*, *op.cit.*

⁴³³⁷ Competition & Markets Authority, Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd – Final Report, 25 avril 2019

⁴³³⁸ *Id.*, p. 6

(groupe américain) a été abandonnée après une enquête de concurrence menée par le Royaume-Uni⁴³³⁹ et le gouvernement norvégien⁴³⁴⁰.

1319. En analysant ces cas, on peut conclure que le gouvernement britannique n'interdit que rarement une opération pour des raisons de sécurité nationale⁴³⁴¹. En revanche, le droit de la concurrence est un outil plus fréquemment utilisé.

2) Après la publication de l'Ordre 2020

1320. La situation change en 2020 après la publication de l'« *Enterprise Act 2002: guidance on changes to the turnover and share of supply tests for mergers* » (ci-après Ordre 2020).

1321. Par la suite, deux propositions de fusions et acquisitions ont été abandonnées en raison de l'intervention du gouvernement britannique au titre de la sécurité nationale. Ces deux sociétés ont été ciblées par le même acquéreur chinois. La première était Mettis Aerospace (ci-après Mettis), dont l'acquisition a été proposée par Aerostar, via Ligeance Aerospace Technology Co (ci-après Ligeance)⁴³⁴². La deuxième était Impcross Ltd dont l'acquisition a été proposée par la filiale de Ligeance Aerospace Technology Co, qui s'appelait Gardner Aerospace Holdings Ltd (ci-après Gardner)⁴³⁴³. Tant Ligeance qu'Aerostar étaient des sociétés chinoises⁴³⁴⁴. En ce qui concerne Gardner, cette dernière était un fabricant de pièces pour l'industrie aérospatiale⁴³⁴⁵. La plupart de ses ventes ont été réalisées directement auprès d'Airbus ou d'autres fournisseurs dont les produits sont ensuite montés sur les avions d'Airbus⁴³⁴⁶.

1322. Pour l'opération de Mettis, le gouvernement anglais intervenait de sa propre initiative fin 2019⁴³⁴⁷, car le régime de déclaration obligatoire n'a pas encore été mis en place. En février 2020, la proposition a fait l'objet d'un rapport de la part de la *Competition and Markets*

⁴³³⁹ Case Hub, « Prosafe/Floatel International », *Lexisnexis UK, op.cit.*

⁴³⁴⁰ Energy Facts Staff Writer, « Prosale announced extension of merger agreement with Floatel International », *Energy Facts, op.cit.*

⁴³⁴¹ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb, op.cit.*

⁴³⁴² Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Decision relating to the proposed acquisition of Mettis Aerospace by Aerostar, decision notice, le 26 février 2020, p. 1

⁴³⁴³ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Proposed acquisition of Impcross by Gardner Aerospace: draft undertakings, publié le 17 juin 2020, p.1

⁴³⁴⁴ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Decision relating to the proposed acquisition of Mettis Aerospace by Aerostar, decision notice, le 26 février 2020, p. 1

⁴³⁴⁵ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb, op.cit.*

⁴³⁴⁶ *Ibid.*

⁴³⁴⁷ *Ibid.*

Authority (ci-après CMA). Après avoir conclu qu'il n'y avait pas de risque relatif au droit de la concurrence⁴³⁴⁸, la CMA a signalé que la question de la sécurité nationale pourrait faire l'objet d'un examen pendant la deuxième phase du contrôle⁴³⁴⁹. L'opération a ensuite été annulée par l'acquéreur.

1323. En ce qui concerne l'acquisition d'Impcross par Gardner pour une valeur de 9 millions de livres sterling⁴³⁵⁰, le gouvernement britannique intervenait de sa propre initiative en décembre 2019, le même jour que pour l'opération de Mettis⁴³⁵¹. La CMA a constaté l'existence d'un risque pour la sécurité nationale dès la première phase de contrôle⁴³⁵², car Impcross était un fabricant britannique de pièces aérospatiales, notamment pour les avions militaires⁴³⁵³. Il faut souligner que le Royaume-Uni a durci le contrôle des investissements étrangers dans les industries militaires et à double usage en 2018. Au lieu de déclencher le contrôle pour les acquisitions dont le montant est supérieur à 70 millions de livres, le seuil est abaissé à 1 million de livres sterling pour l'intervention gouvernementale⁴³⁵⁴. L'acquisition d'Impcross entrait bien dans le cadre d'une intervention gouvernementale après ce renforcement et cette modification du seuil de déclenchement du contrôle. Enfin, le secrétaire d'État a conclu qu'il existait des risques car si l'opération se réalisait, des informations relatives au gouvernement britannique pourraient être divulguées à l'investisseur chinois. L'enquête a été arrêtée en février 2020, lorsque l'acquéreur a annoncé l'abandon du projet. Selon des informations divulguées par les médias, cela s'explique par les préoccupations du gouvernement concernant la capacité aérospatiale du Royaume-Uni, la sauvegarde des données sensibles, la compétence et la capacité de fabrication au sein d'Impcross, ainsi que la protection de l'avantage opérationnel du Royaume-Uni⁴³⁵⁵. Malgré les décisions d'abandonner ces acquisitions, prises par l'acquéreur chinois⁴³⁵⁶, le gouvernement britannique a exigé que Gardner n'ait pas conclu

⁴³⁴⁸ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Decision relating to the proposed acquisition of Mettis Aerospace by Aerostar: CMA report, le 13 février 2020, p. 1

⁴³⁴⁹ *Id.*, p. 7

⁴³⁵⁰ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb, op.cit.*

⁴³⁵¹ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Proposed acquisition of Impcross by Gardner Aerospace: draft undertakings, publié le 17 juin 2020, p.1

⁴³⁵² *Ibid.*

⁴³⁵³ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *op.cit.*

⁴³⁵⁴ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb, op.cit.*

⁴³⁵⁵ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Proposed acquisition of Impcross by Gardner Aerospace: draft undertakings, *op.cit.*, p.2

⁴³⁵⁶ Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb, op.cit.*

d'accord ayant des effets similaires⁴³⁵⁷. Ces deux cas sont considérés, par les praticiens britanniques, comme les rares occurrences où le gouvernement a effectivement interdit une opération en se fondant sur les risques pour la sécurité nationale⁴³⁵⁸. Ils estiment également que les mesures visant à empêcher Gardner de contracter des engagements ayant un effet similaire, vont plus loin qu'auparavant⁴³⁵⁹.

1324. Le gouvernement britannique a également été intervenu dans l'acquisition d'ARM par NVIDIA (entreprise américaine) à partir de janvier 2021⁴³⁶⁰. Il a considéré qu'il existait à la fois des risques en matière de concurrence et de sécurité nationale, en lançant une deuxième phase de contrôle⁴³⁶¹. Finalement, en février 2022, NVIDIA a décidé d'abandonner l'opération⁴³⁶².

1325. En octobre 2021, la fusion entre Meggitt (équipementier aéronautique) et Parker-Hannifin (entreprise américaine), d'une valeur de 6,3 milliards de livres sterling, a également suscité l'attention au Royaume-Uni en raison de préoccupations liées à la sécurité nationale⁴³⁶³. Parker-Hannifin a pu mener à bien cette opération après que TransDigm ait été contrainte d'annuler son propre projet d'acquisition sous la pression du gouvernement⁴³⁶⁴. L'achèvement de cette fusion a été rendu possible grâce à des mesures d'atténuation, notamment le maintien de la technologie, des usines et du siège de Meggitt au Royaume-Uni, ainsi que la condition selon laquelle la majorité des membres du conseil d'administration de Meggitt devaient être de nationalité britannique⁴³⁶⁵.

1326. Pendant la même année 2021, l'acquisition de Bacanora Lithium par Ganfeng Lithium a soulevé des préoccupations parmi les ministres et les investisseurs en raison du risque croissant de voir la Chine monopoliser le marché de l'extraction du lithium, ce qui aurait pu

⁴³⁵⁷ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Proposed acquisition of Improcross by Gardner Aerospace-decision notice, 20 juillet 2020, §3

⁴³⁵⁸ *Ibid.*

⁴³⁵⁹ *Ibid.*

⁴³⁶⁰ Competition and Markets Authority, NVIDIA / Arm merger inquiry, publié le 6 janvier 2021, mis à jour le 8 février 2022

⁴³⁶¹ *Ibid.*

⁴³⁶² Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition by NVIDIA Corporation of ARM Limited Cancellation of merger reference, le 8 février 2022

⁴³⁶³ Le Figaro avec AFP, « Aéronautique : la fusion de Meggitt et Parker-Hannifin inquiète Londres », *Le Figaro*, le 19 octobre 2021

⁴³⁶⁴ Ryan C., « TransDigm Drops Meggitt Chase, Clearing Path for Lower Offer », *op.cit.*

⁴³⁶⁵ *Ibid.*

représenter une menace pour la sécurité nationale britannique⁴³⁶⁶. Toutefois, aucune intervention officielle n'a été annoncée sur le site du gouvernement. Finalement, selon les médias, l'opération aurait été finalisée en août 2022 pour un montant de 253 millions de dollars américains⁴³⁶⁷.

1327. L'achat d'Ultra Electronics par Cobham, détenu par un fonds américain, est considéré comme une acquisition sensible et a fait l'objet d'interventions de la part des pouvoirs politiques depuis août 2021⁴³⁶⁸. Ultra Electronics était un prestataire majeur des forces armées, notamment auprès de la Royal Navy pour laquelle elle participait à la fabrication de sonars. L'opération a donné lieu à une intervention le 18 août 2021, et un rapport a été transmis au Secrétaire d'État le 13 janvier 2022⁴³⁶⁹. Le 3 juillet 2022, un rapport a été publié, faisant état du risque que certains services et équipements essentiels pourraient cesser de fonctionner, être vendus ou transférés à l'étranger, ainsi que des risques pour la sécurité de l'approvisionnement à l'appui des capacités stratégiques critiques et la sauvegarde des informations sensibles⁴³⁷⁰. Des mesures d'atténuation ont été proposées par les deux parties afin de réduire efficacement les risques pour la sécurité nationale, et aucune enquête complémentaire n'a été demandée selon la décision finale publiée le 6 juillet 2022⁴³⁷¹.

1328. Le 16 novembre 2022, l'administration a ordonné à l'investisseur chinois Nexperia de rétrocéder au moins 86% des parts de Newport Wafer Fab, la plus grande usine de semi-conducteurs du Royaume-Uni⁴³⁷², au motif de la préservation de la sécurité nationale⁴³⁷³, alors que l'achat fut finalisé en juillet 2021 pour un montant de 68 millions de livres sterling⁴³⁷⁴.

⁴³⁶⁶ Kettley S., « Boris Johnson sent China warning as Xi eyes up UK's £285m lithium goldmine », *Express.co.uk*, le 8 décembre 2021 [en ligne: <https://www.express.co.uk/news/science/1532771/boris-johnson-china-warning-xi-jinping-uk-bacanora-lithium-miner-takeover>] [consulté le 7 avril 2022]

⁴³⁶⁷ Ning S., « Ganfeng Pays USD253 Million for UK's Bacanora to Acquire World's Biggest Lithium Mine Project », *Yicai Global*, le 11 août 2022 [en ligne: <https://www.yicai.com/news/china-ganfeng-to-pay-usd253-million-to-take-control-of-lithium-clay-project-in-mexico>] [consulté le 19 août 2022]

⁴³⁶⁸ Latribune.fr, « Rachat d'Ultra Electronics par Cobham : Londres interdit le partage d'informations sensibles et saisit le régulateur », *La Tribune*, le 19 août 2021

⁴³⁶⁹ Competition and Markets Authority, Cobham / Ultra Electronics merger inquiry, publié le 19 août 2021, mis à jour le 17 janvier 2022

⁴³⁷⁰ Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition of Ultra Electronics Holdings PLC by Cobham Ultra Acquisitions Limited Notice of proposed undertaking offered by the parties, publié le 3 juillet 2022, p1-2

⁴³⁷¹ Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition of Ultra Electronics Holdings PLC by Cobham Ultra Acquisitions Limited Notice of acceptance of undertaking given by Cobham Ultra Acquisitions Limited and Ultra Electronics Holdings PLC pursuant to Paragraph 3(2) of Schedule 7 to the Enterprise Act 2002, publié le 6 juillet 2022, p.2

⁴³⁷² BBC, « New Newport Wafer Fab: 'No decision' on chip plant's sale to Chinese firm », *BBC*, le 2 février 2022

⁴³⁷³ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Acquisition of NewPort Wafer Fab by Nexperia BV: notice of Final Order, le 16 novembre 2022

⁴³⁷⁴ BBC, « New Newport Wafer Fab: 'No decision' on chip plant's sale to Chinese firm », *BBC*, le 2 février 2022

Cette décision a été prise selon une procédure spécifique et dans un délai limité⁴³⁷⁵. Pour parvenir à cette conclusion, le gouvernement a analysé les possibles impacts sur la technologie et le savoir-faire qui pourraient découler d'une éventuelle relocalisation des activités de semi-conducteurs composés sur le site de Newport, ainsi que le potentiel de ces activités à compromettre les capacités du Royaume-Uni⁴³⁷⁶. La localisation du site faciliterait l'accès à l'expertise et au savoir-faire technologique du South Wales Cluster, et les liens entre le site et le Cluster pourraient entraver la participation du Cluster à de futurs projets liés à la sécurité nationale⁴³⁷⁷. Selon Nexperia, « le gouvernement britannique a choisi de ne pas engager de dialogue significatif avec Nexperia, ni même de visiter le site de Newport Wafer Fab »⁴³⁷⁸.

1329. Enfin, lorsque la loi NSI est entrée en vigueur en janvier 2022, le premier rapport annuel⁴³⁷⁹ a été publié en juin 2022, couvrant la période du 4 janvier 2022 au 31 mars 2022. Pendant cette période, le Royaume-Uni a reçu 222 déclarations, dont 196 notifications sont entrées dans la catégorie des déclarations obligatoires, une seule opération a été contrôlée de manière rétrospective, et le reste était constitué de déclarations volontaires⁴³⁸⁰. Au total, 80% des dossiers ont été approuvés⁴³⁸¹, avec seulement sept dossiers de déclarations obligatoires et une déclaration volontaire rejetées⁴³⁸². Le deuxième rapport a été publié en juillet 2023⁴³⁸³, avec 866 déclarations, parmi lesquelles 671 notifications étaient dans le cadre de la déclaration obligatoire, quinze ont été contrôlées de manière rétrospective par le gouvernement et 180 concernaient des déclarations volontaires⁴³⁸⁴. Pour cette année, 43 déclarations ont été rejetées⁴³⁸⁵, représentant 5% de l'ensemble des déclarations. Comme dans d'autres pays, l'administration britannique n'a pas divulgué plus d'informations sur le détail de ces opérations rejetées. Cependant, des informations générales sur les industries concernées par les contrôles entrant dans la phrase d'examen renforcé sont communiquées. Plus de 40% des opérations

⁴³⁷⁵ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Acquisition of NewPort Wafer Fab by Nexperia BV: notice of Final Order, le 16 novembre 2022

⁴³⁷⁶ *Ibid.*

⁴³⁷⁷ *Ibid.*

⁴³⁷⁸ Loukil R., « Le chinois Nexperia sommé par Londres de rétrocéder ses parts dans le fondeur de puces Newport Wafer Fab », *l'UsineNouvelle*, le 17 novembre 2022 [en ligne : <https://www.usinenouvelle.com/article/le-chinois-nexperia-somme-par-londres-de-retrocéder-ses-parts-dans-le-fondeur-de-puces-newport-wafer-fab.N2068122>] [consulté le 23 novembre 2022]

⁴³⁷⁹ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, National Security and Investment Act 2021: Annual Report 2022, juin 2022

⁴³⁸⁰ *Id.*, p. 10

⁴³⁸¹ *Id.*, p. 11

⁴³⁸² *Ibid.*

⁴³⁸³ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, National Security and Investment Act 2021: Annual Report 2022-2023 1st April 2022-31 March 2023, juillet 2023

⁴³⁸⁴ *Id.*, p. 5

⁴³⁸⁵ *Ibid.*

soumises au contrôle renforcé se situent dans le secteur militaire et à double usage, suivies par 35% dans le secteur de la défense, puis 35% pour les fournisseurs stratégiques du gouvernement, et plus de 20% dans l'infrastructure des données⁴³⁸⁶.

1330. Pour le deuxième rapport couvrant la période d'avril 2022 à mars 2023, le gouvernement britannique a publié des chiffres concernant le contrôle renforcé après la première phrase, la deuxième phrase et la décision finale. Ces données démontrent que les investisseurs chinois ont été classés en tête pour chacune de ces phases de contrôle renforcé⁴³⁸⁷, bien que les informations sur l'origine des investissements bloqués ou retirés n'aient pas été divulguées. Malgré le manque d'informations détaillées dans le rapport, il semble que les investisseurs chinois soient également ciblés par le Royaume-Uni depuis 2020, comme c'est le cas dans d'autres pays anglo-saxons.

1331. En résumé, les trois États de droit du *Common Law* ont tous instauré des régimes de contrôle des investissements étrangers similaires à celui des États-Unis. Le Canada et l'Australie avaient déjà établi leurs régimes traditionnels de contrôle des investissements étrangers, auxquels ils ont respectivement ajouté le contrôle au titre de la sécurité nationale en 2009 et 2015. Le Royaume-Uni, quant à lui, a officiellement introduit un tel régime de contrôle en 2021. Les interventions gouvernementales effectuées par ces trois pays dans les fusions et acquisitions montrent que ce type de contrôle s'est intensifié depuis la fin des années 2010, et s'est encore renforcé pendant et après la crise sanitaire de 2020. Ces contrôles, qui touchent tant les entreprises des pays développés que celles des pays en développement, mettent en lumière une attention particulière portée aux investisseurs chinois.

Conclusion du Chapitre

1332. Le retour de la souveraineté s'est manifesté par la création d'outils juridiques multiples par les gouvernements des pays anglo-saxons, dans le but de contrôler les activités économiques. Certains de ces outils juridiques, bien qu'ils ne visent pas spécifiquement les investisseurs étrangers, sont susceptibles d'être utilisés à des fins politiques, ainsi que de permettre au gouvernement de refuser les acquisitions d'entreprises nationales par des étrangers. En ce qui concerne le contrôle des investissements étrangers au titre de la sécurité nationale, ce mécanisme avait initialement pour objectif de faciliter l'intervention gouvernementale dans les achats d'entreprises de l'industrie de la défense par les entreprises étrangères. Toutefois,

⁴³⁸⁶ *Id.*, p. 18

⁴³⁸⁷ *Id.*, p.26, p.31, p.36

l'élargissement du concept de sécurité nationale, qui n'est d'ailleurs pas défini par les législateurs, donne aux États la possibilité de protéger les entreprises nationales stratégiques dans divers secteurs économiques contre d'éventuelles prises de contrôle étrangères. Ces interventions administratives sont toutefois contraires à l'esprit du néolibéralisme, qui prône une intervention minimale dans l'économie. En effet, les opérations rejetées et les rapports annuels publiés par les États-Unis, le Canada, l'Australie et le Royaume-Uni montrent que les décisions d'investissement des entreprises chinoises ont fait l'objet d'une surveillance particulière.

CHAPITRE II. LA SOLUTION DES PAYS DE DROIT CIVIL

1333. La tendance générale vers un retour de la souveraineté est une réponse aux effets négatifs de la mondialisation, en particulier après la crise financière. Le renforcement du contrôle des investissements étrangers devient ainsi l'une des politiques essentielles.

1334. En effet, l'Union européenne est souvent considérée comme étant « victime de son succès »⁴³⁸⁸, en tant que destination privilégiée pour les investissements étrangers mondiaux⁴³⁸⁹. Plusieurs outils juridiques sont à la disposition de la Commission européenne afin d'encadrer ou d'effectuer un contrôle sur les investisseurs étrangers. Parmi ces outils, l'adoption du Règlement (UE) 2019/452 en mars 2019 permet de créer un système de coopération entre les États membres et fixe « un cadre commun minimal à suivre par les États membres qui maintiennent ou adoptent un mécanisme de filtrage au niveau national »⁴³⁹⁰ (Section 1).

1335. La France et l'Allemagne ont commencé à filtrer les investissements étrangers bien avant l'entrée en vigueur du Règlement (UE) 2019/452 en 2020. Les deux pays ont renforcé leurs régimes de filtrage des investissements en provenance de pays tiers en droit interne, à la suite de la confirmation par ce règlement que le contrôle des investissements d'origine des pays tiers n'est pas contradictoire avec le principe de libre circulation des capitaux (Section 2). Les médias ont divulgué très peu de refus d'opérations émanant de l'administration française envers les investisseurs chinois. En revanche, l'Allemagne, étant une destination prisée pour les fusions et acquisitions impliquant des investisseurs chinois, a rejeté plusieurs de leurs opérations depuis 2016.

⁴³⁸⁸ Mahler F., « Contrôle des investissements étrangers au sein de l'Union européenne – Etats des lieux et perspectives », *op.cit.*, p.44

⁴³⁸⁹ *Ibid.*

⁴³⁹⁰ Vannini C., « Contrôle des investissements étrangers : quelles perspectives pour un contrôle renforcé en France et en Europe ? », *cms.law*, le 11 février 2021, [en ligne : <https://cms.law/fr/fra/news-information/contrôle-des-investissements-étrangers-quelles-perspectives-pour-un-contrôle-renforce-en-france-et-en-europe>] [consulté le 19 août 2022]

Section 1. Le régime établi par l'Union européenne

1336. Parmi les divers outils juridiques à la disposition de l'Union européenne, certaines mesures ne sont pas fondées sur une condition de nationalité (§1). Tandis que d'autres sont prises au titre de la sécurité nationale (§2), elles permettent à l'autorité européenne de contrôler les investissements étrangers en provenance de pays tiers en se basant sur la nationalité des investisseurs.

§1. Les mesures ne se fondant pas sur une condition de nationalité

1337. De manière générale, en ce qui concerne les mesures générales qui ne font aucune distinction selon la nationalité des investisseurs, la Commission européenne emploie activement le droit de la concurrence pour contrôler les concentrations d'entreprises⁴³⁹¹. Certains critiquent le développement du droit de la concurrence, y voyant un « encadrement juridique européen »⁴³⁹² avec une mise en œuvre « souvent excessive qu'une approche jusque-là trop rigide exerçait sur les stratégies d'entreprises »⁴³⁹³. Il convient de souligner également que les opérations soumises à un contrôle en vertu du droit de la concurrence concernent souvent les acquisitions entre les entreprises originaires de pays développés, et les investisseurs chinois n'ont pas été spécifiquement ciblés⁴³⁹⁴.

1338. Hormis les règles relatives aux concentrations applicables à tous les secteurs, la post-modernisation du droit de la concurrence semble devoir répondre aux défis posés par le numérique⁴³⁹⁵. Par conséquent, « les droits de la concurrence européen et nationaux se sont mis en marche de bataille pour moderniser leurs droits de la concurrence et appréhender le digital »⁴³⁹⁶. Le règlement sur les services numériques (DSA) a été voté le 5 juillet 2022 et est entré en application en mai 2023⁴³⁹⁷. Ce nouveau règlement est considéré comme une

⁴³⁹¹ L'objection à la fusion entre Deutsche Börse et le London Stock Exchange (LSE) en 2017 ; l'ouverture d'une enquête par la Commission européenne conduisant à la renonciation de l'acquisition par Aperam (ayant les principales usines situées en Belgique et en France) de VDM Metals (groupe allemand) en 2018 ; le retard de décision conduisant à l'annulation de la transaction d'acquisition par Norsk Hydro ASA (groupe norvégien) de Rio Tinto Iceland Ltd (groupe islandais) en 2018; l'objection à la fusion entre Alstom et Siemens en 2019

⁴³⁹² Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *op.cit.*, p. 2

⁴³⁹³ *Ibid.*

⁴³⁹⁴ La fusion entre Alstom et Siemens en 2019 ; l'acquisition par Aperam (ayant les principales usines situées en Belgique et en France) de VDM Metals (groupe allemand) en 2018 ; l'acquisition par Norsk Hydro ASA (groupe norvégien) de Rio Tinto Iceland Ltdv (groupe islandais) en 2018 ; la fusion entre la Deutsche Börse et le London Stock Exchange (LSE) en 2017

⁴³⁹⁵ Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *op.cit.*, p.2-3

⁴³⁹⁶ Malaurie-Vignal M., « Une politisation du droit du marché au service de l'intérêt général », *Contrats, conc. Consom.*, n°6, juin 2002, p. 1

⁴³⁹⁷ Règlement du parlement européen et du conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques)

législation « visant à conforter le marché numérique européen »⁴³⁹⁸, en réaction au lobbying intensif⁴³⁹⁹ exercé par les géants du Web après la mise en place des dispositions de protection des données personnelles par le règlement (UE) 2016/679⁴⁴⁰⁰, qui les concernaient directement. Le règlement DSA a non seulement établi une liste d'obligations, mais aussi d'interdictions pour les contrôleurs d'accès. En ce qui concerne le contrôle des concentrations, il a prévu l'obligation d'information sur les concentrations dans son l'article 12, par les contrôleurs d'accès ou par un fournisseur de service de plateforme essentiel. Pour être qualifié en tant que fournisseur de service de plateforme essentiel, selon l'article 3 du règlement DSA, l'entreprise doit avoir un chiffre d'affaires annuel, une capitalisation boursière moyenne, ou une juste valeur marchande équivalente supérieure ou égale à 6,5 milliards d'euros, ainsi qu'un enregistrement de plus de 45 millions d'utilisateurs finaux actifs par mois établis et plus de 10 000 entreprises utilisatrices actives par an établies dans l'Union européenne. En raison notamment des multiples acquisitions effectuées par Facebook, telles que celles des applications Instagram en 2012 et WhatsApp en 2014, la Commission européenne a adopté ce dispositif pour contrôler les concentrations effectuées par les entreprises GAFAM⁴⁴⁰¹. Néanmoins, « les géants d'aujourd'hui peuvent à tout moment être remplacés par de nouveaux géants, incités à innover pour entrer sur le marché et profiter des méga profits »⁴⁴⁰². Cela explique pourquoi on ne peut pas conclure que le règlement DSA fait une distinction en fonction de la nationalité des fournisseurs de services de plateforme, même si, jusqu'à présent, les géants américains sont les principaux visés. Le renforcement du contrôle des concentrations en droit de la concurrence garde sa raison d'être, qui est de « garantir une concurrence libre et non faussée »⁴⁴⁰³.

1339. Cependant, la *golden share* fait l'objet d'une stricte surveillance de la Commission européenne afin d'éviter toute forme d'abus⁴⁴⁰⁴. La Commission européenne a saisi presque

⁴³⁹⁸ Jault-Seske F., « Protection des données : la mise en œuvre du guichet unique ou les limites de l'intégration européenne », *RTD Eur.*, n°1, janvier-mars 2022, p.91

⁴³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰⁰ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

⁴⁴⁰¹ Ancelin J., « La proposition de digital market act : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? », *RTD Eur.*, n°3, 2021, p.559-560

⁴⁴⁰² Malaurie-Vignal M., « Une politisation du droit du marché au service de l'intérêt général », *op.cit.*, p. 1

⁴⁴⁰³ Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *op.cit.*, p.2

⁴⁴⁰⁴ *CJCE*, 13 mai 2003, aff C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord* ; *CJCE*, 4 juin 2022, aff C-503/99, *Commission c/Belgique* ; *CJCE* 2002, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/France* ; *CJUE*, 2 juin 2005, aff. C-174/04, *Commission c/Italie* ; *CJCE*, 23 octobre 2007, aff. C-112/05 *Commission c/Allemagne* ; *CJCE*, 11 novembre 2010, aff.C-543/08, *Commission c/Portugal* ; *CJCE*, 10 novembre 2011, aff.C-212/09, *Commission c/Portugal*

tous les pays européens appliquant ce régime, considérant que cet outil restreint la liberté de circulation des capitaux prévue par l'article 63 du TFUE. Cette mesure ne peut être appliquée que si elle est justifiée par des exceptions prévues, à savoir « des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique », conformément à l'article 65 du TFUE. De plus, la CJUE a jugé que ces mesures devaient être « strictement nécessaires et proportionnelles »⁴⁴⁰⁵. En conséquence, la *golden share* est considérée comme un outil juridique « peu efficace »⁴⁴⁰⁶.

1340. En ce qui concerne la RSE, la directive 2014/95/UE impose aux grandes entreprises d'inclure les aspects social et environnemental dans leurs rapports de gestion et de rendre un rapport consolidé qui porte sur les aspects autres que financiers, ce que les juristes appellent l'obligation de publications extra-financières⁴⁴⁰⁷. La nouvelle directive CSRD promulguée par la Commission européenne à la fin de 2022 renforce cette obligation de divulgation d'informations extra-financières en élargissement le champ d'application, progressivement des grandes entreprises aux PME cotées⁴⁴⁰⁸. La Commission européenne souhaite faire cette mesure « un levier après des investisseurs afin d'orienter leurs financements vers des entreprises ayant des politiques avancées »⁴⁴⁰⁹ sur les sujets de développement durable. Malgré cela, ce type d'obligation semble peu contraignant pour les entreprises et ne favorise pas un changement radical de comportement. Néanmoins, au mieux, ces nouvelles obligations peuvent envoyer des signaux concernant le comportement approprié des entreprises et potentiellement conduire à une réforme des normes commerciales qui donneraient la priorité aux intérêts économiques par rapport aux préoccupations sociales et environnementales⁴⁴¹⁰. Au pire, les lois obligatoires sur la RSE telles qu'elles sont actuellement peuvent être exploitées comme un signal politique par lequel les politiciens envoient un message symbolique à leurs électeurs en prétendant qu'ils se soucient de la société et de l'environnement⁴⁴¹¹.

⁴⁴⁰⁵ v. CJUE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, *Commission c/Italie*, paragr.22

⁴⁴⁰⁶ Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, op.cit., p.287, paragr.340

⁴⁴⁰⁷ Malecki C., « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », op.cit., p. 632

⁴⁴⁰⁸ Schlumberger E., « Chronique de droit européen des sociétés », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2023, p.7

⁴⁴⁰⁹ Parence B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », op.cit., p.23

⁴⁴¹⁰ Lin L-W., « Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences », *Oxford Business Law Blog*, op.cit.

Texte original: « At best, they may send signals about appropriate corporate behavior and potentially lead to the reform of business norms that prioritize economic interests over social and environmental concerns. »

⁴⁴¹¹ *Ibid.*

Texte original: « At worst, mandatory CSR laws as they currently stand may be exploited as a political signaling device through which politicians send a symbolic message to their constituents purporting that they care about society and nature. »

§2. Les mesures prises au titre de la sécurité nationale

1341. Pour revenir à notre sujet sur le filtrage des investissements étrangers basé sur la nationalité de leurs investisseurs, le Règlement (UE) 2019/452 « définit le cadre général pour filtrer les investissements en Europe »⁴⁴¹² (I). Depuis novembre 2021, la Commission européenne a publié deux rapports annuels, divulguant des informations sur les contrôles effectués par ses États membres (II).

I. Le régime de contrôle instauré au titre de la sécurité nationale

1342. Il faut toutefois rappeler qu'avant 2017, l'Union européenne avait une position négative sur les contrôles des investissements étrangers mis en place par la France. En effet, les mesures instaurées par la France étaient considérées comme protectionnistes et comme ayant pour effet de dissuader les investissements provenant des pays tiers⁴⁴¹³. Elles étaient en contradiction avec les principes de la libre circulation des capitaux et du droit d'établissement protégés par l'Union européenne⁴⁴¹⁴. La remise en cause du libéralisme et l'anti-mondialisation ont conduit à un changement d'attitude de la politique de l'Union européenne. Toutefois, étant donné la tendance à la « re-politisation » du droit des investissements⁴⁴¹⁵ et les efforts déployés par la France et l'Allemagne, on pourrait avancer que ces deux pays ont mobilisé la législation européenne favorisant le régime juridique de filtrage des investissements pour conforter leurs droits souverains dans ce domaine, plutôt que de conclure qu'ils l'ont fait pour se conformer au droit européen. Ou, comme l'a indiqué Monsieur le Professeur Farnoux, l'Union européenne aurait mis en place un « Patriotisme économique » bien ordonné de Paris à Bruxelles⁴⁴¹⁶.

1343. Comme évoqué plus haut, sous l'impulsion de la France, de l'Allemagne, et de l'Italie en 2017, la Commission européenne a décidé de lancer un projet de coopération entre États pour le filtrage des investissements directs étrangers en Europe⁴⁴¹⁷. Ce projet a abouti en mai 2018 avec l'adoption du rapport de Frank Proust, eurodéputé de la France, sur le filtrage des

⁴⁴¹² INFOREG, « Les investissements étrangers en France : vers un contrôle renforcé ? », *Entrepr.*, n°1, janvier-février 2022, p. 72

⁴⁴¹³ IP/06/438, Libre circulation des capitaux : la Commission examine la loi française établissant une procédure d'autorisation pour les investissements étrangers dans certains secteurs, le 4 avril 2006

⁴⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴⁴¹⁵ Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p. 505

⁴⁴¹⁶ Farnoux E., « Renouveau en profondeur du dispositif de contrôle des investissements étrangers : « Patriotisme économique » bien ordonné de Paris à Bruxelles ? », *JCP G*, n°47, le 18 novembre 2019, n°1201, p.2090

⁴⁴¹⁷ Letter from the Governments of France, Germany and Italy, *op.cit.*

investissements étrangers⁴⁴¹⁸, suivi par le vote du règlement instaurant un tel système le 14 février 2019 au Parlement européen⁴⁴¹⁹. Madame la professeure Idot le décrit comme un règlement « largement soutenu par la France »⁴⁴²⁰. Ce soutien français à un filtrage plus strict des investissements étrangers s’inscrit dans un débat de dix ans avec la Commission européenne. Au cœur de ce débat se trouvait la question de savoir si le droit souverain des États membres de contrôler les investissements étrangers était en contradiction avec les quatre principes de liberté de l’Union européenne, à savoir la libre circulation des biens, des capitaux, des services et des personnes. En 2006, la Commission européenne avait adressé une demande de mise en demeure à la France concernant le Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, qui avait instauré un mécanisme d’autorisation préalable pour les investissements étrangers⁴⁴²¹. La Commission a considéré que ce mécanisme était en contradiction avec les règles du traité CE relatives à la libre circulation des capitaux (article 56) et au droit d’établissement (article 43)⁴⁴²². En 2014, la France a de nouveau reçu un courrier de la part du Commissaire européen du marché intérieur⁴⁴²³, Michel Barrier, à la suite de la promulgation du décret Alstom pour le même motif⁴⁴²⁴. Le Règlement (UE) 2019/452 a finalement mis fin à ce conflit entre les principes des quatre libertés de l’Union européenne et le droit souverain de contrôler les investissements étrangers par ses États membres. La considération 4 du Règlement confirme qu’un contrôle des investissements venant d’État tiers « ne porte pas atteinte au droit qu’ont les États membres de déroger à la libre circulation des capitaux ».

1344. Il faut toutefois retenir que le mécanisme de filtrage des investissements étrangers établi par le Règlement (UE) 2019/452, entré en vigueur depuis octobre 2020, ne met en place qu’un cadre « pour les dispositifs de filtrages nationaux »⁴⁴²⁵ non obligatoire et « très souple »⁴⁴²⁶. Il est indiqué dans l’article 1 du Règlement qu’il ne vise pas à restreindre « le droit de chaque État membre de décider de filtrer ou non un investissement direct étranger ». Par ailleurs, il

⁴⁴¹⁸ Perrotte D., « Contrôle des investissements étrangers : les eurodéputés durcissent le ton », *Les Echos*, *op.cit.*

⁴⁴¹⁹ Kaiser M., Arbaoui Y., « L’Union européenne veut protéger ses intérêts face aux investissements étrangers », *CUEJ.info*, le 14 février 2019 [en ligne : <http://www.cuej.info/europe/la-session-de-fevrier-2019-au-jour-le-jour/lunion-europeenne-veut-protoger-ses-interets-face>] [consulté le 21 août 2021]

⁴⁴²⁰ Idot L., « Entrée en vigueur du cadre de filtrage des investissements directs étrangers en pleine crise sanitaire », *Europe*, n°13, décembre 2020, p. 1

⁴⁴²¹ IP/06/438, Libre circulation des capitaux : la Commission examine la loi française établissant une procédure d’autorisation pour les investissements étrangers dans certains secteurs, le 4 avril 2006

⁴⁴²² *Id.*, p.1

⁴⁴²³ Courrier du 19 juin 2014 adressé par les services de la Commission européenne aux autorités françaises

⁴⁴²⁴ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *op.cit.*

⁴⁴²⁵ Farnoux E., « Renouveau en profondeur du dispositif de contrôle des investissements étrangers : « Patriotisme économique » bien ordonné de Paris à Bruxelles ? », *op.cit.*, p. 2091

⁴⁴²⁶ *Ibid.*

appartient aux États membres de définir les conditions de déclenchement du filtrage et les règles de procédure détaillées applicables⁴⁴²⁷. Plus particulièrement, le Règlement envisage simplement d'établir un cadre pour le filtrage par les États membres des investissements directs étrangers pour des motifs de sécurité ou d'ordre public, ainsi qu'établir un dispositif de coopération entre les États membres et la Commission⁴⁴²⁸.

1345. Le cadre pour le filtrage établi par ce Règlement concerne notamment l'article 3 et l'article 4 du Règlement du texte susmentionné. L'article 3 prévoit la confidentialité des informations sensibles, y compris les informations sur le plan commercial mises à disposition par les États membres ; la possibilité pour les investisseurs étrangers et les entreprises concernées de former un recours contre les décisions de filtrage prises par les autorités nationales ; et la notification à la Commission de tout nouveau mécanisme de filtrage ou de toute modification apportée à un mécanisme de filtrage existant. L'article 4 concerne les éléments susceptibles d'être pris en considération par les États membres. Ceux-ci s'inspirent du régime établi par les États-Unis, l'article visant tant les secteurs des entreprises ciblées que la nature des investisseurs étrangers. Ainsi, l'alinéa 1 de l'article 4 vise à établir une définition des secteurs sensibles des entreprises cibles. Les infrastructures critiques comprennent donc celles de l'énergie, des transports, de l'eau, de la santé, des communications, des médias, du traitement ou du stockage de données, de l'aérospatiale, de la défense, des infrastructures électorales ou financières et des installations sensibles, ainsi que des terrains et les biens immobiliers essentiels pour l'utilisation desdites infrastructure. En ce qui concerne les technologies critiques et les biens à double usage, le règlement fait référence au Règlement (CE) n°428/2009 du Conseil, et fournit également une liste des technologies sensibles, à savoir : l'intelligence artificielle, la robotique, les semi-conducteurs, la cybersécurité, l'aérospatiale, la défense, le stockage de l'énergie, les technologies quantiques et nucléaires, ainsi que les nanotechnologies et les biotechnologies. Ensuite, l'approvisionnement en intrants essentiels, notamment la sécurité alimentaire, l'accès à des informations sensibles, y compris des données à caractère personnel, et la liberté et le pluralisme des médias, peuvent ainsi être pris en compte.

1346. Comme pour les pays de *Common Law*, certains types d'investissements étrangers ont été principalement ciblés par le régime de contrôle, par exemple les investisseurs étrangers contrôlés directement ou indirectement par le gouvernement étranger⁴⁴²⁹. En effet, une grande

⁴⁴²⁷ Règlement (UE) 2019/452, article 2

⁴⁴²⁸ Règlement (UE) 2019/452, article 1

⁴⁴²⁹ Règlement (UE) 2019/452, article 4-2

partie des investisseurs chinois sont des entreprises d'États. De plus, d'autres critères peuvent être pris en considération, tels que si l'investisseur étranger a déjà été impliqué dans des activités portant atteinte à la sécurité ou à l'ordre public dans un État membre, ou s'il existe un risque grave que l'investisseur étranger exerce des activités illégales ou criminelles⁴⁴³⁰.

1347. Enfin, le système de coopération entre les États membres est prévu de l'article 5 à l'article 16. Ces mesures comprennent le rapport annuel à transmettre à la Commission par les États membres, le rapport annuel établi et rendu public par la Commission, la communication entre les États membres sur un investissement direct étranger susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre de public, la transmissions des informations à la Commission européenne, ainsi que le rôle et le droit de la Commission de rendre des avis à son initiative ou en réponse à une demande des États membres concernant un investissement direct étranger.

1348. En 2020, dans le contexte de la crise sanitaire, la Commission a adopté des Orientations (ci-après Orientations 2020)⁴⁴³¹ qui ont une nouvelle fois renforcé le contrôle des investissements directs étranger afin d'éviter que la crise sanitaire provoque une vente massive d'entreprises et d'acteurs industriels en Europe. Les Orientations susmentionnées invitent les États membres à tenir compte des risques pour les infrastructures critiques de soins de santé et appellent les États membres qui ne disposent pas encore d'un mécanisme de filtrage ou dont les mécanismes de filtrage ne couvrent pas toutes les opérations pertinentes, à mettre en place un mécanisme complet de filtrage. Dans l'annexe, les Orientations 2020 précisent que le mécanisme de filtrage des investissements prévu par le Règlement (UE) 2019/452 ne prévoit aucune limite pour les secteurs de l'économie, ni aucun seuil, ce qui permet donc de filtrer une opération sans prendre en compte son montant. Les achats de petites start-ups dans les domaines de la recherche ou des technologies peuvent donc faire l'objet d'un examen. En ce qui concerne l'acquisition étrangère susceptible d'affecter des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union, celle-ci fait l'objet d'un examen plus approfondi de la part de la Commission, et les États membres doivent tenir compte de son avis.

1349. Il semble possible de penser que « la Commission européenne entendait se doter de pouvoirs proches de ceux reconnus au CFIUS dans le contexte du dispositif américain »⁴⁴³². En

⁴⁴³⁰ *Ibid.*

⁴⁴³¹ Orientations à l'intention des États membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l'application du règlement (UE) 2019/452 (règlement sur le filtrage des IDE) 2020/C 99 I/01

⁴⁴³² Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *op.cit.*, p. 511

effet, selon le deuxième rapport publié par la Commission en septembre 2022, une coopération en matière d'investissements directs étrangers a été établie entre les États-Unis et l'Union européenne, permettant « à l'Union de consolider les fondements du système de filtrage de l'UE »⁴⁴³³.

II. La mise en place du régime

1350. La Commission européenne a publié son premier rapport annuel en novembre 2021, suivi du deuxième en septembre 2022. Selon ces rapports, l'afflux des investissements directs étrangers (IDE) dans l'Union européenne a atteint son plus haut niveau en 2015 (488 milliards d'euros) et en 2018 (481 milliards d'euros), mais a chuté depuis 2019 (335 milliards d'euros)⁴⁴³⁴. Sous l'influence de la crise sanitaire, cet afflux a diminué de 71% en 2020 (98 milliards d'euros)⁴⁴³⁵. Toutefois, la Chine ne figure pas parmi les principaux contributeurs des IDE dans l'UE. En 2020, la Chine n'occupait que la cinquième place dans le classement des investisseurs étrangers dans l'UE, derrière les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni et l'AELE⁴⁴³⁶. En effet, les investissements chinois en Europe « ont accusé le plus fort recul à partir de novembre 2019 »⁴⁴³⁷, et selon le rapport de 2021, cela est dû au confinement à Wuhan (Chine) à la fin du mois de janvier 2020⁴⁴³⁸. En 2021, la Chine ne représentait qu'à hauteur de 2.3% des acquisitions et 6% des investissements dans la création d'entreprises en Europe⁴⁴³⁹. La Commission conclut que « les contrôles stricts des capitaux chinois et la concentration des activités d'investissement dans les principaux secteurs industriels ont eu une incidence négative sur les transactions chinoises en 2021 »⁴⁴⁴⁰. En effet, les investisseurs chinois ont été la source des préoccupations des législateurs européens, ce qui a conduit à l'établissement du régime de filtrage. Finalement, la baisse des investissements chinois a créé un autre type de préoccupation. Le tableau 3-1 ci-

⁴⁴³³ Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.23

⁴⁴³⁴ Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.4

⁴⁴³⁵ *Ibid.*

⁴⁴³⁶ *Ibid.*

⁴⁴³⁷ *Id.*, p.6

⁴⁴³⁸ *Ibid.*

⁴⁴³⁹ Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.4

⁴⁴⁴⁰ *Ibid.*

dessous, établi à partir des deux rapports, présente les chiffres et la part des investissements par pays/régions pour les acquisitions (A) et les créations d'entreprises (C) ⁴⁴⁴¹.

Tableau 3.1 :

Pourcentage des investissements étrangers dans l'UE								
Année	États-Unis et le Canada		Royaume-Uni		AELE		Chine	
2020	35%		30.5%		12.1%		2.5%	
2021	A	C	A	C	A	C	A	C
	32.3%	39.4%	25.6%	20.9%	n.a.	n.a.	2.3%	6%

1351. En ce qui concerne les examens effectués par les États membres, le tableau ci-dessous montre les pourcentages de dossiers faisant l'objet d'un filtrage formel par rapport au nombre total de dossiers reçus sur la base des rapports 2021 et 2022⁴⁴⁴².

Tableau 3.2 :

Année	Nombre total de dossiers reçus	Pourcentage de dossiers faisant l'objet d'un filtrage formel			
2020	1793	20%	91% approuvé		
			12% approuvé sous conditions		
			2% interdit		
			7% abandonnés par les parties		
2021	1563	29%	73% approuvé		
			23% approuvé sous conditions		
			1% interdit		
			3% abandonnés par les parties		

1352. Le rapport met en lumière les cinq principaux États dont les investisseurs ont fait l'objet de notifications de contrôle renforcé en 2020 : le Canada, la Chine, les Émirats arabes unis, les États-Unis et le Royaume-Uni⁴⁴⁴³. En 2021, la liste n'a pas beaucoup évolué, et elle inclut toujours le Canada, la Chine, les États-Unis, les Îles Caïmans et le Royaume-Uni⁴⁴⁴⁴. En revanche, la Russie ne représente que moins de 1.5% des dossiers⁴⁴⁴⁵. Il est important de noter que les avis de la Commission européenne demeurent confidentiels⁴⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴¹ Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.4 ; Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.3

⁴⁴⁴² Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.10-13 ; Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.12-15

⁴⁴⁴³ Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.13

⁴⁴⁴⁴ Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.21

⁴⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁴⁶ v. Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.13 ; Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.24

1353. Concernant le régime de coopération établi par le règlement (UE) 2019/452, 265 notifications ont été présentées du 11 octobre 2020 au 30 juin 2021⁴⁴⁴⁷. Plus de 90% de ces notifications émanaient de cinq États, à savoir l'Allemagne, l'Espagne, la France et l'Italie⁴⁴⁴⁸. Parmi ces notifications, 80% ont été clôturées par la Commission, 14% font l'objet d'une demande d'informations supplémentaires et 6% des dossiers sont toujours en cours⁴⁴⁴⁹. En 2021, 414 notifications ont été émises par 13 États membres⁴⁴⁵⁰, avec encore une fois une forte concentration, car l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et l'Autriche étaient à l'origine de plus de 85% de ces notifications⁴⁴⁵¹.

1354. En 2020, les principaux secteurs concernés par ces notifications sont l'industrie manufacturière, les technologies de l'information et de la communication (TIC), et le commerce de gros et de détail⁴⁴⁵². En 2021, les secteurs ayant enregistré le plus grand nombre de notifications, en dehors des TIC, de l'industrie manufacturière, du commerce de gros et de détail, sont ceux des activités financières et de la construction⁴⁴⁵³.

1355. En conclusion, le libéralisme est interprété par l'Union européenne à travers le prisme de sa politique de création du marché intérieur. Dans cette optique, l'Union européenne surveille les législations de ses États membres susceptibles d'avoir un impact négatif sur la libre circulation des capitaux, notamment les mesures telles que la *golden share* et les contrôles des investissements étrangers. Toutefois, cette volonté se concilie avec une montée marquée de la souveraineté et un intérêt accru pour la protection des entreprises stratégiques européennes. Par conséquent, un cadre de filtrage des investissements étrangers est établi au niveau européen. De plus, l'Union européenne s'est engagée dans une nouvelle orientation axée sur le développement durable, allant au-delà du libéralisme pur et simple. Cela s'est traduit par des réformes législatives en matière de droit de la concurrence et l'élaboration de normes de responsabilité sociale.

⁴⁴⁴⁷ Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.10

⁴⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁴⁹ *Id.*, p.12

⁴⁴⁵⁰ Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.15

⁴⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁴⁵² Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021, p.14

⁴⁴⁵³ Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022, p.15

Section 2. L'application du régime européen au niveau national

1356. La France (§1), ainsi que l'Allemagne (§2), ont renforcé leurs régimes de filtrage des investissements étrangers conformément au règlement (UE) 2019/452, en complément de leurs mesures de contrôle traditionnelles.

§1. La France

1357. D'une manière générale, la France n'a pas établi un régime similaire à celui fondé sur l'« intérêt national » comme c'est le cas en Australie, ou à l'examen de l'« avantage net » pratiqué par le Canada. Les mesures générales, telles que le droit de la concurrence, le régime de la *golden share*, ainsi que les mesures environnementales, sont cependant présentes en France (I). Toutefois, ces mesures de contrôle visent aussi bien les investisseurs européens que les investisseurs originaires d'États tiers, sans distinction de nationalité.

1358. En ce qui concerne le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale basé sur la nationalité des investisseurs, la France a établi un régime similaire à celui des États-Unis dans le but de filtrer les investissements étrangers (II).

I. Les mesures ne faisant aucune distinction en fonction de la nationalité

1359. Bien que les mesures qui ne font pas de distinction en fonction de la nationalité ne soient pas le sujet principal de la thèse, un retour à la souveraineté entraîne à un écart par rapport aux objectifs initiaux des législateurs. Les mesures traditionnelles telles que la *golden share* et le droit de la concurrence continuent à évoluer (A), et de nouvelles mesures environnementales ont été créées (B).

A. Les mesures traditionnelles

1360. À l'exception des réserves concernant certaines industries de la défense, la France, de manière similaire à d'autres États membres européens, a introduit des mesures de contrôle sur les investissements qui ne font pas de distinction entre nationaux et étrangers depuis les années 1980 : les « actions spécifiques » (1) et le droit de la concurrence (2).

1) La *golden share*

1361. En France, la loi relative à la *golden share*, également appelée l'« action spécifique », a été initialement introduite par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux privatisations. Cette loi avait prévu que, dans le but de protéger les intérêts nationaux, une action

ordinaire pourrait être transformée en une action spécifique, conférant de nombreux droits à l'État. Ces droits comprenaient l'obligation d'obtenir l'agrément préalable du ministre de l'Économie pour le franchissement de seuils spécifiques du capital social ou des droits de vote par un investisseur, la nomination au conseil d'administration ou de surveillance, et le cas échéant un ou deux représentants de l'État, le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession d'actifs pouvant porter atteinte aux intérêts nationaux⁴⁴⁵⁴. Par ailleurs, les détenteurs de participations acquises de manière irrégulière ne pouvaient pas exercer les droits de vote correspondants et devaient céder ces titres dans un délai de trois mois. L'article 11 de ladite loi stipulait qu'en cas de cession d'une participation de l'État conformément aux procédures du marché financier, les titres devraient être proposés aux salariés de l'entreprise. Dans l'annexe du décret n°93-1298⁴⁴⁵⁵, relatif à l'application de l'article 10 de la loi n°86-912 du 6 août 1986, une liste des actifs pour lesquels l'État peut s'opposer à la cession ou à l'affectation à titre de garantie a été établie. Cette opposition concerne tout franchissement à la hausse des seuils de détention directe ou indirecte de titres, quels que soient leur nature ou leur forme juridique, à hauteur du dixième, du cinquième ou du tiers du capital ou des droits de vote de la société. En grande partie, il s'agit du capital d'Elf-Aquitaine Production, d'Elf-Antar France, d'Elf-Gabon S.A. et d'Elf-Congo S.A.

1362. La Commission des communautés européennes a d'abord adressé une mise en demeure au gouvernement français concernant les actions spécifiques détenues par l'État français dans la société nationale Elf-Aquitaine le 15 mai 1998, considérant que ces détentions étaient incompatibles avec le droit communautaire⁴⁴⁵⁶. Le ministre de l'Économie de la France a répondu, dans une lettre datée du 31 juillet 1998 que, puisqu'il s'agissait de la sécurité des approvisionnements énergétiques, cela permettait d'invoquer la protection d'un intérêt national. La France craignait une prise de contrôle de la société nationale Elf-Aquitaine par une entreprise non communautaire ainsi que d'importantes réserves de pétrole de cette société pour la sécurité d'approvisionnement en énergie de la France et des risques pour l'économie française en général⁴⁴⁵⁷. Malgré des modifications du décret, la Commission a considéré ces efforts insuffisants et a saisi la CJUE le 21 décembre 1999. La Cour a jugé que la mesure devait être

⁴⁴⁵⁴ Il est notamment prévu, dans le même article, que les participations dépassant 5 % prises par des personnes physiques ou morales étrangères ou sous contrôle étranger sont soumises à l'agrément du ministre chargé de l'économie, conformément aux articles 55, 56 et 223 du traité instituant la Communauté européenne, afin de protéger les intérêts essentiels de sécurité en matière de défense.

⁴⁴⁵⁵ Décret n°93-1298 du 13 décembre 1993 instituant une action spécifique de l'Etat dans la Société nationale Elf-Aquitaine

⁴⁴⁵⁶ *CJCE 4 juin 2002, aff. C-483/99, Commission c/France*, §8

⁴⁴⁵⁷ *Ibid.*

proportionnée au but poursuivi, et que les exigences de la sécurité publique devaient, notamment en tant que dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux, être interprétées strictement, de sorte que leur portée ne pouvait pas être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté. La Cour a donc estimé que les restrictions indiquées dans le décret entravaient la libre circulation des capitaux⁴⁴⁵⁸. Le décret n°93-1298 a donc été abrogé par le Décret n°2002-1231 du 3 octobre 2002.

1363. À la suite de l'arrêt de la CJUE du 4 juin 2002, le cadre juridique applicable aux « actions spécifiques » a d'abord été modifié par l'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014⁴⁴⁵⁹, qui prévoyait la création de la Commission des participations et des transferts pour évaluer le projet de cession lorsque l'État transfère au secteur privé la majorité du capital et mettait en place un contrôle sur les grandes entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 150 millions d'euros⁴⁴⁶⁰. En effet, les droits réservés à la *golden share* prévus dans l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 ont été entièrement supprimés, ce qui pose la question de savoir si les mesures restantes pourront toujours être qualifiées comme une *golden share* au sens originel du terme.

1364. La loi n°2015-990 du 6 août 2015⁴⁴⁶¹, dite loi Macron, a une fois de plus modernisé le régime de la *golden share*⁴⁴⁶², afin de permettre « aux États de conserver un certain contrôle sur les entreprises privatisées, dans des secteurs majeurs ou stratégiquement sensibles »⁴⁴⁶³, conformément aux articles 101 et 102 du TFUE. L'article 180 note la nécessité de mettre en place les garanties nécessaires à la préservation des intérêts essentiels de la Nation pour toute opération de cession par l'État au secteur privé conduisant au transfert de la majorité du capital. De plus, le seuil pour le contrôle des entreprises a été abaissé afin de couvrir les entreprises ayant un chiffre d'affaires supérieur à 75 millions d'euros ou un effectif de plus de 500 personnes⁴⁴⁶⁴. Plus précisément, l'article 186 consacre des droits spécifiques à l'État concernant ses actions lorsqu'il agit pour la protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre

⁴⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁵⁹ Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique

⁴⁴⁶⁰ *Id.*, l'article 25 et l'article 27

⁴⁴⁶¹ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, Texte n° 1

⁴⁴⁶² Maetz C-A., « Contrôle renforcé des cessions, actionnariat salarié et golden share (article 178 à 199) », *JCP E*, n°37, 10 septembre 2015, p. 50

⁴⁴⁶³ N°2447, Projet de loi pour la croissance et l'activité, l'article 44

⁴⁴⁶⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, article 181, 183 et 184

public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale. Cet article prévoit notamment la demande d'agrément préalable auprès du ministre chargé de l'Économie, la nomination au conseil d'administration et au conseil de surveillance, ainsi que le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession d'actifs. Enfin, l'article précise que les actions prises par l'État doivent être définies au cas par cas de manière à être nécessaires, adéquates et proportionnées aux objectifs poursuivis, en tenant compte de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2002⁴⁴⁶⁵.

1365. Enfin, l'article 154 de la loi PACTE du 22 mai 2019⁴⁴⁶⁶ illustre le retour de la souveraineté de l'État et de « l'interventionnisme des États dans l'économie »⁴⁴⁶⁷. Cet article prévoit le renforcement du régime de la *golden share*. En effet, outre la cession de participation de l'État, la transformation d'une action ordinaire en action spécifique (ou « *golden share* ») est également possible si la société figure sur la liste du décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 (i.e. : Aéroports de Paris (ADP), Air France-KLM, Electricité de France (EDF), ENGIE, etc.) et si au moins 5 % de son capital est détenu, directement ou indirectement, par Bpifrance, ses filiales ou un fonds d'investissement géré par elle. Ainsi, l'article 154 susmentionné élargit le pouvoir d'opposition en ajoutant, dans le cadre du filtrage des investissements étrangers, les cessions dans les secteurs stratégiques. En conséquence, après que la Commission européenne ait interdit ce contrôle sévère, celui-ci marque son retour dans la législation.

2) Le droit de la concurrence

1366. Le droit de la concurrence a été introduit en France avec l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986⁴⁴⁶⁸ et se trouve aujourd'hui dans les articles L 420-1 et suivants du Code de commerce.

1367. L'objectif du droit de la concurrence est de « garantir une concurrence libre et non faussée »⁴⁴⁶⁹, et, pour ce faire, il « ne poursuit aucun objectif de justice distributive et ne vise qu'à accroître le surplus global de l'économie »⁴⁴⁷⁰, en dehors de toute préoccupation d'équité⁴⁴⁷¹. Face à l'avènement de l'ère du numérique et à l'accroissement du pouvoir des géants du

⁴⁴⁶⁵ CJCE 4 juin 2002, *aff. C-483/99, Commission c/France*

⁴⁴⁶⁶ LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

⁴⁴⁶⁷ Tenailleau F., « Les actions spécifiques (*golden share*) après la loi PACTE », *CMS*, le 20 juin 2019 [en ligne : <https://cms.law/fr/fr/news-information/les-actions-specifiques-golden-shares-apres-la-loi-pacte>] [consulté le 13 septembre 2022]

⁴⁴⁶⁸ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

⁴⁴⁶⁹ Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *op.cit.*, p. 2

⁴⁴⁷⁰ Vogel L., *Les fondamentaux du droit de la concurrence I Pratiques anticoncurrentielles*, *op.cit.*, p.7

⁴⁴⁷¹ *Ibid.*

numérique, les GAFAM, il est considéré nécessaire que la modernisation du droit de la concurrence prenne en compte des « valeurs plurielles (...) autres que le simple fonctionnement du marché »⁴⁴⁷², y compris notamment « la protection de la vie privée, de la protection de l'environnement, ou encore de la lutte contre la pauvreté »⁴⁴⁷³.

1368. Il est toutefois important de rappeler que l'objectif du droit de la concurrence ne converge pas avec celui du droit international de l'investissement⁴⁴⁷⁴. En effet, alors que le droit de la concurrence concerne « l'ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle »⁴⁴⁷⁵, le droit international de l'investissement s'intéresse aux relations entre l'État, en sa qualité de régulateur, et les investisseurs étrangers. En générale, le principe de neutralité concurrentielle s'applique non seulement aux opérateurs publics et privés⁴⁴⁷⁶, mais doit aussi s'appliquer de manière identique aux entreprises établies par les États européens et aux investisseurs de pays tiers.

1369. En revanche, le droit de la concurrence et le droit international de l'investissement convergent sur la question des interventions sur les concentrations. Le contrôle sur la concentration au titre du droit de la concurrence relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence (ADLC). Ensuite, le contrôle effectué au titre de la sécurité nationale est la compétence de direction général du Trésor (DG Trésor). Toutefois, l'objectif du droit de la concurrence sur les concentrations est « d'empêcher des opérations structurelles qui limiteraient l'intensité de la concurrence en plaçant entre les mêmes mains l'essentiel du pouvoir de marché »⁴⁴⁷⁷. Ce contrôle opéré par l'ADLC, une autorité indépendante, se fonde sur des « critères indépendants de la nationalité de l'acquéreur ou du caractère sensible du secteur d'activité de la cible, puisque le test appliqué par l'ADLC consiste notamment à examiner si l'opération envisagée est de nature à porter atteinte à la concurrence »⁴⁴⁷⁸. En revanche, le régime du filtrage des investissements étrangers mis en place au titre de la sécurité nationale vise à prévenir que des entreprises nationales stratégiques ne soient transférées aux mains des

⁴⁴⁷² Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *op.cit.*, p.2

⁴⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁴⁷⁴ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.99

⁴⁴⁷⁵ Azema J., *Le droit français de la concurrence*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 1989, p.18

⁴⁴⁷⁶ Lanneau R., « Application du droit de la concurrence aux activités publiques », *JursiClasseur Administratif*, Fasc. 292, LexisNexis, Date de la dernière mise à jour le 10 juillet 2019, paragr. 63-64

⁴⁴⁷⁷ Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, n°12, décembre 2020, p. 2

⁴⁴⁷⁸ Catala Marty J., Doumoulakis L., Sauer C., « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *op.cit.*, p.48

investisseurs non désirables. Malgré le fait que tous deux interviennent sur les opérations de fusions et acquisitions, leurs objectifs divergent. Autrement dit, un investissement étranger peut se voir imposer une notification ou une procédure d'autorisation préalable auprès de la direction générale du Trésor du ministère de l'Économie au titre de la protection de la sécurité nationale, mais « sans nécessairement devoir la notifier auprès de l'ADLC »⁴⁴⁷⁹. En effet, les deux critères de contrôle des concentrations par l'ADLC concernent le changement de contrôle de l'entreprise cible généré par l'opération et que le chiffre d'affaires des parties à l'opération atteigne les seuils⁴⁴⁸⁰ fixés par l'article L430-2 du Code de commerce⁴⁴⁸¹.

1370. Le résultat est que les investisseurs chinois n'ont pas été spécifiquement ciblés par le contrôle des concentrations dans le cadre de droit de la concurrence, du moins selon les informations lacunaires divulguées par les rapports annuels publiés par l'Autorité de la concurrence au cours des cinq dernières années. Selon le rapport annuel 2021, 272 décisions ont été rendues, y compris l'opération autorisée de rachat de Conforama par Mobilux (qui détient l'enseigne But)⁴⁴⁸². Une décision d'interdiction a été rendue concernant la prise de contrôle de l'oléoduc Pipeline Méditerranée-Rhône par le groupe Ardian, considérant que celle-ci comportait des risques importants d'augmentation du prix du transport d'hydrocarbures dans le sud de la France⁴⁴⁸³. En 2020, l'Autorité de la concurrence a rendu 195 décisions, dont l'autorisation sous condition du rachat de Leader Price par Aldi⁴⁴⁸⁴, l'autorisation sans condition de l'acquisition de 511 magasins Camaïeu par la société d'investissement Financière Immobilière Bordelaise⁴⁴⁸⁵, ainsi que l'autorisation du rachat de 366 magasins La Halle par le groupe Beaumanoir⁴⁴⁸⁶. En 2019, 316 décisions ont été rendues⁴⁴⁸⁷, comprenant l'autorisation sous réserve de la prise de contrôle exclusive de la société Mondadori France par la société Reworld Media⁴⁴⁸⁸. En 2018, l'Autorité a rendu 320 décisions, parmi lesquelles la décision sous

⁴⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁸⁰ -Le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ;

-Le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ;

-L'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁴⁴⁸¹ Catala Marty J., Doumoulakis L., Sauer C., « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *op.cit.*, p. 49

⁴⁴⁸² Rapport annuel 2021 de l'Autorité de la concurrence, p.6

⁴⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁴⁸⁴ Rapport annuel 2020 de l'Autorité de la concurrence, p.78

⁴⁴⁸⁵ *Id.*, p.79

⁴⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁸⁷ Rapport annuel 2019 de l'Autorité de la concurrence, p.17

⁴⁴⁸⁸ *Id.*, p.20

réserve de la prise de contrôle par Carrefour des sociétés Zormat, Les Chênes et Puech Eco⁴⁴⁸⁹, ainsi que la création d'une entreprise commune par les sociétés Global Blue et Planet Payment⁴⁴⁹⁰. En 2017, l'Autorité a pris 605 décisions et avis sur le contrôle des concentrations⁴⁴⁹¹, dont l'autorisation sous réserve de la création d'une entreprise commune par les sociétés la Poste et Suez RV France⁴⁴⁹², la prise de contrôle exclusive de la société Totalgaz SAS par la société UGI Bordeaux Holding SAS⁴⁴⁹³, et la prise de contrôle exclusif des sociétés Bricorama France SAS, Bricorama Méditerranée SL et Bricorama Asia LTD par la société ITM Equipement de la Maison⁴⁴⁹⁴. Le cas le plus récent, en septembre 2022, concerne l'abandon du projet de fusion entre TF1 et M6, suite à l'annonce par l'Autorité de la concurrence de ses exigences pour approuver cette opération, qui comprenaient « a minima la cession de la chaîne TF1 ou de la chaîne M6 »⁴⁴⁹⁵.

1371. Dans un contexte général de renforcement du rôle de régulation de l'État, il semble que le droit de la concurrence tende à devenir un allié objectif « des investissements internationaux »⁴⁴⁹⁶, ce qui constitue une fois de plus un détournement de son objectif initial. Au moins en ce qui concerne la France, il n'a pas encore été transformé en un outil juridique par l'autorité administrative pour servir des intérêts politiques.

B. Les mesures environnementales

1372. L'impact des activités humaines sur le changement climatique est de plus en plus visible de nos jours, avec des événements tels que les incendies en Gironde, en Espagne et en Italie pendant l'été 2022, ainsi que les inondations en Allemagne la même année. Il est généralement accepté que les polluants soient responsables de ces événements. Cependant, en droit international de l'investissement, la responsabilité des grandes entreprises est rarement examinée. De même, dans le cadre du droit international de l'environnement, ce sont les États, plutôt que les multinationales, qui jouent un rôle central dans l'Accord de Paris, même si la question du changement climatique nécessite la participation des entreprises multinationales,

⁴⁴⁸⁹ Rapport annuel 2018 de l'Autorité de la concurrence, p.14

⁴⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁴⁹¹ Rapport annuel 2017 de l'Autorité de la concurrence, p.20

⁴⁴⁹² *Id.*, p.13

⁴⁴⁹³ *Id.*, p.14

⁴⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁹⁵ Le Monde avec AFP, « TF1 et M6 abandonnent leur projet de fusion », *Le Monde*, le 16 septembre 2022[en ligne : https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2022/09/16/tf1-et-m6-abandonnent-leur-projet-de-fusion_6141970_3236.html] [consulté le 30 novembre 2022]

⁴⁴⁹⁶ Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *op.cit.*, p.101

qui sont souvent considérées comme « les principales responsables »⁴⁴⁹⁷. Bien que le droit des investissements internationaux, tel qu'exprimé dans la *lex feranda*, cherche à rééquilibrer les responsabilités entre le pays d'accueil et les investisseurs, ce rééquilibrage ne semble pas encore conduire à une recherche généralisée de la responsabilité des multinationales dans le cadre des investissements étrangers. En effet, la nouvelle orientation montre plutôt que ces responsabilités des entreprises ne sont recherchées que dans le cadre du droit national de l'environnement, y compris en ce qui concerne les émissions des gaz à effet de serre⁴⁴⁹⁸.

1373. En droit interne, la France est plus avancée que de nombreux autres pays en ce qui concerne la législation des mesures relatives à l'environnement, notamment en ce qui concerne la RSE et le changement climatique. Il faut toutefois rappeler que ces mesures en droit interne ne ciblent pas spécifiquement les investisseurs étrangers. Au contraire, elles s'appliquent de manière identique aux investisseurs nationaux et étrangers. Étant donné que ce sujet a un lien limité avec notre thèse, nous allons aborder les mesures environnementales appliquées en France de manière générale.

1374. Le régime de la RSE a d'abord été introduit en France par l'article 225 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010⁴⁴⁹⁹, prévoyant l'obligation pour les entreprises de publier des informations extra-financières concernant leurs engagements sociétaux en faveur du développement durable. Le Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 a ensuite été promulgué pour l'application de cette loi. Selon le décret, l'obligation de publication d'informations relatives à la RSE ne concerne que les grandes entreprises, à savoir les sociétés cotées, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions non cotées dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires est d'au moins de 100 millions d'euros et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est au moins de 500⁴⁵⁰⁰.

⁴⁴⁹⁷ Abadie P., « L'alliance du droit climatique et de la RSE au soutien de la lutte contre la déforestation importée », *op.cit.*, p.1369

⁴⁴⁹⁸ v. *CE*, 19 novembre 2020, n°427301, *Grande-Synthe*, v. également Parance B., Rochfeld J., « Tsunami juridique au Conseil d'Etat, Une première décision « climatique » historique », *JCP G*, n°49, le 30 novembre 2020, p. 2138-2141 ; *T.A.Paris*, 1^{re} ch., 14 octobre 2021, *Assoc.Oxfqm France et a.*, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976, v. également Boutonnet M.H., « Jugement de « l'affaire du siècle », une logique comptable et correctrice », *JCP G*, n°46, le 15 novembre 2021, p. 2080-2083, *T. La Haye*, 24 juin 201, n°C/09/456689, v. également Ilcheva A-A., « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine », *D.*, n°38, le 4 novembre 2021, p.1968-1970 ; Huglo C., Plaine C.I., « Panorama du contentieux climatique 2020-2021 : vers une accélération », *JSS*, n°88, le 15 décembre 2021, p.3-15

⁴⁴⁹⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

⁴⁵⁰⁰ Décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, l'article 1

1375. La transposition en 2017 de la directive 2014/95/UE via l'ordonnance du 19 juillet 2017⁴⁵⁰¹ et l'article 216 de la loi n°217-86 du 27 janvier 2017 fournit davantage d'informations sur ce qui doit être déclaré en ce qui concerne les performances extra-financières. Il s'agit des informations relatives aux conséquences de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit sur le changement climatique, de ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, des accords collectifs conclus dans l'entreprise et de leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés et des actions visant à lutter contre les discriminations et à promouvoir les diversités⁴⁵⁰². Le seuil reste inchangé⁴⁵⁰³. Pour les sociétés côtées qui n'ont pas dépassé le seuil susmentionné, l'information requise est plus légère, à savoir les évolutions, les résultats ou la situation de la société concernant les questions liées à l'environnement et au personnel⁴⁵⁰⁴.

1376. En plus des nouvelles informations à déclarer dans le rapport relatif à la RSE, les grandes entreprises doivent inclure les conséquences sociales et environnementales de leurs activités dans leurs plans de vigilance⁴⁵⁰⁵. Le critère de l'effectif détermine ce qu'est une grande entreprise. Par exemple, pour une société ayant son siège en France, l'effectif est de plus de cinq mille salariés⁴⁵⁰⁶. Pour les sociétés ayant des filiales directes ou indirectes en France, le seuil est de plus de dix mille salariés dans le monde⁴⁵⁰⁷. L'objectif d'une telle obligation de vigilance est d'exiger « des plus grandes entreprises françaises de prendre la charge de la propagation des normes internationales relatives aux droits humains, à la protection de la santé et de l'environnement »⁴⁵⁰⁸. Toutefois, cette obligation de vigilance a une « nature plus comminatoire que les principes eux-mêmes lesquels ne sont conçus que comme des recommandations à portée non contraignante »⁴⁵⁰⁹. Le domaine de la vigilance relatif à l'environnement « apparaît particulièrement large et même difficilement maîtrisable »⁴⁵¹⁰. En

⁴⁵⁰¹ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

⁴⁵⁰² Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, l'article 1

⁴⁵⁰³ Code de commerce, article R225-104

⁴⁵⁰⁴ Code du commerce, article L225-100-1

⁴⁵⁰⁵ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, l'article 1

⁴⁵⁰⁶ Code du commerce, Article L225-102-4

⁴⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁰⁸ Poracchia D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op.cit.*, p. 21

⁴⁵⁰⁹ *Id.*, p. 14

⁴⁵¹⁰ *Id.*, p. 15

effet, dans une décision du Conseil Constitutionnel⁴⁵¹¹, il a été jugé que « la généralité des termes employés »⁴⁵¹² par les législateurs, ainsi que le « caractère large et indéterminé de la mention des « droit humains » et des « libertés fondamentales » »⁴⁵¹³, ne permettaient pas d'agrèer la constitutionnalité des dispositions instituant une amende pour le manquement aux obligations de vigilance.

1377. Hormis la législation, le Code de gouvernement d'entreprise Middlenext (ci-après code Middlenext) ainsi que le Code Afep-Medef ont également inclus les directives sur les questions de la RSE⁴⁵¹⁴. Plus précisément, comme les PME ne sont pas concernées par la législation, il est considéré que le Code Middlenext est « destiné à des valeurs moyennes ou petites »⁴⁵¹⁵, dont la RSE a été incluse dans la nouvelle version de 2021. Le code Middlenext conseille la création d'un comité spécialisé en RSE. Il est toutefois admis qu'en l'absence de « critères rigoureux »⁴⁵¹⁶ définis par le Code Middlenext, le comité RSE pourra réfléchir au « partage de la valeur »⁴⁵¹⁷.

1378. Outre ces mesures relatives à la RSE, la loi climatique a été promulguée le 22 août 2022⁴⁵¹⁸, mais n'a procédé « qu'à de timides ajustements en droit des affaires »⁴⁵¹⁹, malgré des « objectifs ambitieux »⁴⁵²⁰ faisant référence directe aux accords de Paris. La loi prévoit des évolutions au devoir de vigilance pour les sociétés produisant ou commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière⁴⁵²¹. Elle prévoit également la possibilité, dans le cadre de la commande publique, d'exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui n'ont pas respecté les obligations d'établir un plan de vigilance tel que prévu par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce⁴⁵²². Hormis ces mesures visant à « verdir l'économie » indiquées dans le Chapitre Ier du Titre III de ladite loi, des mesures visant à « adapter l'emploi à transition écologique » sont proposées dans le Chapitre II de la loi.

⁴⁵¹¹ *Cons.const.*, 23 mars 2017, n°2017-750 DS

⁴⁵¹² *Id.*, paragr. 13

⁴⁵¹³ *Ibid.*

⁴⁵¹⁴ Couret A., « Le Code de gouvernement d'entreprise Middlenext 2021 », *BJS*, novembre 2021, p. 36

⁴⁵¹⁵ *Ibid.*

⁴⁵¹⁶ *Id.*, p.38

⁴⁵¹⁷ *Ibid.*

⁴⁵¹⁸ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (1)

⁴⁵¹⁹ Leray G., « La loi climat et l'entreprise », *Rev. Sociétés*, décembre 2021, p.682

⁴⁵²⁰ *Ibid.*

⁴⁵²¹ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (1), l'article 273

⁴⁵²² Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (1), l'article 35

L'article L2241-12 du Code du travail a donc été modifié et prévoit la renégociation tous les trois ans dans les branches professionnelles, non seulement des conditions de travail, mais également des réponses apportées « aux enjeux de la transition écologie ». Ainsi, la modification apportée aux articles L4133-1 et suivants ajoute « un volet environnemental aux missions du comité social et économique »⁴⁵²³. Enfin, des organismes paritaires en charge du congé individuel de formation se voient ajouter une nouvelle mission par l'article 43 de la loi du 22 août 2022, à savoir, « informer les entreprises sur les enjeux liés au développement durable et de les accompagner dans leurs projets d'adaptation à la transition écologique, notamment par l'analyse et la définition de leurs besoins en compétences ». Si les nouvelles responsabilités introduites par la loi climatique n'ont causé que des ajustements limités en droit des affaires⁴⁵²⁴, ce n'est pas le cas pour le droit du travail, où l'on note un « accroissement des contraintes pesant sur l'action des entreprises et d'affaiblissement - ou risques d'affaiblissement - de leur compétitivité dans un monde très concurrentiel où tous les États sont loin d'appliquer des normes aussi rigoureuses que celles en vigueur sur le territoire français »⁴⁵²⁵.

II. Les mesures prises au titre de la sécurité nationale

1379. Après plusieurs renforcements du contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers originaires de pays tiers et les mesures temporaires applicables pendant la crise sanitaire, la direction générale du Trésor a publié en septembre 2022 les « Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France » afin de clarifier le régime du contrôle au titre de la sécurité nationale (A). Selon les praticiens, ces Lignes directrices sont « extrêmement intéressantes, car les décisions du ministre de l'Économie sur ce sujet ne sont pas publiques »⁴⁵²⁶. Depuis 2019, la direction générale du Trésor publie également les chiffres clés concernant les contrôles effectués, avec le premier rapport annuel publié en mars 2022 sur la mise en place du régime en France (B).

A. Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale

1380. Comme abordé précédemment dans la première partie de cette étude, nous avons analysé l'évolution des dispositifs de filtrage des investissements étrangers en France. À présent,

⁴⁵²³ Teyssié B., « Lutte contre le dérèglement climatique et « verdissement » du Code du travail », *JCP G*, n°46, le 15 novembre 2021, p.2077

⁴⁵²⁴ Leray G., « La loi climat et l'entreprise », *op.cit.*, p.682

⁴⁵²⁵ *Id.*, p.2078

⁴⁵²⁶ Roulhac B., « Bercy donne le « la » sur le contrôle des investissements étrangers », *AGEFI*, le 12 septembre 2022

nous procéderons à une description détaillée des mesures actuellement en vigueur en France, dans le but de les comparer aux pratiques adoptées par d'autres pays développés.

1381. La législation française sur le contrôle des investissements étrangers, alignée avec le droit européen depuis la promulgation du Règlement (UE) 2019/452 en 2019, repose sur la protection de la sécurité publique, de l'ordre public et des intérêts de la défense nationale, conformément à l'article L151-3 du Code monétaire et financier. Selon les Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France, publiées par la direction générale du Trésor en septembre 2022 (ci-après les lignes directrices de 2022), le contrôle d'une opération d'investissement est basé sur trois critères cumulatifs : la présence d'un investisseur étranger, une opération d'investissement dans une entité de droit français, et l'exercice par l'entité objet de l'investissement d'une ou de plusieurs activités susceptibles de porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale⁴⁵²⁷.

1382. Concernant le caractère « étranger » d'un investisseur, l'article R151-1 du Code monétaire et financier prend en compte à la fois le critère de la « nationalité » et le critère de la « résidence ». Ainsi, sont considérées comme étrangères toutes les personnes physiques de nationalité étrangère, ainsi que toutes les personnes physiques de nationalité française ayant leur domicile fiscal à l'étranger au sens de l'article 4 B du Code général des impôts. En ce qui concerne les personnes morales, la liste comprend toute entité de droit étranger et toute entité de droit français contrôlée par une ou plusieurs personnes ou entités de nationalité étrangère ou français non-résidentes. Pour les contrôles de fait, la loi renvoie à l'article L430-1 du Code de commerce. En ce qui concerne les multinationales, toutes les personnes et entités appartenant à une chaîne de contrôle sont considérées comme des investisseurs étrangers selon ce même article. Plus précisément, cela signifie que les filiales françaises établies en vertu du droit français par une entreprise chinoise sont également considérées comme des investisseurs étrangers. En effet, les lignes directrices du 2022 confirment explicitement que « tout membre de la chaîne de contrôle est considéré comme un investisseur »⁴⁵²⁸. De plus, « il suffit qu'un seul membre de cette chaîne soit un investisseur étranger au sens de la réglementation IEF⁴⁵²⁹, pour que le critère de l'investisseur étranger soit rempli »⁴⁵³⁰.

⁴⁵²⁷ Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers, p.6

⁴⁵²⁸ Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers, p.8, 1.1.3

⁴⁵²⁹ Investissements étrangers en France

⁴⁵³⁰ *Ibid.*

1383. Ensuite, en ce qui concerne « une opération d'investissement dans une entité de droit français », l'article R151-2 du Code monétaire et financier prévoit trois type d'opérations: l'acquisition du contrôle d'une entité de droit français, la notion de contrôle faisant référence à l'article L233-3 du Code de commerce ; l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français ; enfin, l'acquisition directe ou indirecte, seul ou de concert, d'un seuil de 25% des droits de vote d'une entité de droit français. Il convient de noter que ce seuil a été temporairement abaissé à 10% des droits de vote du CAC 40 dans le contexte de la crise sanitaire, par le Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020⁴⁵³¹, qui a ensuite été prolongé jusqu'au 31 décembre 2021 via le décret n° 2020-1729 du 28 décembre 2020⁴⁵³². Ce décret a de nouveau été prolongé jusqu'au 31 décembre 2022 par le décret n° 2021-1758 du 22 décembre 2021⁴⁵³³. Il est toutefois précisé par les lignes directrices de 2022 que « les opérations et montages constituant un investissement sont multiples et n'ont pas été énumérés de manière limitative par la réglementation »⁴⁵³⁴. En effet, d'autres formes d'investissement peuvent également être qualifiées comme une opération soumise au contrôle par l'administration au sens de l'article R151-2 du Code monétaire et financier.

1384. En ce qui touche au dernier critère évoqué par la direction générale du Trésor concernant les activités sensibles, la France a établi une distinction entre les activités sensibles par nature, celles liées aux infrastructures, biens ou services essentiels pour garantir la sécurité publique et l'ordre public, ainsi que les activités de recherche et développement portant sur des technologies critiques et des biens et technologies à double usage, conformément à l'article R151-3 du Code monétaire et financier⁴⁵³⁵.

1385. La première catégorie relève de l'alinéa I de l'article R151-3 du Code monétaire et financier et englobe le domaine de la défense⁴⁵³⁶, les biens et technologies à double usage, les jeux d'argent, à l'exception des casinos ; les activités relatives aux moyens destinés à faire face à l'utilisation illicite d'agents pathogènes ou toxiques, ou à prévenir les conséquences sanitaires

⁴⁵³¹ v. Partie I, Chapitre 2, Section 2, §1. B

⁴⁵³² Décret n° 2020-1729 du 28 décembre 2020 modifiant le décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JO*, le 30 décembre 2020, texte n°35

⁴⁵³³ Décret n° 2021-1758 du 22 décembre 2021 prorogeant l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, *JO*, le 24 décembre 2021, texte n°12

⁴⁵³⁴ Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers, p.10, 1.2

⁴⁵³⁵ Direction générale du Trésor, FAQ Le contrôle des investissements étrangers en France, mars 2022, p. 3

⁴⁵³⁶ Il englobe également la sécurité des systèmes d'information, la cryptologie, ainsi que les matériels ou dispositifs techniques conçus pour permettre l'interception des correspondances ou la détection à distance des conversations, ainsi que la captation de données informatiques.

d'une telle utilisation ; les activités de traitement, de transmission ou de stockage de données, ainsi que les activités relatives aux infrastructures, biens ou services essentiels. La deuxième catégorie est prévue par l'alinéa II de l'article R151-3 du Code monétaire et financier et s'appuie sur une notion déjà utilisée aux États-Unis, celle des infrastructures critiques. En France, cela concerne les infrastructures, biens ou services essentiels pour garantir l'approvisionnement en énergie, en eau, les moyens de transport, l'espace, les communications électroniques, la protection de la santé publique, l'agriculture, la presse, ainsi que les missions de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des services de sécurité civile, de la défense, et l'exercice des missions de sécurité publique de la douane et des sociétés agréées de sécurité privée. Enfin, la dernière catégorie concerne les activités de recherche et développement portant sur des technologies critiques et des biens et technologies à double usage faisant, conformément au règlement (CE) n° 428/2009. La liste des technologies critiques est définie par l'article 6 de l'Arrêté du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France et englobe les technologies mentionnées au 1° du III de l'article R. 151-3 du Code monétaire et financier, à savoir la cybersécurité, l'intelligence artificielle, la robotique, la fabrication additive, les semi-conducteurs, les technologies quantiques, le stockage d'énergie, les biotechnologies et les technologies intervenant dans la production d'énergie renouvelable.

1386. L'administration dispose de pouvoirs multiples d'injonction si une opération relevant du champ d'application du filtrage n'a pas préalablement obtenu d'autorisation. Elle peut ainsi demander le dépôt d'une demande d'autorisation, le rétablissement de la situation antérieure ou la modification de l'investissement, conformément à l'article L.151-3-1 du Code monétaire et financier. Le même article prévoit également la possibilité de procéder à la liquidation sous l'ordre des autorités françaises en cas d'inexécution totale ou partielle ou de retard d'exécution. Des mesures conservatoires sont également prévues par la loi. Le ministre chargé de l'Économie peut prononcer la suspension des droits de vote ; interdire ou limiter la distribution des dividendes ou des rémunérations ; suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie des actifs, et désigner un mandataire chargé de veiller au sein de l'entreprise⁴⁵³⁷. Pour un investissement réalisé en méconnaissance des termes de l'autorisation préalable, le ministre susmentionné peut retirer l'autorisation ou enjoindre à l'investisseur, auquel incombait l'obligation non exécutée, de la respecter ou de l'exécuter dans un délai fixé⁴⁵³⁸.

⁴⁵³⁷ L.151-3-1 du code monétaire et financier

⁴⁵³⁸ *Ibid.*

1387. Enfin, en ce qui concerne la procédure de contrôle, le délai initial d'examen est de 30 jours ouvrés, tandis que celui pour la deuxième phase d'instruction est de 45 jours ouvrés⁴⁵³⁹. En l'absence de réponse de la part de l'administration, la demande d'autorisation est réputée être rejetée⁴⁵⁴⁰. De plus, l'article R151-8 du Code monétaire et financier prévoit la possibilité d'ouverture d'un examen complémentaire pour les dossiers les plus sensibles et complexes afin de déterminer les conditions permettant d'octroyer l'autorisation, avec un délai de 45 jours ouvrés également.

1388. À l'instar des procédures aux États-Unis, les informations relatives au contrôle ne sont pas destinées à être partagées avec l'investisseur « pour des raisons de confidentialité et de respect du secret des affaires »⁴⁵⁴¹.

1389. Les décisions du ministre sont susceptibles de recours contentieux devant le tribunal administratif. En outre, conformément aux lignes directrices de 2022, un recours administratif peut être introduit auprès du ministre chargé de l'économie dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision⁴⁵⁴².

B. Les opérations soumises au contrôle

1390. En raison de la confidentialité, très peu d'informations sont disponibles concernant les opérations bloquées par l'administration française. La consultation ou la communication d'informations pourrait porter « atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'État, à la sécurité publique, à la sécurité des personnes ou à la sécurité des systèmes d'information des administrations »⁴⁵⁴³. De plus, la divulgation de ces informations relatives à la situation économique de l'entreprise pourrait « influencer la valorisation de la société »⁴⁵⁴⁴. Les seules exceptions à cette règle concernent les opérations qui ont attiré l'attention du public ou dont certains des informations ont été divulguées par les médias. En conséquence, la procédure reste opaque, à l'instar des autres pays développés, ce qui rend difficile l'obtention d'informations détaillées sur les opérations bloquées par l'administration française.

⁴⁵³⁹ R.151-6 du code monétaire et financier ; Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers, p.31, 2.2.3 a) i)

⁴⁵⁴⁰ R.151-6 du code monétaire et financier

⁴⁵⁴¹ Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers, p.31, 2.2.3 a) iii)

⁴⁵⁴² *Id.*, p.37, 2.2.3 f)

⁴⁵⁴³ Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France publié par Direction général du Trésor en septembre 2022, p. 36, d)

⁴⁵⁴⁴ *Ibid.*

1391. Parallèlement, les praticiens ont également observé qu'« il est extrêmement rare que le Ministre officialise un refus d'autorisation »⁴⁵⁴⁵. Historiquement, plusieurs opérations, malgré leur succès, ont suscité de vives discussions en France. La plus célèbre est l'achat d'Alstom par GE, qui a mobilisé la promulgation du décret n°2014-479 du 14 mai 2014⁴⁵⁴⁶, également appelé le « décret Alstom »⁴⁵⁴⁷ ou encore le « décret Montebourg ». En 2015, la vente de l'aéroport de Toulouse Blagnac à un consortium chinois a de nouveau soulevé des questions concernant la protection de la souveraineté⁴⁵⁴⁸. Après quatre ans de gestion, les 49.99% des parts détenues par le consortium chinois ont été revendues au groupe français Eiffage⁴⁵⁴⁹. La même année, une autre opération, qualifiée par les médias de « bataille boursière historique »⁴⁵⁵⁰ et de « la plus disputée qu'ait connue la place de Paris »⁴⁵⁵¹, impliquait l'achat par le groupe chinois Fosun de 18.9% du capital de Club Med auprès Andrea Bonomi, un homme d'affaires italien⁴⁵⁵².

1392. Depuis l'entrée en vigueur du règlement (UE) 2019/452, le droit souverain de filtrer les investissements étrangers est reconnu et confirmé par la Commission européenne. Dans ce contexte, plusieurs opérations refusées par le gouvernement français ont fait grand bruit auprès du public. La première concerne la transaction de 425 millions d'euros pour l'achat de Photonis (société française) par Teledyne (groupe américain) en décembre 2020. Cette transaction a fait l'objet d'un refus officiel, divulgué au public via une communication écrite à la *Securities and Exchange Commission* des États-Unis⁴⁵⁵³. Le refus a été motivé par la protection des intérêts stratégiques nationaux⁴⁵⁵⁴. Ensuite, l'achat de British Steel en faillite par le groupe chinois Jingye en mars 2020 a exclu l'usine d'Hayange en France sous pression de l'administration française⁴⁵⁵⁵. Cette décision de l'investisseur chinois d'exclure l'usine d'Hayange de son projet

⁴⁵⁴⁵ Catala Marty J., Doumoulakis L., Sauer C., « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *op.cit.*, p. 51

⁴⁵⁴⁶ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, *JO*, le 15 mai 2014, p. 8062

⁴⁵⁴⁷ Pour rappel, l'annonce du rachat de la branche énergie d'Alstom par General Electric des États-Unis a été faite en 2013, et la transaction a été finalisée en 2014.

v. Cohen C., « Pourquoi la vente controversée d'Alstom à General Electric fait à nouveau parler d'elle », *Le Figaro*, le 24 juillet 2019

⁴⁵⁴⁸ Le Monde avec AFP, « La vente de l'aéroport de Toulouse-Blagnac au consortium chinois a bien été finalisée », *Le Monde*, le 6 juillet 2015

⁴⁵⁴⁹ Calvi Y., « Aéroport de Toulouse-Blagnac : comment expliquer le revirement de la Chine ? », le 2 janvier 2020[en ligne : <https://www.rtl.fr/actu/economie-consommation/aeroport-de-toulouse-blagnac-comment-expliquer-le-revirement-de-la-chine-7799816978>] [consulté le 17 avril 2022]

⁴⁵⁵⁰ Dicharry E., « Ça s'est passé en 2015 : le Club Med sous pavillon chinois », *Les Echos*, le 21 décembre 2015

⁴⁵⁵¹ Bayart B., « Le Club Med passe sous pavillon chinois », *Le Figaro*, le 4 janvier 2015

⁴⁵⁵² Dicharry E., « Ça s'est passé en 2015 : le Club Med sous pavillon chinois », *op.cit.*

⁴⁵⁵³ *Id.*, p.51-52

⁴⁵⁵⁴ Voir Partie I, Chapitre 2, Section 2

⁴⁵⁵⁵ Le Parisien, « British Steel racheté par le chinois Jingye, mais sans l'usine française d'Hayange », *Le Parisien*, le 3 mars 2020[en ligne : <https://www.leparisien.fr/economie/british-steel-rachete-par-le-chinois-jingye-mais-sans-l-usine-francaise-d-hayange-03-03-2020-8271459.php>] [consulté le 21 septembre 2022]

d'acquisition a été publiée par la presse⁴⁵⁵⁶, alors que le refus de l'administration n'a pas été divulgué par les médias. Selon les praticiens, la décision administrative a été implicitement confirmée par une audition de la Présidente de la Commission de la Défense devant l'Assemblée nationale⁴⁵⁵⁷. Ensuite, l'achat de Carrefour par Tard⁴⁵⁵⁸ en janvier 2021 a été abandonné conjointement par les deux parties à la suite de l'opposition ferme du gouvernement français⁴⁵⁵⁹. Le ministre de l'Économie et des Finances Bruno Le Maire a publiquement motivé son désaccord au titre de « la souveraineté alimentaire et la défense du premier employeur privé de France »⁴⁵⁶⁰.

1393. Pour les opérations ayant obtenu l'autorisation, les mesures d'atténuation (« *mitigation measures* ») appliquées aux États-Unis sont de plus en plus utilisées par les autorités françaises, sous la forme de « lettre d'engagement »⁴⁵⁶¹. Ces engagements, dans le cas des dossiers sensibles concernés, peuvent être « complétés par des interdictions d'accès de l'investisseur à des sites, à des informations sensibles mais aussi à des données relatives à une branche d'activité »⁴⁵⁶². En effet, la notion de sécurité nationale reste ambiguë, et en l'absence d'une définition explicite, « les activités jugées sensibles par l'État peuvent être totalement opaques pour l'investisseur »⁴⁵⁶³, empêchant les investisseurs d'obtenir une vision précise pour la gestion de leurs activités. Cette transition va d'un libéralisme extrême vers un autre extrême, à savoir l'interventionnisme, où le droit à une explication est laissé entièrement à la discrétion d'administration.

1394. Malheureusement, nous ne disposons pas de plus d'informations sur les autres transactions refusées par l'administration française, à part ce qui a été relayé dans la presse.

1395. Depuis 2019, la direction générale du Trésor a divulgué des chiffres clés concernant les investissements étrangers en France (ci-après IEF) des années précédentes, afin de répondre à l'objectif de renforcement de la transparence de l'action gouvernementale prévu par les articles L.151-6 et L151-7 du Code monétaire et financier à la suite de la promulgation de la loi PACTE.

⁴⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁵⁷ Assemblée Nationale, Commission de la Défense Nationale et des Forces Armées, Audition de Madame Florence Parly, Ministre des Armées, Lundi 11 mai 2020, Séance de 16 heures, Compte-rendu n°50, cité dans Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p. 3

⁴⁵⁵⁸ Voir Partie I, Chapitre 2, Section 2

⁴⁵⁵⁹ La Tribune, « Carrefour et Couche-Tard renoncent à leur fusion », *La Tribune, op.cit.*

⁴⁵⁶⁰ Bertrand P., « Couche-Tard : l'occasion manquée pour Carrefour », *Les Echos, op.cit.*

⁴⁵⁶¹ Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *op.cit.*, p. 3

⁴⁵⁶² *Ibid.*

⁴⁵⁶³ *Ibid.*

Toutefois, les informations publiées sont très limitées en comparaison de celles divulguées dans les rapports du Canada et des États-Unis. Selon ces chiffres publiés, le nombre d'opérations soumises au contrôle augmente chaque année, voire a doublé en cinq ans, alors que le nombre de projets d'investissements n'est plus communiqué depuis l'année 2020. Le tableau ci-dessous récapitule les données relatives aux opérations contrôlées en se basant sur les informations publiées par la Direction générale du Trésor⁴⁵⁶⁴ :

Tableau 4.1 :

Année	Nombre total d'opérations	Nombre d'opérations soumises à examen		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
2017	1298	137		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
		46%	39%	15%
2018	1323	184		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
		35%	45%	20%
2019	1469	216		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
		38%	32%	32%
2020	n.a.	275		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
		50.5%	31.5%	18%
2021	n.a.	328		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
		56.9%	29.4%	13.7%
2022	n.a.	325		
		Catégorie 1	Catégorie 2	Catégorie 3
		23.7%	24.4%	51.9%

Catégorie 1 : secteurs de défense et sécurité

Catégorie 2 : secteurs mixtes de défense et sécurité et ainsi que les infrastructures et technologies critiques

Catégorie 3 : les infrastructures et technologies critiques

1396. En ce qui concerne les sources d'investissement, la Chine ne figure pas parmi les principaux investisseurs. Les pays d'origine principaux des investissements en France en dehors de l'Union européenne sont le Royaume-Uni et les États-Unis. À l'intérieur de l'Union européenne, ce sont l'Allemagne et le Luxembourg qui se démarquent comme les principaux investisseurs. Le tableau ci-dessous répertorie les origines des principaux investisseurs, basé sur les informations disponibles dans les rapports de la direction générale du Trésor⁴⁵⁶⁵:

⁴⁵⁶⁴ Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2017, 10 septembre 2019 ; Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2018, 16 septembre 2019 ; Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2019, 23 septembre 2020 ; Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2020, 24 mars 2021 ; Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2021, mars 2022 ; Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2022, mai 2023

⁴⁵⁶⁵ Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2017, 10 septembre 2019 ; Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2018, 16 septembre 2019 ; Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des

Tableau 4.2

Origine des principaux investisseurs autorisés		
Année	Hors l'UE	UE
2017	60% Principal pays : États-Unis	40% Principal pays : Allemagne
2018	50% Principal pays : États-Unis, Canada, Suisse, Japon	50% Principal pays : Royaume-Uni, Allemagne
2019	57% Principal pays : États-Unis, Canada, Suisse	43% Principal pays : Royaume-Uni, Allemagne
2020	49.5% Principal pays : États-Unis, Canada, Suisse	50.5% Principal pays : Royaume-Uni, Allemagne, Luxembourg
2021	58.8% Principal pays : Royaume-Uni, États-Unis, Canada	41.2% Principal pays : Allemagne, Luxembourg, Irlande
2022	65.8% Principal pays : Royaume-Uni, États-Unis, Canada	34.2% Principal pays : Allemagne, Luxembourg, Italie

1397. Il faut toutefois préciser que le premier rapport concernant le contrôle des investissements étrangers en France a été publié en mars 2022, où quelques informations complémentaires ont été divulguées. Parmi les 328 dossiers contrôlés⁴⁵⁶⁶, 124 opérations ont été autorisées, dont 67 autorisations sous conditions⁴⁵⁶⁷. Selon le rapport de 2022, l'augmentation de la proportion de catégories hors défense, « reflète les élargissements successifs des secteurs visés par la réglementation »⁴⁵⁶⁸ dans ces domaines. En ce qui concerne les catégories d'investisseurs, 42% des investisseurs soumis au contrôle sont des investisseurs financiers, 42.5% sont des investisseurs industriels et 8.9% sont des personnes physiques⁴⁵⁶⁹. Enfin, une procédure de demande d'examen préalable permet à l'investisseur étranger de saisir la direction en amont pour vérifier si l'activité de l'entreprise française cible entre ou non dans le champ d'application du contrôle IEF. En 2021, 41 demandes d'examen préalable ont été clôturées par l'administration française⁴⁵⁷⁰, et 76% des instructions de demandes préalables ont conclu à l'inéligibilité des activités au contrôle IEF⁴⁵⁷¹. Toutefois, le rapport publié en mai 2023 sur l'année 2022 a fourni moins d'information par rapport à l'an dernier, indiquant que 70

IEF en 2019, 23 septembre 2020 ; Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2020, 24 mars 2021 ; Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2021, mars 2022, p.7 ; Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2022, mai 2023, p.12

⁴⁵⁶⁶ Il s'agit d'une augmentation de 31.2% par rapport à 2020.

⁴⁵⁶⁷ Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2021, mars 2022, p. 3

⁴⁵⁶⁸ *Id.*, p.6

⁴⁵⁶⁹ *Id.*, p.8

⁴⁵⁷⁰ *Id.*, p. 5

⁴⁵⁷¹ *Ibid.*

dossiers sont autorisés sous conditions⁴⁵⁷². Plus précisément, 76% des autorisations dans le secteur de la défense en 2022 sont assorties de conditions⁴⁵⁷³.

§2. Allemagne

1398. L'Allemagne, tout comme la France, contrôle les investissements étrangers grâce à la loi sur le commerce extérieur et les paiements (*Außenwirtschaftsgesetz*, ci-après AWG), promulguée en 1961. Contrairement à certains pays comme l'Australie, qui ont instauré un régime basé sur l'« intérêt national », ou le Canada, qui repose sur l'« avantage net », l'Allemagne n'a pas établi de système comparable. Elle a plutôt mis en place des mesures générales qui ne font pas de distinction en fonction de la nationalité des investisseurs, telles que le droit de la concurrence et le régime de *golden share*, placé sous la surveillance de l'Union européenne⁴⁵⁷⁴. En outre, la loi allemande sur la chaîne d'approvisionnement (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*) promulguée le 22 juillet 2021, constitue la première législation relative à la RSE en Allemagne⁴⁵⁷⁵.

1399. Le régime de sécurité nationale dans le pays a suivi un développement assez similaire à celui en France, marqué par de multiples modifications de la loi sur le commerce extérieur et les paiements (I). À la différence de la France, qui n'a que peu de rapports de refus d'investissements chinois, le gouvernement allemand a rejeté plusieurs acquisitions proposées par les investisseurs chinois depuis 2016 (II).

I. Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale

1400. Les contrôles sur les investissements étrangers en Allemagne, notamment en ce qui concerne les acquisitions par les investisseurs chinois, ont commencé à attirer l'attention après l'acquisition de Kuka, un fabricant de robots allemand coté en bourse, par Media, une entreprise d'électroménager cotée en Chine⁴⁵⁷⁶. Cette opération, selon les médias, « a traumatisé le pays »⁴⁵⁷⁷ et « a ouvert les yeux des Allemands sur leur vulnérabilité »⁴⁵⁷⁸. Depuis lors,

⁴⁵⁷² Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2023, mai 2023, p. 6

⁴⁵⁷³ *Id.*, p. 10

⁴⁵⁷⁴ CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-112/05 *Commission c/Allemagne*

⁴⁵⁷⁵ v. Site : <https://www.csr-in-deutschland.de/EN/CSR/CSR-national/CSR-Policies-in-Germany/csr-policies-in-germany.html>

⁴⁵⁷⁶ Schröder O., Birmanns S., « The Foreign Investment Regulation Review: Germany », *The Law Reviewer*, le 17 octobre 2021 [en ligne : <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/germany>] [consulté le 8 avril 2022]

⁴⁵⁷⁷ Houédé P., « Berlin interdit le rachat d'une entreprise allemande par un groupe chinois », *Les Echos*, le 2 août 2018

⁴⁵⁷⁸ Philippot D., « L'Allemagne ferme, un peu, sa porte aux appétits chinois », *Le Figaro*, le 11 novembre 2022

l'opinion publique s'est éloignée de la politique libérale traditionnelle. En effet, pour assurer le succès de l'acquisition, l'investisseur chinois s'était bien préparé à un contrôle relatif à la sécurité nationale. Il avait également suivi les procédures du CFIUS aux États-Unis⁴⁵⁷⁹, car Kuka disposait d'une filiale aux États-Unis. À titre de rappel, l'achat d'Aixtron SE (entreprise allemande) par Fujian Grand Chip Invest Fund (entreprise chinoise) a été abandonné par l'investisseur chinois, car le président Obama avait refusé d'autoriser une importante filiale de la société allemande située aux États-Unis⁴⁵⁸⁰. Par ailleurs, en parallèle de l'acquisition de Kuka, plusieurs opérations ont été finalisées au cours de la même année 2016. Les entreprises chinoises avaient annoncé ou finalisé des achats d'entreprises allemandes d'une valeur collective de 11,3 milliards d'euros⁴⁵⁸¹. L'Allemagne, connue pour ses entreprises de haute technologie, est depuis quelques années l'une des destinations les plus prisées par les investisseurs chinois en Europe⁴⁵⁸². Le montant et la valeur des opérations réalisées en 2016, notamment le cas de Kuka, ont incité le gouvernement allemand à modifier la loi et à instaurer un régime de filtrage des investissements étrangers similaire au régime américain.

1401. En juillet 2017, le neuvième amendement du règlement sur le commerce extérieur et les paiements (*Außenwirtschaftsverordnung*, ci-après AWW) est entré en vigueur⁴⁵⁸³. Les droits d'intervention du ministère fédéral de l'Économie et de l'Énergie (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, ci-après BMWi) ont été élargis et renforcés en ce qui concerne les acquisitions d'entreprises allemandes par des investisseurs non-européens. La modification comprend l'introduction de la notion d'infrastructure critique, similaire à celle aux États-Unis, permettant ainsi de restreindre ou d'interdire les investissements potentiels au nom de la protection de l'ordre public ou de la sécurité⁴⁵⁸⁴. Ces infrastructures critiques englobent les entreprises qui exploitent des infrastructures dans les secteurs de l'énergie, de l'eau, de l'alimentation, des technologies de l'information et des télécommunications, des soins de santé, des services financiers, des assurances, des transports, ainsi que les sociétés de logiciels si leur

⁴⁵⁷⁹ Aerssen R.V., Mordaunt A., Riegen A.V., French D., « Midea-Kuka case study: A blueprint for Chinese outbound investment », *Freshfields Bruckhaus Deringer*, [s.n.] [en ligne : <https://www.freshfields.com/en-gb/what-we-do/case-studies/midea-kuka-case-study/>] [consulté le 8 avril 2022]

⁴⁵⁸⁰ Ordre of December 2, 2016 Regarding the Proposed Acquisition of a Controlling Interest in Aixtron SE by Grand Chip Investment GmbH, Federal Register, vol 81, 88607, *op.cit.*

⁴⁵⁸¹ *Ibid.*

⁴⁵⁸² Le Revenu, « Le ton monte en Allemagne face à l'appétit chinois pour le « made in Germany » », *Le Revenu*, le 31 octobre 2016 [en ligne : <https://www.lerevenu.com/placements/economie/le-ton-monte-en-allemande-face-lappetit-chinois-pour-le-made-germany>] [consulté le 8 avril 2022]

⁴⁵⁸³ Grub M., Hempel R., Hammond J., « Tighter Regulations for M&A Transactions Involving Non-EU Investors », *CMS*, août 2017, [en ligne : <https://cms.law/en/deu/publication/tighter-regulations-for-m-a-transactions-involving-non-eu-investors>] [consulté le 9 avril 2022]

⁴⁵⁸⁴ *Ibid.*

infrastructure critique est affectée ou susceptible d'être affectée, et les entreprises disposant d'une licence pour l'infrastructure télématique⁴⁵⁸⁵. En plus des infrastructures critiques ou similaires, les activités suivantes sont susceptibles d'être contrôlées au titre de la sécurité nationale : les entreprises qui surveillent les télécommunications gouvernementales ainsi que les fournisseurs de services de *Cloud Computing*, si leurs services atteignent une certaine taille ou volume de données⁴⁵⁸⁶. En effet, l'acquisition des entreprises cibles exerçant des activités sensibles ou exploitant des infrastructures critiques fait l'objet d'une déclaration obligatoire⁴⁵⁸⁷. Par ailleurs, comme dans d'autres pays ayant élargi leur champ de contrôle, le délai d'examen a été étendu de 2 mois à 4 mois et pourra être prolongé si le BMWi entre en négociation avec l'acquéreur⁴⁵⁸⁸.

1402. Après cet amendement majeur en 2017, la loi allemande a été modifiée à plusieurs reprises pour continuer à renforcer les contrôles sur les acquisitions effectuées par les investisseurs originaires d'État tiers. En 2018, par la suite d'une tentative d'acquisition minoritaire de 20% de 50Hertz proposée par China State Grid Corporation⁴⁵⁸⁹, le gouvernement allemand a décidé de renforcer une nouvelle fois les mesures de filtrage des investissements en modifiant l'AWV. Avant cette modification, le régime général prévoyait un seuil de 25% de droit de vote pour déclencher un contrôle par le BMWi. Ce seuil de contrôle a été réduit de 25% à 10% de droit de votes, directes ou indirectes, pour les sociétés allemandes opérant dans les secteurs militaires ou de produits informatiques sensibles à la sécurité, ainsi que pour les infrastructures critiques incluses dans l'amendement du 2017⁴⁵⁹⁰. L'amendement de décembre 2018 a également ajouté les entreprises médiatiques à la liste des infrastructures critiques⁴⁵⁹¹. Cependant, pour les secteurs qui n'ont pas été visés par l'amendement, le seuil est resté à 25%⁴⁵⁹².

1403. Le troisième vague de modifications est intervenue dans le contexte de la crise sanitaire et s'est fondée sur le Règlement (UE) 2019/452 du 19 mars 2019. À noter que l'Allemagne a été l'un des trois pays à l'origine de l'instauration de ce régime en février 2017 auprès de la

⁴⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁸⁹ Sur la transaction de 50Hertz, voir II. Transactions

⁴⁵⁹⁰ Kammer C., « The extension of foreign investment control in Germany », *Reed Smith Client Alerts*, le 21 janvier 2019 [en ligne: <https://www.reedsmith.com/fr/perspectives/2019/01/the-extension-of-foreign-investment-control-in-germany>] [consulté le 9 avril 2022]

⁴⁵⁹¹ *Ibid.*

⁴⁵⁹² *Ibid.*

Commission européenne⁴⁵⁹³, avec un objectif particulier visant notamment à contrôler les investissements chinois à l'échelle européenne⁴⁵⁹⁴. En juin 2020, le quinzième amendement de l'AWV est entré en vigueur⁴⁵⁹⁵. Ce nouvel amendement a ajouté le secteur de la santé à la liste, dans le but de prévenir les acquisitions indésirables pendant la crise sanitaire. Cette modification peut être attribuée en partie à la proposition du président Trump de racheter le laboratoire allemand CureVac en début de mars 2020⁴⁵⁹⁶. En mai 2021, le dix-septième amendement de l'AWV est entré en vigueur afin d'être aligné avec le Règlement (UE) 2019/452. Cet amendement a élargi la liste des secteurs sensibles soumis à une notification obligatoire. Les secteurs suivants ont été ajoutés à la liste : les systèmes satellitaires, l'intelligence artificielle, la conduite ou l'aviation autonome/sans pilote, la robotique, la cybersécurité, les semi-conducteurs, les compteurs intelligents ainsi que les biens liés à la technologie nucléaire, la fabrication additive/l'impression 3D, et les technologies quantiques ou les droits de propriété intellectuelle classifiés par l'État⁴⁵⁹⁷. En ce qui concerne les médias, le champ d'application a été élargi par la modification de la loi sur l'Office fédéral allemand de la sécurité de l'information (*Bernische Systematische Information Gemeinden*, ci-après BSIG). Désormais, toute entreprise opérant dans l'industrie médiatique et jouant un rôle essentiel dans la formation de l'opinion publique est couverte⁴⁵⁹⁸, étendant ainsi la liste des secteurs sensibles au-delà de la radio, de la télévision et des opérateurs d'impression⁴⁵⁹⁹. De plus, un nouveau seuil de 20% a été introduit pour les nouveaux secteurs sensibles visés par le dix-septième amendement, ainsi que pour l'industrie de la santé⁴⁶⁰⁰.

1404. Après avoir discuté du développement du régime en Allemagne, nous allons maintenant présenter le régime actuellement en place. Celui-ci se compose d'un régime de contrôle spécifique par secteur, suivi d'un régime intersectoriel après le dix-septième amendement de 2021.

⁴⁵⁹³ Letter from the Governments of France, Germany and Italy, *op.cit.*

⁴⁵⁹⁴ Eric-André M., « L'Union européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », *op.cit.*, p.22

⁴⁵⁹⁵ Grädler T., Hansen A., « The Amendments(s) of the Law and the Ordinance on Foreign Trade and Payments », *Honert Newsletter*, le 30 juin 2020[en ligne: <https://honert.de/en/the-amendments-of-the-law-and-the-ordinance-on-foreign-trade-and-payments/>] [consulté le 9 avril 2022]

⁴⁵⁹⁶ Roland S., « Vaccin : l'Allemagne fait bloc face à l'offre américaine », *Libération*, le 17 mars 2020

⁴⁵⁹⁷ Stehl K., Annweiler M.J., Knop S.D., Moroni A., « Further Tightening of German Investment Screening Rules », *Sidley Industries Insights*, le 17 mai 2021[en ligne: <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2021/05/further-tightening-of-german-investment-screening-rules>] [consulté le 9 avril 2022]

⁴⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰⁰ *Ibid.*

1405. La liste de contrôle spécifique par secteur est établie conformément au Règlement (UE) 2019/452. L'article 60 de l'AWV couvre plusieurs secteurs, notamment le secteur de la défense, qui renvoie à la liste de contrôle des exportations ou de technologie de défense, à l'article 50 de la loi sur les brevets et à l'article 9 de la loi sur les modèles d'utilité. En ce qui concerne la sécurité informatique, le seuil de 10% de droit de vote s'applique conformément à l'article 60a de l'AWV aux secteurs chargés d'assurer la sécurité informatique des informations classifiées du gouvernement ou des cibles qualifiées d'installations importantes pour la défense, tel que défini par la loi sur l'habilitation de sécurité.

1406. Ensuite, l'article 55 de l'AWV prévoit des dispositions en ce qui concerne le régime intersectoriel. Celui-ci comprend l'infrastructure critique, les composants critiques, le logiciel critique, les services de *Cloud computing* et l'infrastructure⁴⁶⁰¹.

1407. Différents seuils ont été prévus pour les régimes intersectoriels, notamment 10%⁴⁶⁰² et 20%⁴⁶⁰³, définis selon l'article 55a de l'AWV. Par exemple, le seuil de 10% s'applique aux acquisitions de droits de vote relatives aux infrastructures critiques, tandis que le seuil de 20% est utilisé pour les acquisitions d'entreprises opérant dans le secteur de la technologie quantique. Afin d'empêcher les investisseurs d'éviter les contrôles en effectuant plusieurs opérations, le seuil déclenchant un examen gouvernemental s'applique non seulement à l'investissement initial, mais également à de futures acquisitions. Par exemple, une acquisition supplémentaire entraînant la détention de droits de vote dans l'entreprise cible dépassant les seuils de 20 %, 25 %, 40 %, 50 % ou 75 %⁴⁶⁰⁴. En plus des droits de vote, des contrôles atypiques sont envisagés, tels que la prise de contrôle par l'exercice d'une influence sur les activités de l'entreprise, des sièges ou des majorités supplémentaires dans les organes de surveillance ou de direction, des droits de veto sur certaines décisions stratégiques ou des droits d'information sur certaines

⁴⁶⁰¹ Ils ont fait référence à la loi sur l'Office fédéral de la sécurité de l'information ; le secteur de télécommunication qui fait référence à l'article 110 de la loi sur les télécommunications ; l'infrastructure télématique ; l'industrie médiatique ; l'infrastructure de communication de l'État qui fait référence à la loi portant création de l'Institut fédéral pour la radio numérique des autorités et des organisations chargées de tâches de sécurité ; la fabrication et le développement dans l'industrie de santé ; le système sophistiqué de téledétection terrestre au sens de de la loi sur la sécurité des données satellitaires ; l'intelligence artificielle ; les véhicules à moteur ou aéronefs sans pilote dotés d'équipements techniques pour contrôler la conduite automatisée ou autonome ; les robots ; les commutateurs micro-électroniques ou nano-électroniques ; les technologies pour protéger des systèmes informatiques ; la compagnie aérienne titulaire d'une licence d'exploitation au sens de la Régulation (EC) 1008/2008, le quantum, les logiciels spécifiques au secteur d'énergie, d'eau, de la télécommunication, du financier et des assurance de la santé.

⁴⁶⁰² Article 55a(1) 1–7 AWV

⁴⁶⁰³ Article 55a(1) 8–27 AWV

⁴⁶⁰⁴ *Ibid.*

informations sensibles de l'entreprise⁴⁶⁰⁵. L'AWV a également exclu la possibilité d'obtenir une autorisation par le biais de la procédure de déclaration volontaire pour les secteurs sensibles, tandis que la procédure de déclaration obligatoire est applicable⁴⁶⁰⁶. La procédure de déclaration volontaire se limite désormais aux secteurs non sensibles et aux secteurs exemptés de la déclaration obligatoire⁴⁶⁰⁷.

1408. L'article 2, alinéa 5 de l'AWG⁴⁶⁰⁸ définit un étranger comme toute personne et société de personne dotée de la personnalité juridique qui n'est pas un résident⁴⁶⁰⁹. Cependant, le régime de contrôle des investissements étrangers est intégré dans la loi sur le commerce extérieur et les paiements. Ce régime utilise la notion de « résident non-UE », telle que référencée à l'article 55 de l'AWV, pour le contrôle des acquisitions d'entreprises⁴⁶¹⁰. Les résidents non-UE englobent toutes les personnes et sociétés de personnes qui ne sont pas des résidentes de l'UE, conformément à l'alinéa 19 de l'article 2 de l'AWG. En revanche, la notion de « résident UE » comprend les catégories suivantes : 1) les personnes physiques résidant ou résidant habituellement dans l'Union européenne, 2) les personnes morales ou les sociétés de personnes dotées de la personnalité juridique légalement établies ou ayant leur siège social dans l'Union européenne, 3) les succursales de personnes morales établies ou ayant leur siège social dans un pays tiers si la direction des succursales se trouve dans l'Union européenne et qu'une comptabilité distincte leur est tenue, et 4) les établissements stables de personnes morales de pays tiers si les établissements stables sont administrés dans l'Union européenne⁴⁶¹¹.

1409. En ce qui concerne les acquisitions soumises à la déclaration obligatoire en fonction de la qualification des investisseurs, de nouvelles règles ont été intégrées à l'article 60 de l'AWV. Cet article s'applique aux investisseurs directement ou indirectement contrôlés par un

⁴⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁰⁸ Texte original : « Foreigners shall mean all persons and partnerships with legal personality¹ which are not residents. »

⁴⁶⁰⁹ L'alinéa 15 de l'article 2 de l'AWG définit le terme « résident » comme suit : 1) les personnes physiques résidant ou résidant habituellement en Allemagne, 2) les personnes morales et les sociétés de personnes dotées de la personnalité juridique légalement établies ou ayant leur siège en Allemagne, 3) les succursales de personnes morales étrangères ou de sociétés de personnes dotées de la personnalité juridique si la direction des succursales se trouve en Allemagne et qu'une comptabilité distincte est tenue pour elles, 4) et les établissements stables de personnes morales étrangères ou de sociétés de personnes dotées de la personnalité juridique en Allemagne si les établissements stables sont administrés en Allemagne.

⁴⁶¹⁰ L'article 60 de l'AWV continue à utiliser « étranger », ci-après l'alinéa 1 de l'article 60 :

« (1) The Federal Ministry for Economic Affairs and Energy can assess whether the acquisition of a domestic company or the direct or indirect acquisition within the meaning of Section 60a of a stake in a domestic company by a foreigner is likely to impair essential security interests of the Federal Republic of Germany in cases where the domestic company ... »

⁴⁶¹¹ Article 2 (18) d'AWG

gouvernement étranger, aux acquéreurs impliqués dans des activités ayant eu des effets indésirables sur l'ordre public ou la sécurité, ainsi qu'aux cas où il existe un risque important que l'acquéreur ou les personnes agissant pour lui aient été ou soient impliqués dans des activités qui, en Allemagne, équivaldraient à un crime contre les restrictions à la concurrence, ou à une infraction administrative en vertu de la loi sur le commerce extérieur et les paiements ou de la loi sur le contrôle des armes de guerre.

1410. Sur le critère de la prise de décision, il est désormais suffisant que l'opération soit « susceptible d'affecter » les intérêts essentiels de la sécurité de l'Allemagne⁴⁶¹², tandis qu'auparavant, un test était nécessaire pour déterminer si l'investissement mettait en danger ces intérêts et pouvait bloquer une opération⁴⁶¹³. Cette modification a donc accordé au gouvernement allemand une plus grande discrétion.

1411. Enfin, en ce qui concerne la procédure de contrôle, le délai initial pour la procédure d'évaluation est de deux mois selon l'article 14 de l'AWG. Dans la mesure où un examen approfondi est nécessaire selon le BMWi, un délai supplémentaire de quatre mois à compter de la réception de la documentation complète est prévu par le même article. La décision du BMWi pourra faire l'objet d'un recours devant le tribunal allemand⁴⁶¹⁴, toutefois il est possible d'observer que ce type de recours n'est souvent pas un choix en pratique pour les parties, parfois à la lumière du temps nécessaire pour une telle procédure ou de l'image des entreprises, selon les praticiens allemands⁴⁶¹⁵.

II. Les opérations soumises au contrôle

1412. Plusieurs opérations allemandes ont attiré l'attention des médias, en dehors de l'achat de Kuka mentionné précédemment.

1413. En 2016, sous l'influence des États-Unis et notamment à la suite de l'ordre du 2 décembre 2016 du Président Obama de bloquer l'achat de la filiale d'Aixtron SE aux États-Unis⁴⁶¹⁶, l'Allemagne a rétroactivement annulé son autorisation et refusé l'acquisition proposée

⁴⁶¹² Article 55a(1) 8–27 AWV

⁴⁶¹³ *Ibid.*

⁴⁶¹⁴ Article 14 a (7), AWG

⁴⁶¹⁵ Heinrich T., Kuhn T., Wienke T-M., « Foreign direct investment reviews 2021 : Germany », *White & Case*, le 20 décembre 2021 [en ligne: <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/foreign-direct-investment-reviews-2021-germany>] [consulté le 19 août 2022]

⁴⁶¹⁶ Ordre of December 2, 2016 Regarding the Proposed Acquisition of a Controlling Interest in Aixtron SE by Grand Chip Investment GmbH, Federal Register, vol 81, 88607 [en ligne: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2016-12-07/pdf/2016-29494.pdf>] [consulté le 11 juin 2021]

par Fujian Grand Chip⁴⁶¹⁷. En effet, Aixtron SE est une société allemande, disposant d'une filiale aux États-Unis qui joue un rôle essentiel dans l'aide au développement d'un système de missile plus efficace pour l'industrie de défense des États-Unis⁴⁶¹⁸.

1414. En 2018, la tension allemande au sujet des investisseurs chinois s'est accrue en ce qui concerne les projets d'acquisition d'entreprises allemandes. À l'époque, lorsque la China State Grid Corporation a tenté d'acheter 20% des droits de votes de 50Hertz, gestionnaire du réseau de transport d'électricité, le gouvernement allemand ne disposait d'aucun outil juridique pour bloquer cette acquisition. Pour rappel, le régime général en Allemagne appliquait un seuil de 25% d'acquisition des droits de vote pour que le gouvernement allemand puisse intervenir dans une acquisition effectuée par un investisseur non-européen. L'acquisition de 20% des droits de vote par l'investisseur chinois n'atteignait pas ce seuil. Par conséquent, le gouvernement a dissuadé l'acquisition en demandant à la Development bank KfW d'acheter 20% des droits de vote de l'entreprise 50Hertz par l'intermédiaire de l'entreprise IFM Investors, auprès Elia, entreprise qui détenait 80% de participation de 50 Hertz. Le gouvernement a ainsi réussi à empêcher la China State Grid Corporation d'entrer dans 50Hertz⁴⁶¹⁹. L'opération de la Development bank KfW était temporaire, et elle devait faire l'objet d'une revente ultérieure à un investisseur autre que l'investisseur chinois⁴⁶²⁰. Le gouvernement allemand a explicitement exprimé que cette mesure visait à protéger la sécurité nationale en préservant une infrastructure énergétique critique⁴⁶²¹.

1415. En août 2018, le gouvernement a bloqué pour la première fois une opération concernant l'acquisition de l'entreprise allemande Leifeld Metal Spinning par l'entreprise chinoise Yantai Taihai Corporation. L'entreprise cible est un fabricant de machines-outils spécialisées dans la transformation du métal, notamment utilisées par l'industrie nucléaire⁴⁶²². Cette décision a été prise par le Conseil des ministres, et l'investisseur chinois a renoncé à l'acquisition avant cette réunion⁴⁶²³. Selon le PDG du groupe, les raisons données par Berlin ont été difficiles à comprendre, car bien que cette entreprise soit un fournisseur de l'industrie nucléaire, elle ne

⁴⁶¹⁷ *Id.*

⁴⁶¹⁸ Wolde H.T., Siebold S., « U.S. fears over sensitive compound hits Chinese bid for Aixtron », *Reuters*, le 21 novembre 2016 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-usa-idUSKBN13G0OI>] [consulté le 11 juin 2021]

⁴⁶¹⁹ Bentley Z., « Germany blocks China State Grid bid for 50Hertz, citing “national security” fears », *Infrastructure Investor*, le 27 juillet 2018 [en ligne: <https://www.infrastructureinvestor.com/germany-blocks-china-state-grid-investment-50hertz-citing-national-security-fears/>] [consulté le 9 avril 2022]

⁴⁶²⁰ *Ibid.*

⁴⁶²¹ *Ibid.*

⁴⁶²² Houédé P., « Berlin interdit le rachat d'une entreprise allemande par un groupe chinois », *op.cit.*

⁴⁶²³ *Ibid.*

possédait pas de technologies destinées à l'industrie nucléaire non civile⁴⁶²⁴. Au contraire, les machines étaient utilisées pour fabriquer des tuyaux tant pour l'industrie nucléaire civile que pour d'autres secteurs⁴⁶²⁵.

1416. Après avoir mis en place plusieurs réformes concernant l'AWV, le ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie d'Allemagne a émis en décembre 2020 un avis d'interdiction de l'acquisition d'IMST GmbH, spécialiste des radars basé en Rhénanie du Nord-Westphalie, par EMST GmbH, une entreprise indirectement détenue par la société chinoise Addsino⁴⁶²⁶. Cette interdiction a été justifiée au motif de menace pour l'ordre public ou la sécurité⁴⁶²⁷. En effet, Addsino est une filiale du groupe de défense chinois Casic. IMST GmbH, selon le ministère allemand, possède un savoir-faire essentiel en matière de sécurité dans les domaines des communications par satellite, des radars et de la technologie radio qui doivent être protégés contre une intrusion chinoise⁴⁶²⁸. Plus précisément, l'acquisition proposée met en danger la souveraineté technologique de l'Allemagne dans le domaine des futurs systèmes de téléphonie mobile, car la société IMST GmbH est engagée dans la technologie radio commerciale depuis 25 ans, et la technologie 5G est considérée comme une technologie numérique clé⁴⁶²⁹.

1417. En 2022, un accord de cession de 35% de l'exploitation d'un terminal du port d'Hambourg par la société gestionnaire du port de Hambourg (HHLA) à la société de transport maritime chinoise Cosco a une nouvelle fois suscité des discussions⁴⁶³⁰. L'accord initial prévoyait une participation de 35% de Cosco dans cette société qui gérait un terminal à conteneurs, Tollerort, le plus petit des quatre exploités par HHLA⁴⁶³¹, pour un montant de 65 millions d'euros⁴⁶³². L'objectif était de créer un point de transbordement privilégié pour

⁴⁶²⁴ *Ibid.*

⁴⁶²⁵ *Ibid.*

⁴⁶²⁶ Von Jacobs N., Enders G., « Radar Specialist: German Government Prohibits Takeover by Chinese Investor », *MWE, op.cit.*

⁴⁶²⁷ *Ibid.*

⁴⁶²⁸ *Ibid.*

⁴⁶²⁹ *Ibid.*

⁴⁶³⁰ Latribune.fr., « Prise de participation du chinois Cosco dans le port de Hambourg : un compromis trouvé « pour éviter le pire » », *LaTribune*, le 25 octobre 2022[en ligne : <https://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/prise-de-participation-du-chinois-cosco-dans-le-port-de-hambourg-un-compromis-trouve-pour-eviter-le-pire-938094.html>] [consulté le 25 novembre 2022]

⁴⁶³¹ Ce terminal ne contient que quatre places. 卞, 道德经 (Dao Deng Jing), « 形势突变, 中国企业收购德国芯片厂又受阻! 德媒都忍不住吐槽自家政府 », 网易新闻, 2022年11月9日 (« La situation a soudainement changé et les entreprises chinoises ont été empêchées d'acquérir des usines de puces allemandes ! Les médias allemands ne peuvent s'empêcher de critiquer leur propre gouvernement », NetEase News, le 9 novembre 2022) [en ligne : <https://c.m.163.com/news/a/HLMR599J0514BIIIR.html>] [consulté le 25 novembre 2022]

⁴⁶³² Boutelet C., « La participation chinoise dans le port de Hambourg divise la coalition allemande », *Le Monde*, le 22 octobre 2022

Cosco⁴⁶³³. Toutefois, ce que les médias français n'ont pas indiqué, c'est que si l'opération ne pouvait pas être réalisée, une grande partie de l'activité de transbordement de conteneurs serait reprise par les ports concurrents situés dans d'autres villes, à savoir Rotterdam aux Pays-Bas, Anvers en Belgique ou Wilhelmshaven en Allemagne⁴⁶³⁴. Le rejet de la participation de Cosco aurait entraîné un désavantage concurrentiel pour le port de Hambourg, car cette société détient déjà des participations dans les ports évoqués ci-dessus⁴⁶³⁵. Une telle opération attendait depuis un an son approbation par le gouvernement allemand⁴⁶³⁶. Le projet était soutenu par le chancelier fédéral Olaf Scholz, ancien maire de Hambourg, mais faisait l'objet d'un rejet par six ministères fédéraux⁴⁶³⁷. La Commission européenne a également rendu un avis défavorable sur l'opération, en indiquant que « des informations sensibles sur l'activités portuaire pourraient être transmises à la Chine »⁴⁶³⁸. Afin d'« éviter une influence sur tous les grands ports européens » par la Chine, un compromis a été fait par M. Scholz pour réduire la participation chinoise à 24.9% contre 35%⁴⁶³⁹ juste avant sa visite en Chine en tant que premier dirigeant de l'Union européenne et du G7 depuis le début de la pandémie⁴⁶⁴⁰.

1418. Hormis des questions d'infrastructure, l'acquisition de l'usine de semi-conducteurs Elmos par Silex Microsystems a également été rejetée pour des motifs de sécurité et de protection du secteur stratégique en novembre 2022⁴⁶⁴¹. L'acheteur est une société suédoise, détenue par Sai MicroElectronics, une société chinoise de puces⁴⁶⁴². La société cible est « un petit fabricant allemand de semi-conducteurs, dédié principalement à l'automobile »⁴⁶⁴³.

⁴⁶³³ *Ibid.*

⁴⁶³⁴ 环球时报(Global Times), « 德媒：德国汉堡港为何急盼中资入股 », 环球网, 2022 年 10 月 25 日 (« Médias allemands : pourquoi le port de Hambourg est avide d'investissements chinois », *Global Times*, le 25 octobre 2022) [en ligne : <https://oversea.huanqiu.com/article/4AC1fBEF0si>] [consulté le 25 novembre 2022]

⁴⁶³⁵ *Ibid.*

⁴⁶³⁶ Boutelet C., « La participation chinoise dans le port de Hambourg divise la coalition allemande », *op.cit.*

⁴⁶³⁷ LaTribune.fr., « Prise de participation du chinois Cosco dans le port de Hambourg : un compromis trouvé « pour éviter le pire » », *LaTribune*, *op.cit.*

⁴⁶³⁸ *Ibid.*

⁴⁶³⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁴⁰ France 24, « Le chancelier allemand Olaf Scholz demande à la Chine des relations commerciales "équitables" », *France24*, le 4 novembre 2022 [en ligne : <https://www.france24.com/fr/asi-pacifique/20221104-le-chancelier-allemand-olaf-scholz-arrive-en-chine-pour-une-visite-controvers%C3%A9e>] [consulté le 25 novembre 2022]

⁴⁶⁴¹ Loukil R., « L'Allemagne bloque la vente de l'usine de puces d'Elmos à une filiale du chinois Sai Microelectronics », *UsineNouvelle*, le 14 novembre 2022 [en ligne : <https://www.usinenouvelle.com/article/l-allemande-bloque-la-vente-de-l-usine-de-puces-d-elmos-a-une-filiale-du-chinois-sai-microelectronics.N2066492>] [consulté le 24 novembre 2022]

⁴⁶⁴² Si M., « Sai MicroElectronics shares down », *ChinaDaily*, le 10 novembre 2022 [en ligne : <https://www.chinadaily.com.cn/a/202211/10/WS636cb814a310491754328fa1.html>] [consulté le 24 novembre 2022]

⁴⁶⁴³ Loukil R., « L'Allemagne bloque la vente de l'usine de puces d'Elmos à une filiale du chinois Sai Microelectronics », *UsineNouvelle*, *op.cit.*

L'opération s'élevait à 85 millions d'euros⁴⁶⁴⁴, et la décision d'achat a été annoncée en décembre 2021⁴⁶⁴⁵. Il faut toutefois souligner que le gouvernement allemand avait envisagé d'approuver le rachat fin octobre après l'avoir examiné par le ministère de l'Économie⁴⁶⁴⁶. Cependant, dès que cette information a été divulguée par les médias, elle a attiré l'attention. C'est ainsi que le ministre fédéral de l'Économie Robert Habeck s'est exprimé contre cette opération, indiquant que l'acquisition mettrait en danger l'ordre public et la sécurité⁴⁶⁴⁷. Selon les médias chinois, M. Sholz avait déjà soutenu la participation de Cosco⁴⁶⁴⁸. Afin de soulager les tensions avec le ministre fédéral de l'Économie concernant les divergences, étant donné qu'il était également opposé à l'opération de Cosco, M. Sholz a choisi de ne pas soutenir l'acquisition d'Elmos par l'investisseur chinois⁴⁶⁴⁹.

1419. En résumé, on peut observer que la possibilité d'interdire une fusion-acquisition, bien qu'elle existe depuis longtemps, n'a pas été beaucoup utilisée dans la pratique⁴⁶⁵⁰. Toutefois, les interventions gouvernementales sont devenues de plus en plus fréquentes, visant notamment les acquisitions proposées par les investisseurs chinois. Selon les médias, 17 opérations effectuées par des entreprises chinoises sont soumises à la procédure de contrôle du gouvernement allemand, sur un total de 44 opérations impliquant des investisseurs non-européens en 2022⁴⁶⁵¹.

1420. On retiendra de cette section que tant la France que l'Allemagne ont pu développer et renforcer leurs régimes de contrôle des investissements étrangers à la suite des acquisitions de leurs entreprises nationales. Toutefois, l'Allemagne, destination d'investissement favorisée par

⁴⁶⁴⁴ Reuters Staff, « L'Allemagne envisage d'approuver le rachat par la Chine de l'usine de semi-conducteurs d'Elmos », *Reuters*, le 27 octobre 2022[en ligne : <https://www.reuters.com/article/elmos-m-a-sai-microelectronics-idFRKBN2RM13Q-OFRIN>] [consulté le 24 novembre 2022]

⁴⁶⁴⁵ Polge B., « Semi-conducteurs : pourquoi l'Allemagne vient-elle de bloquer la vente d'une usine à la Chine ? », *Lesnumeriques*, le 14 novembre 2022[en ligne : <https://www.lesnumeriques.com/vie-du-net/semi-conducteurs-pourquoi-l-allemande-vient-elle-de-bloquer-la-vente-d-une-usine-a-la-chine-n195921.html>] [consulté le 24 novembre 2022]

⁴⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁴⁷ Wacket M., « Cercles gouvernementaux – Habeck contre la vente d'Elmos à des investisseurs chinois », *Teknomers*, le 8 novembre 2022[en ligne <https://teknomers.com/fr/cercles-gouvernementaux-habeck-contre-la-vente-delmos-a-des-investisseurs-chinois/>] [consulté le 24 novembre 2022]

⁴⁶⁴⁸ 道德经 (Dao Deng Jing), « 形势突变, 中国企业收购德国芯片厂又受阻! 德媒都忍不住吐槽自家政府 », *op.cit.* (« La situation a soudainement changé et les entreprises chinoises ont été empêchées d'acquérir des usines de puces allemandes ! Les médias allemands ne peuvent s'empêcher de critiquer leur propre gouvernement », *NetEase News*), *op.cit.*

⁴⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁵⁰ Von Jacobs N., Enders G., « Radar Specialist: German Government Prohibits Takeover by Chinese Investor », *MWE*, *op.cit.*

⁴⁶⁵¹ Wacket M., « Cercles gouvernementaux – Habeck contre la vente d'Elmos à des investisseurs chinois », *Teknomers*, *op.cit.*

les Chinois en Europe, a rejeté plusieurs acquisitions effectuées par des entreprises chinoises. Quant à la France, ce type de refus est moins fréquent.

Conclusion du Chapitre

1421. Bien que l'Union européenne ait souhaité maintenir une politique libérale, ses États membres ont appliqué des régimes de contrôle des investissements étrangers contraires à sa volonté. L'attitude de l'Union européenne a évolué à la suite d'un consensus des États sur un retour de la souveraineté à l'échelle mondiale, y compris par les États-Unis, le promoteur initial de la politique libérale. Le fait de confirmer la conformité des mesures restrictives à la libre circulation des capitaux concernant les investissements directs étrangers sous couvert de sécurité nationale ou d'ordre public représente un grand changement pour l'Union européenne par rapport à sa politique précédente. Les efforts conjoints des États membres, notamment la France et l'Allemagne, ont contribué à ce changement. Les deux pays ont également renforcé leurs régimes de contrôle des investissements étrangers après la législation européenne en la matière, démontrant un engouement au sujet de la souveraineté après la prédominance du libéralisme persistant depuis les années 1990.

CONCLUSION DU TITRE II

1422. Les mesures protectionnistes employées en droit interne concernant les investissements étrangers ne sont pas un sujet nouveau. Pendant des années, et dans des régions différentes, ces types de mesures ont pris des formes diverses. Aux États-Unis, ces mesures sont appliquées au titre de la « sécurité nationale » et n'étaient destinées qu'au secteur de la défense. En Australie, ces mesures se nomment le « test d'intérêt national », alors qu'au Canada, il s'agit de l'examen de l'« avantage net ». Le Royaume-Uni a quant à lui créé le régime de la « *golden share* », bien qu'il n'ait pas été destiné à contrôler les investisseurs étrangers. En France et en Allemagne, le filtrage est réalisé par le biais de la procédure administrative destinée à contrôler la circulation des capitaux. Ces mesures traditionnelles n'empêchent pas ces pays occidentaux de renforcer leur pouvoir administratif, d'élargir le champ d'intervention étatique en mettant en œuvre de nouveaux outils juridiques dans le contexte de la montée d'une tendance à l'anti-mondialisation et d'un retour de la souveraineté.

1423. Le conflit de valeurs entre le libéralisme et la souveraineté est résolu par l'introduction d'un autre concept concurrent, à savoir la notion de « sécurité nationale ». Présentée sous forme d'exception au libéralisme lors de son introduction, la sécurité nationale ne cesse d'étendre son champ d'application et inclut aujourd'hui en réalité quasiment toutes les activités économiques. Les législations nationales dans les pays occidentaux permettent au gouvernement de bénéficier d'un pouvoir presque illimité pour interpréter si un investissement comporte ou non un risque pour la sécurité nationale. Il est donc possible de considérer que la « souveraineté a été utilisée pour constituer des sociétés mais aussi pour exclure des sociétés »⁴⁶⁵². De nouvelles définitions d'« étranger » ou de « non-national » ont été créées afin d'exclure certaines personnes physiques ou morales d'être considérées comme des nationaux. Si le libéralisme cherche à élargir le champ de ce qui relève du domaine national pour demander aux investisseurs étrangers d'être traités comme les nationaux, le retour de la souveraineté avance dans une direction tout à fait contraire en visant à réduire le champ de ce qui peut être considéré comme nationaux, étant donné que tous ceux qui ne le sont pas seront des étrangers. Selon les observations de Huntington, l'augmentation des échanges internationaux entraîne une prise de conscience accrue des différences culturelles⁴⁶⁵³. Dans ce contexte, la tendance à identifier des adversaires et à établir des distinctions entre « nous » et « eux » (« étrangers ») devient plus

⁴⁶⁵² Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, *op.cit.*, p. 11
Texte original: « Sovereignty has been used to constitute societies but also to exclude from societies ».

⁴⁶⁵³ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, *op.cit.*, p.184

prononcée⁴⁶⁵⁴. Cela se reflète dans divers domaines, tels que les affaires, les carrières professionnelles et la politique. Les individus ont tendance à percevoir ceux qui diffèrent d'eux comme des menaces potentielles⁴⁶⁵⁵. En politique, cette dichotomie entre « nous » et « eux » est presque universelle et s'intensifie de plus en plus dans le monde contemporain, où « eux » est souvent représenté par des individus ou des groupes issus de civilisations différentes⁴⁶⁵⁶. Cette dynamique est clairement illustrée par l'augmentation des restrictions imposées aux investisseurs chinois dans les pays occidentaux.

⁴⁶⁵⁴ *Id.*, p.185

⁴⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁵⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DE LA PARTIE II

1424. Selon le premier rapport annuel de la CNUDCI en 1991, « [n]ul pays ne peut réglementer efficacement les activités des sociétés transnationales, et les frontières entre les questions nationales et internationales de gouvernance deviennent de plus en plus floues avec la mondialisation croissante des activités commerciales »⁴⁶⁵⁷. La conséquence est qu'« un certain nombre de problèmes ne peuvent plus être résolus par la seule action nationale »⁴⁶⁵⁸, ce qui explique pourquoi le sujet du contrôle sur les investissements étrangers est controversé, géré d'un côté par le droit international visant à garantir ses protections, et d'un autre côté par le droit national cherchant à les contrôler. Ainsi, comme le décrit Madame la Professeure Robert-Cuendet, « il [le droit des investissements internationaux] entraîne la dilution des frontières entre droit interne et droit international, il impose la contorsion des règles les plus classiques du droit international générale, il pousse à la subversion des lois du contentieux transnational »⁴⁶⁵⁹.

1425. On retiendra du Titre I de la présente partie qu'un consensus de la communauté internationale depuis 2012 a été remis en cause par le déséquilibre des obligations entre les États et les investisseurs. Si le triomphe du libéralisme donne aux États-Unis le pouvoir de « s'imposer internationalement à toutes les parties »⁴⁶⁶⁰, la norme internationale « n'est jamais devenue une norme universelle, objective : des États la transforment pour qu'elle serve unilatéralement – et sans réciprocité- leurs intérêts du moment »⁴⁶⁶¹. Une série de valeurs, y compris le développement durable, la santé publique, les droits de l'homme ont une importance au moins égale au néolibéralisme, et il semble que la protection des investissements « ne peut pas être considérée comme une fin en soi »⁴⁶⁶². La CNUDCI conseille donc de réformer le droit international actuel. Ces recommandations ont nécessité que les pays souverains modernisent leurs TBI, voir désintègrent leurs engagements internationaux. Plus précisément, l'opposition au multilatéralisme américain a conduit à l'émergence *des* multilatéralismes proposés tant par le vieux continent que par les pays en développement.

⁴⁶⁵⁷ UNCTAD, World Investment Report 1991, p. 86

Texte original: « No single country can effectively regulate the activities of transnational corporations, and the boundaries between national and international issues of governance are becoming increasingly blurred with the increasing globalization of business activities ».

⁴⁶⁵⁸ *ibid.*

Texte original: « a number of issues can no longer be addressed through national action alone »

⁴⁶⁵⁹ Robert-Cuendet S., « Introduction » dans *Droit des investissements internationaux*, *op.cit.*, p. 25

⁴⁶⁶⁰ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.113

⁴⁶⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶⁶² Robert-Cuendet S., « Introduction » dans *Droit des investissements internationaux*, *op.cit.*, p. 26

1426. Outre la bataille des idées, la compétition entre ces multilatéralismes se présente sous formes diverses. La Chine a participé à cette concurrence en proposant une nouvelle forme de mécanisme de coopération autre que l'hégémonie américaine, illustrée par un rôle de simple participation de la Chine dans la négociation du RCEP, au lieu d'imposer ses propositions comme normes internationales. Ainsi, en se fondant sur une approche flexible basée sur le partenariat⁴⁶⁶³, l'absence de conclusion des traités contraignants pour le projet de la BRI démontre « un mécanisme bilatéral et multilatéral nouveau ou existant »⁴⁶⁶⁴, divergeant de l'approche des États-Unis fondée sur le *hard law*.

1427. Une autre question émergente concerne la relation entre l'Union européenne et les États-Unis, deux entités partageant toutes deux une tradition juridique héritée du droit romain⁴⁶⁶⁵, contrairement à la Chine. La prolifération des normes internationales a conduit à la rencontre du droit européen et du droit international de l'investissement, créant une forme de combat juridique afin de déterminer la primauté entre les différentes sources du droit international⁴⁶⁶⁶. Une solution ultime est proposée par l'Union européenne, le remplacement du mécanisme de RDIE par un système juridictionnel grâce à la conclusion de nouveaux traités d'intégration économique et d'investissement. Toutefois, cette solution semble potentiellement créer davantage de conflits. En effet, ces nouveaux traités méga-régionaux conclus entre l'Union européenne et les pays tiers sans l'extinction des anciens TBI semblent avoir modernisé le droit international. Ils sont susceptibles de créer plus de conflits entre les différentes sources du droit international et des conflits de juridictions entre les différents régimes de règlement de différends. Sous couvert de résolution des conflits, de nouveaux problèmes surgissent en réalité.

1428. On retiendra du Titre II de la présente partie que le mouvement anti-mondialisation est suivi par un consensus sur le retour de la souveraineté ainsi que la théorie de l'autosuffisance, de l'indépendance d'économie, etc... Suivant une perspective philosophique taoïste, la relation

⁴⁶⁶³ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.628

⁴⁶⁶⁴ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p. 36

⁴⁶⁶⁵ McGinley G., « Romain Law and Its Influence in America », *Notre Dame Law Review*, Vol 3, n°2, décembre 1927, p.70-88 ; Wieacker F., « The Importance of Roman Law for Western Civilization and West Legal Thought », *Boston College International & Comparative Law Review*, vol IV, n°2, 1981, p.257-277 ; Stein P., « The influence of Roman Law on the common law », *BW-krant Jaarboek*, 1994, p.165-169 ; Astorino S., « Romain Law in American Law : Twentieth Century Cases of the Supreme Court », *Duquesne Law Review*, vol 40, n°4, 2002, p.627-661 ; Reiplinger C., « Le droit romain dans l'argumentation des premiers constitutionnalistes américains », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°41, 2015/1, p.64-85

⁴⁶⁶⁶ Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, *op.cit.*, p. 143, paragr.438 ; v. également Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *op.cit.*, p.594

entre le libéralisme et la souveraineté nous apparaît comme celle entre le yin et yang. Le retrait de l'un s'accompagne de l'avancement de l'autre. Il est observé que les pays asiatiques continuent de pratiquer le libéralisme⁴⁶⁶⁷, alors que les pays développés sont depuis 2017 devenus les leaders dans le renforcement du contrôle des investissements étrangers⁴⁶⁶⁸. Les mécanismes de filtrage des investissements sont mis en place dans ces pays pour veiller sur tout type de changement de contrôle dans les industries stratégiques et les infrastructures critiques, ainsi que l'immobilier proche des installations militaires. Même les opérations impliquant d'application de rencontres homosexuelles⁴⁶⁶⁹ et d'applications de partage de courtes vidéos⁴⁶⁷⁰ font l'objet d'un contrôle rétroactif en ce qui concerne leur risque pour la sécurité nationale, notamment en raison de l'accès aux données personnelles. Les contrôles au titre de la sécurité nationale sont de plus en plus fréquemment employés à des fins politiques. Le droit des investissements internationaux classique, qui s'est concentré sur l'idée de la protection et de la promotion des investissements, ne peut plus expliquer l'environnement juridique auquel les investisseurs chinois font face aujourd'hui. En réalité, les entreprises internationales des pays développés ne font pas face à un environnement aussi hostile que celui auquel sont confrontés les investisseurs chinois, mettant en évidence l'impact des différences culturelles sur les relations commerciales.

⁴⁶⁶⁷ v. UNCTAD, World Investment Report 2015, p.103; UNCTAD, World Investment Report 2016, p.90; UNCTAD, World Investment Report 2017, p.102; UNCTAD, World Investment Report 2018, p.81; UNCTAD, World Investment Report 2019, p.85; UNCTAD, World Investment Report 2020, p.88; World Investment Report 2022, p.57

⁴⁶⁶⁸ v. UNCTAD, World Investment Report 2018, p.80; UNCTAD, World Investment Report 2019, p.85; UNCTAD, World Investment Report 2020, p.98; World Investment Report 2021, p.109; World Investment Report 2022, p.57

⁴⁶⁶⁹ Wang E., « China's Kunlun Tech agrees to U.S. demand to sell Grindr gay dating app », *Reuters*, *op.cit.*

⁴⁶⁷⁰ Cimino V., « Le rachat de TikTok par Oracle est mis en suspens indéfiniment », *SiecleDigital*, le 12 février 2021 [en ligne : <https://siecledigital.fr/2021/02/12/TikTok-oracle-suspens/>] [consulté le 16 juin 2021]

CONCLUSION GENERALE

CONCLUSION LIMINAIRE

1429. Spécialiste en droit international économique, Madame la Professeure Vadi résume sa vision de la mondialisation en affirmant que « la mondialisation a conduit à la prise de conscience que les histoires nationales sont une composante des histoires mondiales qui participent et reflètent leurs contextes plus larges »⁴⁶⁷¹. Cette prise de conscience se manifeste également dans le contrôle exercé par les pays occidentaux sur les investissements chinois, qui se traduit non seulement dans leur droit national, mais également dans les traités d'investissement conclus entre ces États et la Chine. Ces traités, ayant pour objectifs « entièrement et quasi uniquement dédiés »⁴⁶⁷² à la promotion et la protection des investissements étrangers, jouent également un rôle dans l'encadrement de la souveraineté d'un État afin de réduire les risques politiques pour les investisseurs étrangers⁴⁶⁷³.

1430. Face à ces encadrements et contraintes, les États trouvent des moyens d'échapper à ces limitations et de reprendre le contrôle sur les investissements étrangers, à la fois à travers des mesures actives et passives.

1431. Par mesures actives, on fait référence à la mise en place de mécanismes de filtrage des investissements étrangers, mettant l'accent sur la sécurité nationale, qui est « la pièce maîtresse de ces mécanismes d'examen, avec un accent particulier sur l'acquisition de technologies critiques par des entreprises chinoises »⁴⁶⁷⁴.

1432. Quant aux mesures passives, elles consistent à modifier et moderniser les normes internationales. Ainsi, les États négociateurs prévoient désormais des limites et des réserves dans les nouveaux traités internationaux de la nouvelle génération, afin de prendre en compte des considérations telles que la sécurité nationale, la protection de l'environnement ou les droits de l'homme. Parallèlement, le processus de négociation de nouveaux traités d'investissement

⁴⁶⁷¹ Vadi V., « International Law and Its Histories: Methodological Risks and Opportunities », *op.cit.*, p. 318
Texte original: « First, globalization has led to the realization that domestic histories are a component of global histories that participate in and reflect their broader contexts.»

⁴⁶⁷² Robert-Cuendet S., « Introduction » dans *Droit des investissements internationaux*, *op.cit.*, p. 24

⁴⁶⁷³ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.131

⁴⁶⁷⁴ McLaughlin M., « State-Owned Enterprises and Threat to National Security Under Investment Treaties », *Chin. J. Int. Law*, vol 19, n°2, juin 2020, p.284

Texte original : « National security is the centerpiece of these review mechanisms, with a particular focus on the acquisition of critical technologies by chinese companies. »

par les États a pour effet d'« influencer le comportement des investisseurs potentiels »⁴⁶⁷⁵. On cherche ainsi à concilier le libéralisme des investissements avec d'autres valeurs, en modernisant les traités d'investissements existants et en concluant de nouveaux traités internationaux qui incluent la protection de l'environnement et les principes de la *soft law* relatifs à la RSE.

1433. Cette modernisation des normes internationales dans différents domaines a en réalité « menacé » les TBI, comme le souligne le Professeur Fadlallah⁴⁶⁷⁶. Un grand nombre de TBI de l'ancienne génération ont été dénoncés par différents États. Cependant, les traités méga-régionaux continuent de susciter l'intérêt des pays, au détriment des TBI.

1434. Il est important de souligner qu'« avec l'émergence des États modernes et du droit international public »⁴⁶⁷⁷, le conflit entre le pouvoir normatif du droit interne des États et la primauté du droit international, qui limite ce pouvoir des États pour assurer la stabilité juridique des traités, s'est intensifié. Le concept de « souveraineté » est pourtant tant au cœur du droit interne et que celui du droit international⁴⁶⁷⁸. L'État détient d'une « suprême puissance »⁴⁶⁷⁹ dans ses affaires internes, où la loi interne est considérée comme « un commandement adressé par le souverain à ses sujets », et elle représente ainsi « l'expression d'une souveraineté »⁴⁶⁸⁰. En revanche, sur la scène internationale, les États, confrontés à d'autres souverainetés et théoriquement tous égaux entre eux, disposent d'un pouvoir limité.

1435. Dès lors le droit international de l'investissement, sous l'ère de la dominance néolibérale avec la prolifération des traités d'investissement, a fourni une protection démesurée aux investisseurs étrangers⁴⁶⁸¹, amoindrissant la puissance de l'État dont les compétences ont été transférées ou conférées aux institutions internationales en matière de règlement de conflits en économie internationale. Cependant, il convient de noter que « l'internationalisme juridique n'est qu'une création par l'État et pour l'État et ne peut en aucun cas jouer contre ses droits subjectivement évalués »⁴⁶⁸² et d'après le Professeur Alvarez, les traités d'investissement sont

⁴⁶⁷⁵ *Id.*, p.139

⁴⁶⁷⁶ Fadlallah I., « Cri d'alarme pour les Traités bilatéraux d'investissements », *op.cit.*, p.449

⁴⁶⁷⁷ Moya D., « Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés », *JDI*, n°2, 2020, p.531

⁴⁶⁷⁸ Schwarzenberger G., *The Frontiers of International Law*, *op.cit.*, p.55

⁴⁶⁷⁹ Moya D., « Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés », *JDI*, n°2, 2020, p.531

⁴⁶⁸⁰ *Id.*, p.530; v. également Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of international law*, *op.cit.*, p.44

⁴⁶⁸¹ Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers », *op.cit.*, p.271

⁴⁶⁸² Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, *op.cit.*, p.113

des « efforts des États pour se lier à un mât afin d'éviter les sirènes tentatrices appelant à des ruptures de contrats d'investissement ou à des nationalisations sans indemnisation »⁴⁶⁸³.

1436. Le régime de RDIE, équivalent de l'ORD de l'OMC, a été initialement introduit par les États-Unis dans le cadre du traité de l'ALENA pour résoudre les différends entre leurs investisseurs à l'étrangers avec le pays d'accueil⁴⁶⁸⁴.

1437. Les TBI ayant inséré la voie de recours par RDIE « accordent aux investisseurs étrangers le droit d'intenter une action devant un tribunal d'arbitrage international contre un État fautif afin d'obtenir une compensation monétaire pour les préjudices causés par le manquement présumé de l'État fautif à ses obligations conventionnelles »⁴⁶⁸⁵.

1438. Dans les années 1970⁴⁶⁸⁶, ces traités ont été créés dans le but de « réinstaurer » la formule de Hull dans le cadre du règlement des différends, dans une relation bilatérale avec les pays d'Amérique latine. Cette formule exige qu'une indemnisation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation d'investissement étranger. Le mécanisme de règlement des différends permet de transférer l'enjeu du droit national au droit international, d'introduire une partie tierce⁴⁶⁸⁷ et de créer un environnement favorable au libéralisme et à la protection des investisseurs. La doctrine Calvo, qui favorise le rôle régulateur de l'État et qui a été adoptée par les pays d'Amérique latine⁴⁶⁸⁸, a été ainsi marginalisée par la communauté internationale. Professeur Zhu conclut que le régime d'arbitrage en matière d'investissement écarte effectivement l'État et permet aux investisseurs de contourner l'ordre juridique national, ce qui finit par expulser l'État du processus de règlement des différends en matière d'investissement⁴⁶⁸⁹, ou le « départ de l'État »⁴⁶⁹⁰.

⁴⁶⁸³ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.225

Texte original: « Bilateral investment treaties (BITs) are efforts by states to bind themselves to the mast to avoid the tempting sirens calling for breaches of investment contracts or nationalizations without compensation. »

⁴⁶⁸⁴ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p. 232

⁴⁶⁸⁵ Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *op.cit.*, p.129

Texte original: « most investment treaties grant foreign investors the right to bring an action before an international arbitration tribunal against an offending state to obtain monetary compensation for injuries caused by the offending state's alleged failure to meet its treaty obligations »

⁴⁶⁸⁶ Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations », *op.cit.*, p.990-991

⁴⁶⁸⁷ *Id.*, p.233

⁴⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁸⁹ 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », *op.cit.*, p.19 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *op.cit.*, p.19)

⁴⁶⁹⁰ *Ibid.*

1439. Les États-Unis, pourtant un grand promoteur du néolibéralisme et du régime RDIE, ont adopté des attitudes contradictoires.

1440. Le libéralisme était la priorité dans le cadre du droit international de l'investissement, tant que les États-Unis n'avaient pas été attaqués sur leurs propres droits nationaux par des investisseurs étrangers. Dans l'affaire *Santa Elena c. Costa Rica*⁴⁶⁹¹, une décision administrative de transfert d'une propriété détenue par les Américains au parc national de Costa Rica pour protéger la variété de la faune et de la flore a été jugée en termes d'expropriation. La notion d'expropriation ou les mesures ayant un effet équivalent ont été élargies par les arbitres⁴⁶⁹², reléguant ainsi la mesure nationale de protection de l'environnement à une position et une valeur secondaire. En effet, avant l'affaire *Methanex c. États-Unis*, les arbitrages⁴⁶⁹³ ont tous été rendus en faveur des investisseurs et du libéralisme. Un tel triomphe du libéralisme peut même dissuader le renforcement du droit de l'environnement d'un pays souverain, car les entreprises internationales des pays développés menacent de recourir à l'arbitrage⁴⁶⁹⁴. Les sentences arbitrales, telles que celle de l'affaire *Ethyl c. Canada*, illustrent les tentatives des entreprises multinationales d'utiliser le régime de RDIE pour contester les politiques gouvernementales locales et les obligations fondamentales en matière de droits de l'homme d'un gouvernement⁴⁶⁹⁵.

1441. Pour atténuer les effets négatifs de la dominance du néolibéralisme, ce phénomène a fait naître des propositions ou tentatives visant à promouvoir la valeur de la protection de l'environnement et de la santé publique en tant qu'obligations fondamentales en matière de droits de l'homme⁴⁶⁹⁶.

1442. L'affaire *Methanex c. États-Unis*⁴⁶⁹⁷ marque un tournant majeur dans la position américaine. La loi californienne interdit l'utilisation d'additif dans l'essence, une mesure liée au développement durable visant à prévenir la contamination des eaux souterraines et les

⁴⁶⁹¹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1

⁴⁶⁹² Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, op.cit., p.3

⁴⁶⁹³ *Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* du 1996, *Metalclad Corporation v. The United Mexican States* du 1997 et *Azurix Corp v. Republic of Argentina* du 2001, *Ethyl Corporation v. The Government of Canada* du 1996 et *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*

⁴⁶⁹⁴ Jacobson P., « Revealed: Australian miner used arbitration threat to upend Indonesian environmental law », *Mongabay*, le 15 septembre 2016 [en ligne: <https://news.mongabay.com/2016/09/revealed-australian-miner-used-arbitration-threat-to-upend-indonesian-environmental-law/>] [consulté le 4 octobre 2021]

⁴⁶⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁹⁶ Bradlow A.H., « Human Rights Impact Litigation in ISDS: A Proposal for Enabling Private Parties to Bring Human Rights Claims Through Investor-State Dispute Settlement Mechanisms », op.cit., p. 356

⁴⁶⁹⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL

risques pour santé publique. Cette législation californienne a fait l'objet d'attaque par un investisseur canadien, ce qui a conduit les États-Unis à se défendre. En réponse, les États-Unis ont immédiatement publié des explications conjointes favorables aux pays contractants de l'ALENA et effectué plusieurs modifications procédurales au régime de RDIE. Ainsi, tous les accords de libre-échange ultérieurs négociés par les États-Unis incluent désormais le droit légitime d'un pays souverain de règlementer les domaines de l'environnement et de la santé publique, sans que cela soit considéré comme une expropriation indirecte. Ces nouvelles dispositions ont considérablement restreint l'accès des investisseurs à la procédure de RDIE.

1443. La Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Hamer c. Belgique* du 27 novembre 2007⁴⁶⁹⁸ a confirmé « la supériorité du droit de l'environnement sur d'autres droits protégés »⁴⁶⁹⁹. L'environnement est considéré comme une valeur primordiale, et certains impératifs économiques et même des droits fondamentaux, tels que le droit de propriété, ne devraient pas primer sur les considérations liées à la protection de l'environnement, notamment lorsque l'État a légiféré en ce sens. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme, en tant qu'institution issue d'un traité régional, réunit un nombre limité de pays contractants. La position prise par la Cour ne peut pas être acceptée ou devenir contraignante dans le cadre des arbitrages internationaux entre les États défendeurs et les investisseurs étrangers. En effet, d'une part, les traités d'investissements et la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH ») ne réunissent pas les mêmes pays signataires, d'autre part, ils ne poursuivent pas les mêmes finalités.

1444. Un conflit de même nature sur la primauté ou la supériorité des différentes sources internationales affecte aussi la CJUE et la Commission européenne qui défendent quant à elles la primauté du droit européen, alors que les arbitres intervenant dans les règlements des différends en matière d'investissements, considèrent que les traités d'investissements entre les États membres de l'UE conservent toute leur vigueur et primauté, et ils n'adhèrent pas à l'interprétation européenne de la primauté du droit européen dans leurs sentences arbitrales intra-UE.

⁴⁶⁹⁸ CEDH, 27 novembre 2007, 21861/03, *Hamer c. Belgique*

⁴⁶⁹⁹ Asscher J., Benaboud A., Boiardi S., et al., *Droit de l'environnement*, dir. Jean-Pierre Desideri, Editions Foucher, Vanves, 2010, p. 12

1445. Outre les conflits de valeurs, la Chine est également l'objet d'une omerta à leur rencontre. Les entreprises multinationales originaires des pays développés⁴⁷⁰⁰ ont été critiquées par les communautés locales pour leur comportement méprisant envers l'environnement local, la culture et le mode de vie autochtone. En revanche, les projets d'investissements chinois dans l'extraction minière dans les pays en développement sont souvent assortis de conditions telles que la construction d'hôpitaux, d'autoroutes ou de chemins de fer, ce qui est rare dans la pratique occidentale⁴⁷⁰¹. De même, la Chine a publié les directives afin d'encadrer les investisseurs chinois en Afrique en matière des droits sociaux, du respect et de la relation avec les communautés locales ainsi que du développement durable⁴⁷⁰². Cependant, les médias des pays occidentaux restent silencieux sur ces approches.

1446. Ce phénomène de double standard s'observe également dans le commerce international. Les pays occidentaux ont mis en place de lourdes protections nationales dans tous les secteurs où les pays en développement sont concurrentiels⁴⁷⁰³. Cependant, il est constaté que « les pays en développement n'ont pas les moyens de prendre des mesures de rétorsion contre les pays industrialisés »⁴⁷⁰⁴ et « ce sont les pays industrialisés qui fragilisent le système juridique international mis en place par le GATT »⁴⁷⁰⁵. Ainsi, si une décision de l'OMC est favorable à un pays en développement, le pays plus puissant peut ignorer cette décision, à l'instar des États-Unis qui ont tourné le dos à la décision de l'OMC du 15 septembre 2020 en faveur de la Chine⁴⁷⁰⁶. Les tarifs douaniers punitifs mis en place pendant la guerre commerciale sous l'administration Trump, bien que jugés contraires aux règles du commerce international par l'ORD de l'OMC, sont toujours en application.

1447. Madame la Professeure Lejbowicz en conclut que « [l]a teneur de la norme internationale apparaît donc d'autant plus fictive que cette norme ne peut rien contre sa violation

⁴⁷⁰⁰ Exploitation minière à ciel ouvert d'Ok Tedi Mine à Papouasie-Nouvelle-Guinée, détenu par BP, a non seulement détruit l'écologie de ces domaines, mais les modes de vie des populations autochtones locales ne pouvait plus persister ; v. également, la pollution pétrolière par la suite des fuites de l'entreprise Shell à région Delta de Nigéria ; le Freeport and Rio Tinto à Indonésie, le ChevronTexaco Corporation à Equateur dont des produits toxiques ont été déversés dans les rivières dans la forêt amazonienne ; la catastrophe industrielle d'Union Carbide à Bhopal.

⁴⁷⁰¹ v. Secretariat of the China-Africa Economic and Trade Expo (CAETE), China-Africa Economic and Trade Relationship Annual Report 2021

⁴⁷⁰² Bermond P., Daubet A., Gauthier S., « La présence chinoise en Afrique est-elle appelée à durer ? », *Géoéconomie*, 2015/3, p. 149-150

⁴⁷⁰³ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, op.cit., p.112

⁴⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁰⁶ WT/DS543 États Unis - Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine

effective par les pays industrialisés »⁴⁷⁰⁷, et « qui adoptent des conduites protectionnistes contraires au modèle dont ils se font les chantres et les champions »⁴⁷⁰⁸.

1448. En conséquence, le conflit des valeurs entre le libéralisme et la souveraineté est protéiforme, englobant la bataille des idées, les questions d'interprétation juridique, la pondération des différentes sources du droit international, et bien d'autres encore. Cependant, ce conflit aux multiples facettes semble partager un point commun : il ressemble à une opposition de tous les autres pays au multilatéralisme américain, tant sur son fondement basé sur la théorie lockéenne, que sur les outils juridiques garantissant une telle politique. Selon Kolb, bien que le néolibéralisme promeuve « les libertés individuelles, l'initiative, la créativité, et favorise la domination », il peut également donner lieu à la bureaucratie et à la formation d'oligarchies, entraîner une dégradation croissante du travail, encourager l'engagement et la méritocratie, ainsi que favoriser les réseaux d'influence et les profits excessifs⁴⁷⁰⁹.

1449. Tous ces bienfaits proclamés du libéralisme conduisent aussi à l'« amenuisement des divers rôles de l'État »⁴⁷¹⁰. En effet, « [l]es nouvelles exigences d'ordre et d'ordonnement de la société internationale mènent aussi à une attaque en règle contre la notion de « souveraineté » comme pouvoir suprême et incontrôlable des États, incompatible dans cette mouture avec un ordre objectif supérieur aux entités étatiques »⁴⁷¹¹. Le résultat est que « [l]a souveraineté est désormais soit reniée en bloc, soit réduite à des fonctions spéciales disciplinées par le droit international lui-même. Elle devient une souveraineté relative, limitée ou juridique »⁴⁷¹². Le retour de la souveraineté doit donc être considéré comme une « réaction de la politique étatique »⁴⁷¹³ face à la « désagrégation des solidarités »⁴⁷¹⁴.

1450. Le retour de la souveraineté a donc motivé les réformes tant en matière du droit international qu'en droit national.

1451. La résolution du conflit de valeurs entre le libéralisme et la souveraineté est de réformer le droit international par l'élaboration de nouvelles normes internationales et la création *des* multilatéralismes.

⁴⁷⁰⁷ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p.113

⁴⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁰⁹ Milanese A., « Walter Lippmann, d'un néolibéralisme à l'autre », Paris, Garnier, 2020, p.7

⁴⁷¹⁰ Amin S., Arrighi G., Chesnais F., *et al.*, « Qu'est-ce que le néolibéralisme ? », *op.cit.*, p. 13

⁴⁷¹¹ Kolb R., *Théorie du droit international, op.cit.*, p.117

⁴⁷¹² *Ibid.*

⁴⁷¹³ Lejbowicz A., *Philosophie du droit international, op.cit.*, p.121

⁴⁷¹⁴ *Ibid.*

1452. Dans le nouveau contexte de la « souveraineté revisitée »⁴⁷¹⁵, selon le professeur Alvarez, « les États-Unis mènent une campagne visant à « rééquilibrer » le régime des investissements »⁴⁷¹⁶. En effet, plutôt que d'abandonner un régime qui correspond à leur interprétation du libéralisme, ils ont procédé à des modifications du régime actuel en concluant de nouveaux traités d'investissement selon un modèle innovant. Ce nouveau modèle vise à limiter l'accès aux investisseurs étrangers afin de prévenir les abus du mécanisme de RDIE, tout en élargissant les réserves pour protéger la souveraineté des États et à confirmer la légitimité de la réglementation étatique en matière de développement durable et de santé publique. L'objectif est d'éviter que ces mesures soient perçues comme une expropriation indirecte des actifs des investissements étrangers dans le cadre de contentieux des investissements.

1453. Les pays ont adopté différentes stratégies pour traiter de la question. La Bolivie s'est retirée de la Convention de Washington en 2007, suivie par l'Équateur en 2009 et le Venezuela en 2012. D'autres pays ont opté pour une approche plus modérée en ce qui concerne le mécanisme de RDIE. Par exemple, l'Australie a décidé de ne plus conclure les traités de libre-échange avec la clause de RDIE, tandis que le Canada a explicitement exclu ce régime dans l'ACEUM qui remplace l'ALENA. De nombreux pays ont également mis à jour leurs modèles de TBI pour y inclure des clauses relatives au développement durable et à la santé publique, tout en limitant l'accès au mécanisme de RDIE pour les investisseurs étrangers. L'Inde et le Brésil ont développé leurs propres modèles de TBI : l'Inde a mis l'accent sur la contribution à une croissance bénéfique⁴⁷¹⁷, alors que le Brésil a axé ses efforts sur la promotion et la facilitation des investissements ainsi que sur la prévention des différends et les alternatives possibles⁴⁷¹⁸.

1454. Les nouveaux cycles de négociations de l'OMC sont *de facto* suspendus. Le TBI qui était en cours de négociation pendant dix ans entre les États-Unis et la Chine avant l'administration Trump⁴⁷¹⁹ semble avoir été abandonné lorsque les États-Unis ont déclenché la guerre commerciale⁴⁷²⁰. De même, les négociations du TTIP entre les États-Unis et l'Union

⁴⁷¹⁵ Alvarez J.E., « The Return of the State », *op.cit.*, p.260

⁴⁷¹⁶ *Id.*, p.251

⁴⁷¹⁷ IISD, « L'Inde diffuse son modèle de TBI pour commentaires ; Les États-Unis réclament des négociations », *IISD, op.cit.*

⁴⁷¹⁸ UNCTAD, World Investment Report 2016, p. 101

⁴⁷¹⁹ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p. 640

⁴⁷²⁰ *Id.*, p. 630

européenne sont également en suspension depuis 2016⁴⁷²¹. Bien que de nouveaux TBI soient conclus, les États souverains se tournent davantage vers la conclusion de traités méga-régionaux de libre-échange. Ces traités méga-régionaux ont un poids économique considérable et exercent sans aucun doute une influence majeure sur l'élaboration des règles mondiales en matière d'investissement et sur les modèles d'investissement mondiaux⁴⁷²².

1455. De ce fait, ces traités méga-régionaux génèrent une concurrence entre différents modèles de multilatéralisme régional. Dans la région Asie-Pacifique, par exemple, le RCEP et le PTPGPA sont considérés pour certains comme deux modèles en concurrence directe, avec d'un côté le modèle initié par la Chine (RCEP) et de l'autre le modèle proposé par les États-Unis (PTPGPA)⁴⁷²³.

1456. Cette tension est en réalité illusoire. Malgré le poids économique de la Chine parmi les pays signataires du RCEP, son influence réelle sur le texte final de l'accord est limitée⁴⁷²⁴. Le rôle de la Chine a été amplifié par les médias dans le contexte de la guerre commerciale sino-américaine. Ce sont en fait les pays membres de l'ASEAN qui ont été les initiateurs du traité et qui exercent une influence essentielle sur le texte final⁴⁷²⁵. La Chine adopte une approche conservatrice et prudente dans l'élaboration de normes internationales. Cette réserve s'explique en partie par sa tradition et sa philosophie, comme en témoigne le préambule du RCEP qui reflète l'esprit de la philosophie chinoise. Le libre-échange n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'« améliorer le bien-être général de leurs [pays contractants] peuples »⁴⁷²⁶. Cette perspective diffère considérablement des traités négociés par les États-Unis, qui mettent davantage l'accent sur l'accès au marché dans le cadre du néolibéralisme. Par ailleurs, rappelons que la philosophie de LAO Tseu (VI^{ème} à V^{ème} siècle av. J.-C.) prônant le « non-agir » ainsi que celle de Confucius (551 à 479 av. J.-C) axée sur l'harmonisation des relations humaines dominant et déterminent les relations tant internes qu'externes de la Chine. La Chine

⁴⁷²¹ Lefigaro.fr avec l'AFP, « Le TTIP suspendu aux ministres européens », *Le Figaro*, le 23 septembre 2016[en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/09/23/97002-20160923FILWWW00020-le-ttip-suspendu-aux-ministres-europeens.php>] [consulté le 15 novembre 2022]

⁴⁷²² *Ibid.*

⁴⁷²³ Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », *op.cit.*, p.428

⁴⁷²⁴ Chaisse J., Elsig M., Jusoh S, et Lugg A., « Drafting Investment Law : Patterns of Influence in the Regional Comprehensive Economic Partnership(RCEP) », *op.cit.*, p.126

⁴⁷²⁵ *Ibid.*

⁴⁷²⁶ RCEP, préambule

a connu l'échec de la dynastie Qin (221 à 226 av. J.-C)⁴⁷²⁷, dont la pensée de l'école des Légistes avait été adoptée et les lois strictes et rigides ont contribué à sa chute⁴⁷²⁸. En tant que « participant plutôt qu'un leader dans les négociations multilatérales et méga régionales »⁴⁷²⁹, la Chine n'a pas pu introduire d'innovations majeures dans le texte du RCEP par rapport aux modèles existants d'accords de libre-échange, cherchant plutôt un équilibre de pouvoir de négociation entre les pays membres. La troisième raison est d'ordre technique, « dû à la difficulté de contester des règles plus concrètes et préexistantes »⁴⁷³⁰. La Chine, comme des pays de l'Asie Pacifique, n'a pas développé une tradition juridique aussi solide que les pays occidentaux, qui ont hérité du droit romain. Enfin, le RCEP est entré en vigueur en janvier 2022, il faudra observer avec patience la concurrence entre les deux modèles de multilatéralisme. Les Chinois croient que les actions parlent plus fort que les mots.

1457. En plus du RCEP, l'initiative chinoise de la BRI a démontré une autre forme d'intégration économique, différente de l'approche prédominante des États-Unis. Alors que les États-Unis préfèrent conclure des traités de libre-échange avec des engagements juridiques à l'échelle régionale⁴⁷³¹, le projet BRI a été mené sans recourir à des instruments formels du droit international, que ce soit des traités à l'échelle de la BRI ou des traités bilatéraux avec les pays membres de la BRI. En effet, la Chine évite explicitement ce type de *Hard Law*⁴⁷³² et adopte une approche de flexibilité maximale en développant la *Soft Law*, qui tient compte du nombre de parties prenantes impliquées⁴⁷³³. En matière du règlement des différends relatifs aux investissements internationaux dans le cadre de la BRI, la Chine privilégie plutôt un règlement consensuel avec ses partenaires, plutôt que de les affronter comme des adversaires sous le mécanisme de RDIE⁴⁷³⁴. La BRI est considérée comme une tentative de la Chine de remodeler l'ordre international⁴⁷³⁵ et de développer un contre-modèle chinois par rapport aux traités de

⁴⁷²⁷ 屈永华(Qu Y.), « 法家治国方略与秦朝速亡关系的再考察 », 法学研究, vol 5, 2007, p.140 («La relation entre le plan général du pays dirigeant de l'école légiste et l'extinction rapide de la dynastie Qin : une nouvelle observation», *Chinese Journal of Law*, vol 5, 2007 p. 140)

⁴⁷²⁸ *Ibid.*

⁴⁷²⁹ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.47

⁴⁷³⁰ Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *op.cit.*, p. 592

⁴⁷³¹ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.54

⁴⁷³² *Id.*, p.42

⁴⁷³³ *Id.*, p.43-44

⁴⁷³⁴ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.619

⁴⁷³⁵ Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *op.cit.*, p.54

libre-échange développés par les États-Unis⁴⁷³⁶, en mettant l'accent sur la médiation plutôt que sur l'arbitrage d'investissement⁴⁷³⁷.

1458. Le vieux continent partage avec les États-Unis la longue tradition juridique héritée du droit romain, ce qui le distingue du cas de la Chine. Cette distinction rend la concurrence entre le modèle européen et américain plus évidente et suscite un intérêt particulier.

1459. La rivalité entre les différents multilatéralismes débute par la question de la primauté des sources du droit international, entre le droit européen ou les TBI signés entre les États membres. Les tribunaux arbitraux défendent la supériorité des TBI pour les différends entre l'État et l'investisseur. La Commission européenne et la CJUE, au contraire, défendent la supériorité du droit européen sur toutes les autres sources du droit international. Les nombreux arbitrages intra-UE ne sont plus des différends purs et simples entre l'investisseur et son pays d'accueil, mais plutôt un « conflit de « juridiction » »⁴⁷³⁸. Cette typologie de conflit rappelle la concurrence médiévale entre la juridiction ecclésiastique et la juridiction royale, où chaque partie appliquait ses propres règles⁴⁷³⁹. Ainsi, l'histoire se répète donc sous une forme cyclique.

1460. Après le refus d'appliquer l'arrêt *Achmea* de CJUE par les arbitres dans d'autres contentieux des investissements, afin d'éviter de nouvelles remises en question, la Commission européenne a proposé de mettre fin aux TBI intra-européens et de mettre en place un accord portant extinction des traités bilatéraux d'investissement intra-européens le 5 mai 2020. Cet accord vise à résoudre le conflit entre le droit européen et le droit international de l'investissement et à concrétiser le « projet de remise en cause de l'arbitrage de l'investissement »⁴⁷⁴⁰.

1461. Outre les efforts déployés pour supprimer les TBI intra-UE, la solution ultime proposée par l'Union européenne est de remplacer le mécanisme de RDIE par un système juridictionnel. L'AECG, signé entre l'UE et le Canada, prévoit la création d'un tribunal de première instance et un tribunal d'appel pour résoudre les différends entre l'État d'accueil et les investisseurs étrangers. Cette approche représente un grand détournement par rapport aux tribunaux arbitraux

⁴⁷³⁶ *Id.*, p.55

⁴⁷³⁷ McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement », *op.cit.*, p.629

⁴⁷³⁸ Tigar M., *Law and the Rise of Capitalism*, *op.cit.*, p.22; v. également Dounot C., *L'Oeuvre canonique d'antoine dadine d'outeserre (1602-1682)*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ-Lextenso Editions, 2013, p.306-416

⁴⁷³⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁴⁰ *Ibid.*

prévus par la Convention CIRDI. Le mécanisme initial a été conçu pour être « indépendant et comporte[r] un dispositif de contrôle interne comprenant des dispositions sur l'interprétation, la révision et l'annulation des sentences »⁴⁷⁴¹. Dans ce nouveau système, les investisseurs n'ont plus la liberté de choisir leurs arbitres comme c'était le cas avec les TBI. Ils peuvent uniquement sélectionner parmi les quinze membres du Tribunal énumérés par les deux parties contractantes. L'ambition de la Commission européenne est de « remplacer l'actuel mécanisme de règlement des différends, [...], dans l'ensemble des négociations de l'UE en matière de commerce et d'investissement, actuelles ou futures »⁴⁷⁴². À ce jour, les nouveaux accords en cours de négociation ou conclus par l'UE avec le Mexique⁴⁷⁴³, Singapour⁴⁷⁴⁴ et le Vietnam⁴⁷⁴⁵ ont inséré des dispositions relatives à ce nouveau système juridictionnel. L'arrêt des négociations de TTIP entre l'Union européenne et les États-Unis pourrait être en corrélation avec la promotion de ce nouveau régime de règlement des différends par la Commission européenne⁴⁷⁴⁶, qui entre directement en compétition avec celui initié par les États-Unis.

1462. Après avoir examiné les évolutions survenues dans le droit international, nous avons également approfondi la manière dont le droit interne pourrait résoudre le conflit de valeurs découlant du renforcement ou du retour de la souveraineté de l'État. Les notions de « sécurité nationale » ou de « sécurité publique » sont les leviers mis en place pour instaurer les exceptions et les dérogations aux politiques libérales, légitimant ainsi les mesures d'intervention gouvernementale visant au filtrage des investissements étrangers. Au faîte du libéralisme, la libre circulation des capitaux et la protection des propriétés étrangères étaient les valeurs phares des multinationales américaines. Ces entreprises, dotées d'une puissance de lobbying, ont réussi à persuader les États-Unis d'adopter une interprétation « américanisée » de la liberté, en la transposant en outils juridiques. Cependant, l'environnement juridique pour les investisseurs chinois dans les pays occidentaux évolue dans un contexte opposé. Les pays développés ont

⁴⁷⁴¹ OCDE, Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et états : vue d'ensemble, Document de travail sur l'investissement international, Numéro 2006/1, février 2006

⁴⁷⁴² Commission Européen, Communiqué de presse, « L'UE finalise sa proposition pour la protection des investissements et la mise en place d'un système juridictionnel dans le TTIP », le 12 novembre 2015 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_6059] [consulté le 22 octobre 2021]

⁴⁷⁴³ Brocard S., « Accord de principe pour un traité de libre-échange entre l'UE et le Mexique », *Touteleurope*, le 27 avril 2018 [en ligne : <https://www.touteleurope.eu/economie-et-social/accord-de-principe-pour-un-traite-de-libre-echange-entre-l-ue-et-le-mexique/>] [consulté le 28 septembre 2022]

⁴⁷⁴⁴ L'article 3.9 et 3.10, EU - Singapore Investment Protection Agreement

⁴⁷⁴⁵ L'article 3.38 et 3.39, EU - Vietnam Investment Protection Agreement

⁴⁷⁴⁶ Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *op.cit.*, p257

adopté *de facto* une politique protectionniste, en contradiction avec la promotion de politiques libérales qui prévalait auparavant.

1463. L'amendement Exon-Florio de 1988 a jeté la base juridique permettant l'intervention gouvernementale américaine sur un marché supposé être régulé uniquement par la main invisible. Cet amendement a conféré au Président américain le pouvoir de bloquer les opérations d'acquisitions des entreprises américaines par les investisseurs étrangers susceptibles de menacer la sécurité nationale⁴⁷⁴⁷. Si l'opération CATIC-MAMCO bloquée par le Président américain en 1989 était liée à la défense et aux aspects militaires⁴⁷⁴⁸, la loi FINSA de 2007 a été perçue comme une réponse aux opérations CNOOC - Unocal en 2005 et Dubai Ports World – P&O du 2006⁴⁷⁴⁹, sur fond de préoccupations liées à la sécurité énergétique et aux menaces terroristes.

1464. Cependant, la décision en 2012 de désinvestissement des Chinois sur l'opération de Ralls Corporation semble s'éloigner de plus en plus de la notion de « sécurité nationale » de ses champs d'application et de son sens initial. Le Président Obama a en effet ordonné aux investisseurs chinois de céder toutes leurs participations dans les sociétés américaines détenant des terrains destinés au développement d'un parc éolien⁴⁷⁵⁰, au motif que ces terrains étaient proches d'une installation de la marine américaine dans l'Oregon⁴⁷⁵¹. Toutefois, il faudrait signaler qu'il y avait également d'autres éoliennes étrangères à proximité de la même zone⁴⁷⁵².

1465. Les deux autres opérations chinoises, qui ont aussi fait l'objet de refus direct par le Président américain, Grand Chip Investment GmbH – Aixtron en 2016 et Canyon Bridge – Lattice en 2017, ont complètement transformé la notion de sécurité nationale en un outil visant à préserver la technologie stratégique, ce qui va à l'encontre de leur politique libérale. La loi FIRMMA de 2018, promulguée sous l'administration Trump, est allée encore plus loin en s'opposant le libéralisme et en ciblant particulièrement les investisseurs chinois⁴⁷⁵³. Pire encore, le contrôle exercé par le CFIUS sur l'opération de Kunlun-Grindr en 2019 ainsi que l'opération de TikTok-Musical.ly en 2020, a transformé cette mesure en un outil purement politique et

⁴⁷⁴⁷ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.7

⁴⁷⁴⁸ La société cible MAMCO, fabricant américain de pièces d'avion, contiennent des technologies dont l'export est limité. Et l'entreprise acquéreur CATIC a été lié avec le militaire chinoise.

⁴⁷⁴⁹ De Moraes Gavioli M. G., « National Security or Exnophobia : The Impact of the Foreign Investment and National Security Act ("FINSA") in Foreign Investment in the U.S. », *op.cit.*, p. 21

⁴⁷⁵⁰ *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv.*, U.S., 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)

⁴⁷⁵¹ *Ibid.*

⁴⁷⁵² *Ibid.*

⁴⁷⁵³ Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *op.cit.*, p.11

permanent dans le contexte de guerre commerciale sino-américaine. Cela rappelle sans aucun doute le sort des investisseurs japonais qui ont historiquement été la cible d'un tel contrôle.

1466. L'outil de filtrage des investissements étrangers au titre de la sécurité nationale a été actionné de manière rétroactive pour engager des procédures à l'encontre des investisseurs chinois⁴⁷⁵⁴. Cependant, la définition de sécurité nationale demeure ambiguë et est laissée à la totale discrétion du gouvernement. La raison de l'effondrement des investissements chinois aux États-Unis depuis 2016, selon Monsieur le Professeur Bonnitcha, réside dans les inquiétudes croissantes à l'encontre du gouvernement américain⁴⁷⁵⁵, provoquées tant par la complexité de la procédure d'autorisation que l'augmentation des refus émanant de l'agence CFIUS.

1467. L'effet *extra-urbis* ou l'influence américain sur d'autres pays développés affaiblit l'alibi de la sécurité nationale. Au Canada, l'échec de l'acquisition de TMAC Resources Inc par Shandong Gold Mining Co., Ltd (société chinoise)⁴⁷⁵⁶ pourrait provenir de la tension entre les États-Unis et la Chine, notamment en raison de l'éventuelle extradition du directeur financier de Huawei du Canada vers les États-Unis⁴⁷⁵⁷, ce qui a peu de lien avec la sécurité nationale. En Australie, le motif de sécurité nationale a aussi été avancé par le gouvernement australien en 2020 pour bloquer l'achat d'une entreprise laitière basée en Australie et détenue par des investisseurs japonais, par un investisseur chinois⁴⁷⁵⁸. Depuis 2020⁴⁷⁵⁹, le gouvernement britannique surveille attentivement les activités d'acquisitions des entreprises chinoises sur son territoire.

1468. La position du bloc anglo-saxon semble solidaire et homogène. La France, depuis longtemps, défend sa souveraineté et promeut le concept de capitalisme souverain pour contrôler les investissements étrangers. Cependant, l'obstacle principal à la législation en la matière provient de la Commission européenne. Par exemple, le décret n°2005-1739 a été promulgué en réponse à l'acquisition potentielle de Danone par PepsiCo., renforçant ainsi le droit d'intervention gouvernementale sur les acquisitions réalisées par des investisseurs étrangers. Néanmoins, la Commission européenne a estimé que la législation française était en contradiction avec le principe de libre circulation des capitaux, et a émis une demande de mise

⁴⁷⁵⁴ TikTok-Musical.ly en 2020 et Beijing Shiji-StayNTouch en 2020

⁴⁷⁵⁵ Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *op.cit.*, p. 647

⁴⁷⁵⁶ Strong W., « Ottawa blocks Chinese takeover of Nunavut gold mine project after national security review », *CBC, op.cit.*

⁴⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁵⁸ China Mengniu Dairy - Lion Dairy

⁴⁷⁵⁹ Nexperia- Newport Wafer Fab, Aerostar-Mettis Aerospace, Gardner Aerospace - Impcross Ltd

demeure⁴⁷⁶⁰. De même, le décret n°2014-479 ou « décret Alstom », a été promulgué après l'acquisition d'Alstom, incluant le secteur d'énergie dans la liste des industries stratégiques et soumettant ainsi les acquisitions réalisées par des investisseurs étrangers à une procédure d'autorisation renforcée de l'État. Cette nouvelle législation de nouveau attiré l'attention de la Commission européenne et a même fait l'objet d'une étude du dispositif qui pourrait constituer une entrave à la libre circulation des capitaux⁴⁷⁶¹. Madame la Professeure Moya souligne alors que « la réalisation d'une liberté (la liberté de circuler dans l'Union) suppose nécessairement l'exclusion d'une autre liberté (la liberté de déroger à la loi applicable) »⁴⁷⁶². Dans notre cas plus précis, la Commission européenne a poursuivi sa surveillance sur cette liberté gouvernementale de déroger au droit européen afin d'exercer un contrôle sur les investissements étrangers. Ce n'est qu'en 2017, dans le contexte de la vague des investissements en provenance de la Chine, qu'un courrier conjoint des ministres de l'Économie français, allemand et italien⁴⁷⁶³ à la Commission européenne a finalement changé l'attitude de l'institution décisionnelle de l'Union européenne. Par suite de cela, l'eurodéputé français Frank Proust a proposé en mars 2017 un projet de loi sur le filtrage des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques⁴⁷⁶⁴, qui est devenu plus tard le Règlement (UE) 2019/452. Pendant la crise sanitaire, pour protéger les entreprises françaises des « risques [d']opérations étrangères prédatrices »⁴⁷⁶⁵, la France a temporairement abaissé le seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés cotées de 25% à 10%, augmentant ainsi le nombre d'acquisitions effectués par les investisseurs étrangers soumises au contrôle. Enfin, la France a également appelé « d'ailleurs l'ensemble des États membre de l'Union européenne à se doter d'un mécanisme analogue, afin de protéger celle-ci plus efficacement, lorsque des investissements étrangers présentent des risques pour la sécurité et l'ordre public »⁴⁷⁶⁶. Jusqu'en 2014, peu d'exceptions étaient tolérées au titre des quatre libertés étendards de l'Union européenne. De nos jours, les exceptions touchent pratiquement toutes les activités commerciales. Le Président Emmanuel Macron, dans son discours à la Haye du 12 avril 2023, réitère la position française selon laquelle l'outil « pour bloquer les achats d'entreprises par l'étranger, et filtrer certains

⁴⁷⁶⁰ IP/06/438, Libre circulation des capitaux : la Commission examine la loi française établissant une procédure d'autorisation pour les investissements étrangers dans certains secteurs, le 4 avril 2006

⁴⁷⁶¹ Biache A., « Décret « Montebourg » - La défense des intérêts nationaux français face aux capitaux étrangers », *op.cit.*, p.3

⁴⁷⁶² Moya D., « Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés », *JDI*, n°2, avril-mai-juin 2020, p.568

⁴⁷⁶³ Letter from the Governments of France, Germany and Italy, février 2017

⁴⁷⁶⁴ Proposal for a Union Act on the Screening of Foreign Investment in Strategic Sectors, B [8-0000/2017], le 20 mars 2017, p.2

⁴⁷⁶⁵ Broussolle Y., « Prorogation de l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises », *LPA*, mai 2022, LPA20109, p.18

⁴⁷⁶⁶ *Id.*, p.18-19

achats »⁴⁷⁶⁷ est nécessaire, à l’instar de ce qui se fait aux États-Unis. Les critiques fusent que « [l]e droit est ici l’instrument d’une volonté gouvernementale qui peine à se faire discrète »⁴⁷⁶⁸. Toutefois, cette position française n’est pas une nouveauté, puisqu’elle constitue une réaffirmation de la souveraineté française portée par différents ministres, de Villepin en passant par de Montebourg, jusqu’à Macron.

1469. L’autosuffisance, la souveraineté technologique et numérique, la souveraineté alimentaire, ainsi que les critiques sur la dépendance des masques pendant la crise sanitaire, ont contribué au déclin de la politique libérale et à l’émergence d’une politique générale anti-mondialiste. Aujourd’hui, l’enthousiasme pour un champion national a suscité le renforcement du droit national, tant dans les pays anglo-saxons que dans les pays de droit civil, et a presque noyé toutes les activités économiques sous l’habillage ambigu et vague de la sécurité nationale. Le pouvoir gouvernemental n’a jamais été aussi étendu pour intervenir dans les activités commerciales, désormais « le contrôle des investissements étranger est au cœur des préoccupations nationales et européennes »⁴⁷⁶⁹.

1470. En dépit du ciblage par les législateurs des entreprises chinoises, les données divulguées sur le filtrage des investissements en France révèlent que la Chine est pratiquement absente des opérations soumises au contrôle de Bercy⁴⁷⁷⁰. À l’exception d’un seul cas impliquant Jingye – Site d’Hayange du British Steel en 2020, ce sont principalement des acquisitions en provenance de pays développés qui ont été soumises à ces contrôles. Parmi ces opérations figurent notamment Carlisle – Darka Fileca en 2020, Teledyne-Photonis en 2021, Couche Tard et Tenable – Carrefour en 2021 ainsi que TransDigm Group-Meggitt en 2021.

1471. L’Allemagne, un autre pays de droit continental, a adopté une position mixte à l’égard des investisseurs chinois. Elle a été surprise par l’achat de Kuka en 2016⁴⁷⁷¹ par un investisseur chinois. À la suite de cette acquisition, le gouvernement a renforcé la législation relative au filtrage des investissements étrangers d’une part, et a réussi à bloquer de l’autre la participation

⁴⁷⁶⁷ Coutansais-Pervinquière A., « Europe : ce qu’il faut retenir du discours d’Emmanuel Macron sur la « souveraineté économique » », *Le Figaro*, le 11 avril 2023

⁴⁷⁶⁸ Barrillon C., « Le contrôle des investissements étrangers depuis la loi PACTE », *Gaz. Pal.*, mardi 24 septembre 2019, n°32, 359s8, p.84

⁴⁷⁶⁹ *Id.*, p.82

⁴⁷⁷⁰ Drif A., « L’Etat projette d’étendre aux médias le contrôle des acquisitions étrangères », *Les Echos*, le 16 septembre 2019

⁴⁷⁷¹ Schröder O., Birmanis S., « The Foreign Investment Regulation Review: Germany », *The Law Reviewer*, le 17 octobre 2021 [en ligne : <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/germany>] [consulté le 8 avril 2022]

minoritaire de China State Grid Corporation dans 50Hertz en 2018⁴⁷⁷², ainsi que l'acquisition de Leifeld Letal Spinning par Yantai Taihai Corporation en 2018⁴⁷⁷³, celle du spécialiste des radars IMST GmbH par EMST GmbH en 2020⁴⁷⁷⁴, et l'achat d'Elmos, fabricant de semi-conducteurs, par Silex Microsystèmes en 2022⁴⁷⁷⁵. Toutefois, en concurrence avec les ports de Rotterdam aux Pays-Bas, d'Anvers en Belgique ou de Wilhelmshaven en Allemagne, le gouvernement allemand a accepté la participation d'un investisseur chinois dans la société d'exploitation d'une partie d'un terminal à Hambourg, malgré des avis divergents entre le chancelier fédéral et le ministère de l'Économie, à condition que la participation de l'investisseur chinois soit réduite⁴⁷⁷⁶. Il convient de noter que ce terminal, le plus petit détenu par une société gestionnaire du port de Hambourg (HHLA)⁴⁷⁷⁷, ne compte que 4 places⁴⁷⁷⁸. Les positions contradictoires au sein du gouvernement allemand concernant la participation chinoise dans la société gestionnaire du port de Hambourg⁴⁷⁷⁹ dépassent donc le cadre d'une simple opération commerciale et reflètent des positions et des postures politiques allemandes. D'après Monsieur le Professeur Peng, sous couvert de la sécurité nationale, les pays développés procèdent à un habillage juridique pour réglementer les activités économiques étrangères⁴⁷⁸⁰.

1472. En effet, on constate que les pays développés appliquent simultanément la doctrine de la raison d'État et la doctrine du droit naturel, ainsi que leurs dérivés respectifs. Même à son apogée, le néolibéralisme, étroitement lié à la doctrine du droit naturel pour la protection des droits individuels et prônant une intervention minimale de l'État⁴⁷⁸¹, n'a pu être pleinement réalisé.

⁴⁷⁷² Bentley Z., « Germany blocks China State Grid bid for 50Hertz, citing “national security” fears », *Infrastructure Investor*, *op.cit.*

⁴⁷⁷³ Houédé P., « Berlin interdit le rachat d'une entreprise allemande par un groupe chinois », *op.cit.*

⁴⁷⁷⁴ Von Jacobs N., Enders G., « Radar Specialist: German Government Prohibits Takeover By Chinese Investor », *MWE*, *op.cit.*

⁴⁷⁷⁵ Loukil R., « L'Allemagne bloque la vente de l'usine de puces d'Elmos à une filiale du chinois Sai Microelectronics », *UsineNouvelle*, *op.cit.*

⁴⁷⁷⁶ Latribune.fr., « Prise de participation du chinois Cosco dans le port de Hambourg : un compromis trouvé « pour éviter le pire » », *LaTribune*, *op.cit.*

⁴⁷⁷⁷ Boutelet C., « La participation chinoise dans le port de Hambourg divise la coalition allemande », *Le Monde*, le 22 octobre 2022

⁴⁷⁷⁸ 道德经 (Dao Deng Jing), « 形势突变, 中国企业收购德国芯片厂又受阻! 德媒都忍不住吐槽自家政府 », *op.cit.* (« La situation a soudainement changé et les entreprises chinoises ont été empêchées d'acquérir des usines de puces allemandes ! Les médias allemands ne peuvent s'empêcher de se plaindre de leur propre gouvernement », *op.cit.*)

⁴⁷⁷⁹ Latribune.fr., « Prise de participation du chinois Cosco dans le port de Hambourg : un compromis trouvé « pour éviter le pire » », *LaTribune*, *op.cit.*

⁴⁷⁸⁰ 彭阳 (Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化: 法理剖析与中国应对 », *op.cit.*, p.95 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *op.cit.*, p. 96)

⁴⁷⁸¹ Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, *op.cit.*, p.50

1473. Les États-Unis, par exemple, ont toujours fait appel à l'intervention fédérale dans les activités économiques. Cet interventionnisme n'est pas seulement une réalité historique, il continue de croître, traduisant ainsi le renforcement de la souveraineté dans la lignée de la doctrine de la raison d'État.

1474. En Europe, le nationalisme s'est renforcé avec la demande croissante des citoyens en matière de services publics, à savoir l'éducation, la santé, les pensions de retraite et le chômage⁴⁷⁸². Cette demande a entraîné un renforcement du pouvoir souverain sous la doctrine de la raison d'État, afin de fournir ces services publics qui occasionnent une augmentation des dépenses publiques. Ainsi, les services publics doivent déterminer qui supporte les taxes et contributions, ainsi que le montant à payer pour soutenir une administration établie selon la souveraineté et limitée à un territoire géographique, et enfin qui peut bénéficier de ses régimes nationaux in fine. Alors que la charge fiscale et les dépenses publiques augmentent pour les États, ces derniers ont également besoin de ressources provenant des entreprises, y compris des entreprises étrangères. Afin d'attirer les investisseurs étrangers, les États doivent proposer des régimes fiscaux ou sociaux attractifs par rapport à d'autres pays concurrents. Toutefois, les États ne peuvent pas se livrer librement à une augmentation illimitée des contributions, car la « main invisible » a créé une concurrence entre les États, où ils doivent trouver un équilibre entre les besoins de financement et l'attrait pour les investissements étrangers.

1475. Par ailleurs, les États qui offrent un marché accessible et ouvert, ainsi qu'une protection maximale aux investissements, attirent davantage de capitaux et de personnes. Cependant, cette souveraineté territoriale entre en conflit direct avec la fluidité prônée par le libéralisme en matière de circulation des capitaux. Par conséquent, les États se retrouvent dans une situation délicate, jonglant entre la nécessité de développer l'économie selon l'idéologie libérale et la fourniture des services publics par un État souverain :

« La période depuis 1974 a été marquée par les protestations répétées des dirigeants occidentaux contre les dangers du renouveau protectionniste et leur détermination à l'inverser. Toutefois, elle a également été marquée par leur échec répété à faire correspondre leurs politiques à leurs paroles »⁴⁷⁸³.

Texte originale : « The Lockian theory of natural rights, on the other hand, together with Locke's doctrine of justified resistance against governmental oppression, formed the philosophical background of the Declaration of Independence. »

⁴⁷⁸² Mayall J., *Nationalism and International Society*, op.cit., p. 100

⁴⁷⁸³ *Id.*, p. 97

En réalité, sous la pression interne, les pays développés ont été obligés d'employer les mesures de protectionnisme à l'encontre des investisseurs étrangers afin de préserver les intérêts de leur nationaux.

1476. Cependant, sur la scène internationale, les États cherchent à favoriser le développement des entreprises multinationales tout en s'efforçant d'éliminer les mesures protectionnistes mises en place par d'autres États. Ce conflit d'intérêts est complexe et difficile à résoudre, ce qui rend l'environnement d'investissement plus compliqué pour les entreprises chinoises.

1477. Le Professeur Sornarajah résume ainsi :

« L'interaction de divers facteurs économiques, politiques et historiques a façonné et continue de façonner l'évolution du droit international de l'investissement étranger. Si le droit international est généré par la résolution éventuelle d'intérêts nationaux, commerciaux et sociaux conflictuels, le droit international de l'investissement étranger fournit une illustration de ces processus de conflits intenses et de leur résolution à l'œuvre. C'est un domaine dans lequel les intérêts des États exportateurs de capitaux se sont opposés à ceux des États importateurs de capitaux. Dans les temps modernes, la diversité des intérêts qui s'affrontent est plus grande. Comme indiqué, l'intérêt d'une protection inflexible des investissements se heurte aux intérêts des droits de l'homme, de l'environnement, des droits du travail, des droits des autochtones et des droits de propriété culturelle. La résolution des conflits qui en résulte, si une résolution est effectivement atteinte, indique comment le droit international est fait et à quel point la formulation de ses principes est ouverte face aux intenses conflits de vues entre les États quant au droit. Ces conflits s'accroissent lorsque d'autres acteurs de terrain sont divisés dans leurs points de vue et soutiennent les normes contestataires que chaque camp épouse »⁴⁷⁸⁴.

Texte original: « The period since 1974 has been marked by repeated protestations by western leaders of the dangers of the protectionist revival and their determination to reverse it. But it has also been marked by their repeated failure to match their policies to their words. »

⁴⁷⁸⁴ Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment, op.cit.*, 2017, p.9

Texte original: « The interplay of various economic, political and historical factors shaped, and continues to shape, the development of the international law on foreign investment. If international law is generated by the eventual resolution of conflicting national, business and social interests, the international law of foreign investment provides an illustration of these processes of intense conflicts and their resolution at work. It is an area in which the interests of the capital-exporting states have clashed with the interests of capital-importing states. In modern times, the diversity of interests that clash are greater. As indicated, the interest of inflexible investment protection clashes with interests in human rights, the environment, labour rights, indigenous rights and cultural property rights. The resultant resolution of the conflicts, if any resolution is indeed achieved, indicates how international law is made and how open-ended the formulation of its principles are in the face of intense conflicts of views among states as

1478. Le droit des investissements internationaux révèle clairement un conflit de valeurs, et malgré les réformes dans le domaine du droit international et les adaptations du droit interne, il semble que cela ne fasse qu'accroître le retour à la souveraineté des États. Le conflit de valeurs est-il résolu par la multiplication de nouveaux outils juridiques ? Ou plus précisément, est-ce que le conflit a réellement été résolu, ou la solution proposée est susceptible de générer de multiples nouveaux conflits ? Le doute est permis quant à la réponse. On peut se demander si ce conflit de valeurs lui-même n'est pas artificiel, créé sous l'influence politique et l'« imagination collective »⁴⁷⁸⁵ des *Homo sapiens* ?

1479. Dans une perspective taoïste, il est difficile de trouver une solution véritable si chaque camp adopte une position tranchée entre le « yin » et le « yang », représentant respectivement le « libéralisme » et la « souveraineté ». En effet, le « yin » et le « yang » coexistent, de même que le « libéralisme » et la « souveraineté ». Aucun État ne peut fermer complètement ses portes ni les ouvrir sans contrôle. Cela soulève la question de savoir si le « libéralisme » et la « souveraineté » sont réellement contradictoires ou si cette contradiction est le fruit de notre imagination. Il semblerait que ces deux notions, loin d'être mutuellement exclusives, représentent en réalité deux aspects du capitalisme.

1480. Par ailleurs, ces concepts de « libéralisme » et « souveraineté », qui sont vagues et sujets à des changements constants, pourraient être considérés comme des « mots abstraits »⁴⁷⁸⁶, décrits par Tocqueville, « dont on fait usage à tout propos sans les rattacher à aucun fait particulier, agrandissent et voilent la pensée ; ils rendent l'expression plus rapide et l'idée moins nette »⁴⁷⁸⁷. Il est alors légitime de se demander si ces concepts, présentés comme des valeurs, dissimulent le véritable conflit sous-jacent de la société humaine à l'ère du capitalisme, à savoir la répartition des profits.

1481. Enfin, est-ce que l'évolution de notre société prévoit le remplacement de la contradiction entre le « libéralisme » et la « souveraineté » par un autre ensemble de valeurs ? Dans la prochaine décennie, il est envisageable que l'économie ne puisse plus jouer un rôle unificateur dans le monde. Le changement climatique pourrait agir de moteur pour créer un consensus au sein de la société internationale et au niveau des normes internationales, engendrant ainsi un

to the law. These conflicts become accentuated when other actors in the field are divided in their views and support the contesting norms that each camp espouses. »

⁴⁷⁸⁵ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.40

⁴⁷⁸⁶ Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I*, op.cit., p.71

⁴⁷⁸⁷ *Ibid.*

nouveau conflit entre les anciennes normes de protection des investisseurs internationaux et les nouvelles normes qui pourraient chercher à responsabiliser les investisseurs internationaux.

CONCLUSION DÉFINITIVE

1482. L'été 1993, le professeur américain de sciences politiques Samuel Huntington a publié un article intitulé « The Clash of Civilizations ? »⁴⁷⁸⁸, dans lequel il a exposé sa théorie sur les relations internationales après la fin de la guerre froide :

« La source fondamentale de conflit dans ce nouveau monde ne sera pas principalement idéologique ou principalement économique. Les grandes divisions au sein de l'humanité et la source dominante de conflit seront culturelles. Les États-nations resteront les acteurs les plus puissants dans les affaires mondiales, mais les principaux conflits de la politique mondiale se produiront entre des nations et des groupes de civilisations différentes. Le choc des civilisations dominera la politique mondiale. »⁴⁷⁸⁹

1483. Sa théorie a déclenché d'importants débats outre-Atlantique⁴⁷⁹⁰, mais elle a suscité une réaction plus critique en Chine qu'aux États-Unis ou dans les autres pays développés⁴⁷⁹¹. Les chercheurs chinois soutenaient un point de vue différent du sien, affirmant que « la culture n'est pas à l'origine des conflits dans le monde mais elle constitue le point de départ de l'intégration mondiale »⁴⁷⁹².

1484. Cette théorie a résisté à l'épreuve du temps, trente ans se sont écoulés depuis la prédiction et l'analyse de Samuel Huntington. Monsieur Daniel Keller, membre du Conseil économique, social et environnement, confirme la position de Huntington et a souligné qu'il s'agit effectivement d'« un retour du conflit des civilisations »⁴⁷⁹³, en faisant notamment référence à la tension entre les États-Unis et la Chine comme étant « la nouvelle version du piège de Thucydide »⁴⁷⁹⁴.

⁴⁷⁸⁸ Huntington S., « The Clash of Civilizations? », *Foreign Affaires.*, vol.72, n°3, 1993, p. 22-49

⁴⁷⁸⁹ *Id.*, p.22

Texte original : « The fundamental source of conflict in this new world will not be primarily ideological or primarily economic. The great divisions among humankind and the dominating source of conflict will be cultural. Nations states will remain the most powerful actors in world affairs, but the principal conflicts of global politics will occur between nations and groups of different civilizations. The clash of civilizations will dominate global politics. »

⁴⁷⁹⁰ Wang J., « Conflit de civilisations : fondement théorique et significations pratiques. Partie 1 », *Culture & Conflits*, 19-20, automne-hivers 1995, p.1

⁴⁷⁹¹ *Ibid.*

⁴⁷⁹² He X., « Culture : The Source of World Conflicts or Starting Point of Merging? », *21st Century*, décembre 1993, p.7, cité dans Wang J., « Conflit de civilisations : fondement théorique et significations pratiques. Partie 1 », *Culture & Conflits*, 19-20, automne-hivers 1995, p.3

⁴⁷⁹³ Keller D., « Le retour du conflit des civilisations », *L'ENA hors les murs*, novembre 2022, n°501, p.3

⁴⁷⁹⁴ *Ibid.*

1485. Le piège de Thucydide, ou la confrontation entre une superpuissance et une nouvelle grande puissance montante, est devenu réel lorsque « la Chine est devenue une superpuissance économique et un acteur majeur de l'ordre politique mondial »⁴⁷⁹⁵, comme l'a noté l'ancien Secrétaire d'État des États-Unis, Henry Kissinger. Historiquement, « après avoir été assujettie au colonialisme européen humiliant du XIXe siècle, la Chine n'est reparue que depuis la Seconde Guerre mondiale dans le concert des nations, un monde multipolaire sans précédent dans ses annales »⁴⁷⁹⁶. Ainsi, de nos jours, « les relations qu'ils [les États-Unis] entretiennent avec la Chine constituent désormais un élément central de la recherche de la paix mondiale et du bien-être planétaire »⁴⁷⁹⁷.

1486. L'attitude de l'Occident envers les investisseurs chinois ne traduit-elle pas précisément la concrétisation de ce célèbre piège de Thucydide, ce choc de civilisation entre une superpuissance et une nouvelle grande puissance ? Tandis que les investisseurs chinois s'efforcent d'intégrer dans l'économie mondiale en obéissant aux règles établies par l'Occident et en faisant face à un contrôle strict, les pays développés appliquent, dans le but de protéger leur propre superpuissance, des critères contraires aux principes de la politique libérale occidentale qu'ils ont contribué à établir sous leur égide. Les nouvelles puissances émergentes, qu'il s'agisse des Chinois ou, de manière plus générale, des non-Occidentaux, pointent du « doigt le fossé qui sépare les principes et les actions des Occidentaux »⁴⁷⁹⁸, montrant que « les prétentions à l'universalisme n'empêchent pas l'hypocrisie, le double langage, les exceptions »⁴⁷⁹⁹.

1487. La prévision de Huntington sur les États-Unis et d'autres pays occidentaux semble se réaliser à l'époque actuelle, « les États-Unis et la Chine ont en fait des objectifs divergents »⁴⁸⁰⁰. On constate en effet que « la montée de la Chine fait également émerger un défi nouveau pour

⁴⁷⁹⁵ Kissinger H., *De la Chine*, traduit en français par Odile Demange et Marie-France de Paloméra, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 2011, p.18

⁴⁷⁹⁶ Kissinger H., *Diplomatie*, traduit en français par Marie-France de Paloméra, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 199, p.17

⁴⁷⁹⁷ Kissinger H., *De la Chine*, *op.cit.*, p.18

⁴⁷⁹⁸ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, *op.cit.*, p.267

⁴⁷⁹⁹ *Ibid.*

v. également « On défend la démocratie mais pas si elle porte au pouvoir les fondamentalistes islamistes ; on prêche la non-prolifération pour l'Iran et l'Irak mais pas pour Israël ; le libre-échange est l'élixir de la croissance économique, mais pas pour l'agriculture ; les droits de l'homme représentent un problème en Chine mais pas en Arabie Saoudite : une agression contre le Koweït riche en pétrole est repoussée avec vigueur mais pas les assauts contre les Bosniaques qui n'ont pas de pétrole. La double langue dans la pratique va de pair avec des principes universels. »

⁴⁸⁰⁰ *Id.*, p.338

les États-Unis »⁴⁸⁰¹. D'après Huntington, « l'émergence de nouvelles grandes puissances est toujours déstabilisante »⁴⁸⁰², et la Chine, en tant que nouvelle puissance, son émergence « pourrait dépasser en cela tout autre phénomène comparable de la deuxième moitié du deuxième millénaire »⁴⁸⁰³, ce qui a conduit à ce que les « conflits s'enracinent en grande partie dans les différences culturelles qui séparent les deux sociétés »⁴⁸⁰⁴.

1488. Huntington, comme l'évoque d'autres historiens, a souligné que « l'expansion de l'Occident » s'est arrêtée, et « la révolte contre l'Occident » a commencé »⁴⁸⁰⁵. Il précise que l'Occident est en opposition, non pas face à une entité unique et imaginaire comme « l'Orient », mais doit faire face à de multiples civilisations et cultures du reste du monde⁴⁸⁰⁶. Kissinger a étayé cette théorie en évoquant « l'ordre international du XXI^e siècle, ... comprendra au moins six grandes puissances – Les États-Unis, l'Europe, la Chine, le Japon, la Russie et probablement l'Inde –, et une multiplicité de pays de petite et moyenne dimension »⁴⁸⁰⁷. L'émergence de ces nouvelles puissances signifie, selon Huntington, que « les idéologies qui symbolisent la civilisation occidentale passée déclinent »⁴⁸⁰⁸, et que « la puissance dure se diffuse de manière importante dans le monde »⁴⁸⁰⁹. Il a également illustré qu'« à mesure que la puissance de l'Occident décline, sa capacité à imposer ses concepts des droits de l'homme, du libéralisme et de la démocratie sur les autres civilisations décline aussi, de même que l'attrait de ces valeurs sur les autres civilisations »⁴⁸¹⁰.

1489. Le sommet des BRICS illustre parfaitement les propos de Huntington. À Johannesburg le 23 août 2023, les cinq membres des BRICS - le Brésil, la Russie, l'Inde, la Chine et l'Afrique du Sud - se sont prononcés en faveur de l'élargissement du groupe « en faveur du multilatéralisme »⁴⁸¹¹, déclaration faite par le président chinois XI Jinping. Le président russe, Vladimir Poutine, a indiqué pour sa part que « nous défendons tous un ordre mondial multipolaire »⁴⁸¹². Les médias français estiment qu'il s'agit d'une « revendication d'un

⁴⁸⁰¹ *Ibid.*

⁴⁸⁰² *Id.*, p.342

⁴⁸⁰³ *Ibid.*

⁴⁸⁰⁴ *Id.*, p.338

⁴⁸⁰⁵ *Id.*, p.63-64

⁴⁸⁰⁶ *Id.*, p.31-32

⁴⁸⁰⁷ Kissinger H., *Diplomatie, op.cit.*, p.15

⁴⁸⁰⁸ Huntington S., *Le Choc des civilisations, op.cit.*, p.65

⁴⁸⁰⁹ *Id.*, p.126

⁴⁸¹⁰ *Id.*, p.127

⁴⁸¹¹ Latribune.fr., « Le groupe des BRICS va s'ouvrir à de nouveaux États pour peser sur l'ordre mondial », *LaTribune*, le 23 août 2023[en ligne : <https://www.latribune.fr/economie/international/le-groupe-des-brics-va-s-ouvrir-a-de-nouveaux-États-pour-peser-sur-l-ordre-mondial-973669.html>] [consulté le 28 août 2023]

⁴⁸¹² *Ibid.*

équilibre mondial plus inclusif, en particulier au regard de l'influence des États-Unis et de l'Union européenne »⁴⁸¹³.

1490. Comme l'a très bien soutenu Huntington, nous ne sommes pas dans une ère d'une seule puissance face à une autre, mais plutôt à l'ère de l'émergence de multiples puissances : « nous entrons dans une ère au cours de laquelle des civilisations multiples interagiront, se concurrenceront et coexisteront »⁴⁸¹⁴. Son conseil avisé à l'Occident pour traverser cette période de transition est que « l'Occident apprenne à naviguer en eaux peu profondes, à endurer les épreuves, à modérer ses ambitions et à préserver sa culture plutôt que de chercher à s'opposer au changement »⁴⁸¹⁵.

1491. Si les prédictions de Huntington s'avèrent correctes dans l'ensemble, il avait anticipé les réactions de l'Occident envers la Chine, mais celles concernant la Chine dans son ouvrage de 1995 ne se sont pas réalisées en 2010, date à laquelle il prévoyait que la Chine envahirait le Vietnam et apporterait un grand changement, ni jusqu'à présent⁴⁸¹⁶. Comme l'ont remarqué les intellectuels chinois, Huntington manquait de « connaissance aiguë de la civilisation chinoise »⁴⁸¹⁷. Son analyse sur l'avènement de la Chine sur l'échiquier mondial en tant que puissance était basée sur l'histoire de l'Occident et sur le *modus operandi* occidental, selon lequel « l'histoire de la civilisation occidentale a été faite de « guerres hégémoniques » entre puissances montantes et déclinantes »⁴⁸¹⁸. Sa prédiction sur la Chine s'est révélée inexacte car il a omis de prendre en compte que la Chine n'est pas un pays occidental, ne partageant ni la culture ni l'histoire occidentale. Elle est différente en termes « de lignage, de religion, de langue, d'histoire, de valeurs, d'habitudes et d'institutions » par rapport à l'Occident⁴⁸¹⁹. Pendant longtemps, la Chine a eu une conception du monde divergente de celle de l'Occident.

1492. Sur la civilisation chinoise, il est préférable de se référer davantage à Kissinger, qui avait une compréhension plus profonde de la Chine que Huntington. Le diplomate américain mettait

⁴⁸¹³ *Ibid.*

⁴⁸¹⁴ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, *op.cit.*, p.131

⁴⁸¹⁵ *Id.*, p.469

⁴⁸¹⁶ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, traduit par Jean-Luc Fidel et Geneviève Joublain, Patrice Jorland, Jean-Jacques Pédussaud, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000, p.472-473

« Les chinois, impatients de prendre leur revanche et d'effacer l'humiliation de 1979, envahissent le Viêt-nam... »

⁴⁸¹⁷ Wang J., « Conflit de civilisations : fondement théorique et significations pratiques. Partie 1 », *op.cit.*, p. 1

⁴⁸¹⁸ Huntington S., *Le Choc des civilisations*, *op.cit.*, p.306

⁴⁸¹⁹ *Id.*, p.21

l'accent sur le caractère hiérarchique de la philosophie confucéenne et son influence significative sur la société chinoise⁴⁸²⁰.

1493. Cependant, il convient de nuancer cette compréhension hiérarchique de la Chine par Kissinger, car bien que cette interprétation puisse être valable à l'intérieur du pays, dans ses relations extérieures, son approche est axée sur l'harmonie des relations plutôt que sur un rôle dominant.

1494. À l'intérieur de la Chine, la philosophie confucéenne a été largement promue par les empereurs. Cette philosophie imposait aux fonctionnaires l'obligation morale d'obéir aux empereurs, tout en préconisant que les intellectuels mettent en pratique ce qu'ils avaient appris au service de la société. Les intellectuels les plus brillants de la société avaient ainsi la responsabilité de garantir le bonheur du peuple. En cela, il s'agit d'un ordre hiérarchique.

1495. Mais dans le contexte des relations internationales, que ce soit dans le cadre de l'initiative « la Ceinture et la Route » ou lors des négociations du RCEP, la Chine semble adopter une approche harmonieuse de sa philosophie confucéenne. Contrairement à l'ordre hiérarchique perçu par Kissinger, la Chine ne cherche pas à diriger ou à s'imposer, mais plutôt à réunir, à souder et à créer la cohésion entre des entités ayant parfois des enjeux diplomatiques et des intérêts divergents. Cette approche harmonieuse des relations internationales se manifeste notamment dans la façon dont la Chine a contribué à détendre la relation entre l'Iran et l'Arabie saoudite. Cette relation avait été rompue depuis 2016, mais la Chine a joué un rôle de médiateur pour faciliter cette détente⁴⁸²¹. Cependant, le chercheur Jean-Loup Samaan de l'institut français des relations internationales ne perçoit pas la Chine comme adoptant cette approche harmonieuse des rapports, mais l'insère dans le cadre traditionnel et occidental, de rapports de force, comme une compétition entre les deux grandes puissances chinoises et américaines qui essaient d'influencer sur la force locale et qui risquent, à terme, d'ajouter de l'instabilité à la région⁴⁸²². Il semble que les chercheurs continuent de percevoir les relations internationales sous l'angle de l'hégémonie. Pour une meilleure compréhension de la diplomatie chinoise,

⁴⁸²⁰ v. Kissinger H., *De la Chine*, *op.cit.*, p.36

« Il prêchait un credo social hiérarchique : le devoir fondamental était de « connaître sa place ». L'ordre confucéen offrait à ses adeptes l'inspiration du service en quête d'une plus grande harmonie. Contrairement au x prophètes des religions monothéistes, Confucius ne prêchait aucune téléologie de l'histoire conduisant l'humanité vers la rédemption personnelle. Sa philosophie recherchait la rédemption de l'État par un comportement individuel vertueux. Orientée vers ici-bas, sa pensée traçait un code de conduite sociale, et non un itinéraire vers l'au-delà. »

⁴⁸²¹ RFI, « En Chine, l'Iran et l'Arabie saoudite conviennent de reprendre leurs relations », *RFI*, le 10 mars 2023 [en ligne : <https://www.rfi.fr/fr/moyen-orient/20230310-l-iran-et-l-arabie-saoudite-conviennent-de-reprendre-leurs-relations-diplomatiques>] [consulté le 28 août 2023]

⁴⁸²² Samaan J-L., *L'Iran, grand gagnant de la politique chinoise au Moyen-Orient ?*, IFRI, 6 juin 2023, p.1

Kissinger apporte une analyse plus fine que le chercheur français. Dans son ouvrage intitulé « De la Chine », après avoir étudié « L'Art de la Guerre » de Sun Tzu, Kissinger met en avant le fait que « les hommes d'État chinois n'étaient pas adeptes du tout ou rien dans le règlement d'un conflit ; ils préféraient se livrer à de longues manœuvres complexes »⁴⁸²³. Selon Kissinger, les Chinois, avec cinq mille ans d'histoire marquée par des guerres et des dynasties, ont acquis la capacité de penser de manière stratégique, en considérant non seulement le présent mais aussi le passé et l'avenir : « une histoire mouvementée a appris aux dirigeants chinois que tout problème n'a pas de solution et que prétendre maîtriser parfaitement certains événements risque de bouleverser l'harmonie de l'univers »⁴⁸²⁴. Les Chinois ont peut-être mieux tiré les leçons de leur propre histoire et de l'histoire de l'Occident, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai.

1496. Les leçons de l'histoire, l'héritage philosophique sont les prismes à travers lesquels nous pouvons mieux discerner l'influence potentielle de la Chine et son rôle sur la scène internationale, notamment en ce qui concerne le droit international de l'investissement.

1497. Dans cet héritage philosophique, en plus du confucianisme, il convient d'ajouter le taoïsme de Lao Tze. Pour le taoïsme, l'« éternel » réside dans la nature, le ciel et la terre, et tout ce qui va à l'encontre des lois naturelles ne perdure pas ou peu. Le « Tao », c'est-à-dire les lois naturelles régissant le fonctionnement du ciel et de la terre, est ce que doit rechercher l'individu sage. Lao Tze a souligné en particulier le côté éphémère de l'être et la pérennité de la nature :

« Le Ciel et la terre ne sont pas humains ; pour eux, tous les êtres sont comme le chien de paille. Le Saint-homme n'a pas de prédilection ; pour lui, les Cent familles sont comme le chien de paille. Entre le Ciel et la terre, il est semblable à un soufflet de forge vide, mais inépuisable, dont le mouvement produit un souffle croissant. Parler beaucoup épuise sans cesse ; mieux vaut garder le Milieu⁴⁸²⁵. Le ciel et la terre durent toujours. S'ils durent toujours, c'est parce qu'ils ne vivent pas pour eux-mêmes. Voilà ce qui leur permet de durer indéfiniment. C'est pourquoi se mettant à la dernière place, le Saint-Homme se trouve à la première ; oubliant sa personne, il la conserve. Parce qu'il ne poursuit pas des buts égoïstes, il réalise à la perfection ce qu'il entreprend⁴⁸²⁶ ».

⁴⁸²³ Kissinger H., *De la Chine*, op.cit., p.43

v. également Kissinger H., *De la Chine*, op.cit., p.43

« Là où la tradition occidentale prisait les affrontements décisifs et les exploits héroïques, l'idéal chinois insistait sur la subtilité, les mesures indirectes et la patience accumulations d'avantages relatifs ».

⁴⁸²⁴ *Ibid.*

⁴⁸²⁵ Lao Tseu, *TAO TE King*, op.cit., p.25

⁴⁸²⁶ p.27

Ainsi, dans la perspective taoïste, la quête du profit, telle qu'abordée par Adam Smith, n'est pas considérée comme la manière la plus sage de vivre pour un individu, ni comme un modèle de société durable. La vision taoïste du monde et du mode de vie offre une réflexion et une introspection utile à notre époque où l'accent est souvent mis sur la résolution des problèmes dans une perspective économique, plutôt que sur la recherche de solutions aux problèmes eux-mêmes, notamment en ce qui concerne la crise climatique.

1498. Enfin, s'il est nécessaire de proposer une solution ultime pour le monde, ni le libéralisme ni la souveraineté ne semblent être des réponses pour soulager la souffrance des individus et atténuer les conflits potentiellement exacerbés par l'accroissement des échanges commerciaux et des investissements entre les civilisations.

1499. Dans la perspective de la philosophie ou de la religion bouddhiste, la véritable solution réside dans l'effort individuel pour éviter de céder à ses émotions. Plutôt que de se concentrer sur ce que l'historien Harai décrit comme des « réalités imaginaires », telles que les notions abstraites de nation, d'empire, de lois et de justice⁴⁸²⁷, on préconisera d'observer et de méditer directement sur nos sensations et émotions actuelles. Comme l'a souligné le moine français au Tibet, Matthieu Ricard, « la haine, ..., ne fera qu'engendrer la haine. L'histoire des individus et des nations a bien montré que la haine n'a jamais résolu aucun conflit »⁴⁸²⁸. En effet, les conflits ne font que reproduire d'autres conflits. Le bouddhisme nous encourage à « utiliser des antidotes aux émotions perturbatrices : on développe la patience face à la colère, le non-attachement face au désir, et l'analyse des mécanismes de cause à effet face au manque de discernement »⁴⁸²⁹. Fondamentalement, « l'élucidation de la nature du monde phénoménale, de la nature de l'esprit », constitue « une contemplation directe de la vérité absolue, au-delà des concepts. C'est la connaissance dans son aspect le plus fondamental »⁴⁸³⁰. Ce qui engendre le conflit, c'est la souffrance et cette souffrance découle de l'ignorance⁴⁸³¹. Il est donc nécessaire de dissiper cette ignorance. Le moine bouddhiste continue ainsi, l'ignorance réside dans « l'attachement au « moi » et à la solidité des phénomènes »⁴⁸³². Contrairement à la philosophie de René Descartes qui proclamait « *Cogito ergo sum* » (« je pense, donc je suis »)⁴⁸³³, le

⁴⁸²⁷ Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, op.cit., p.44

⁴⁸²⁸ Revel J-F, Ricard M., *Le Moine et le Philosophe : Le bouddhisme aujourd'hui*, Paris, NiL Éditions, 1997, P.54

⁴⁸²⁹ *Ibid.*

⁴⁸³⁰ *Id.*, p.28-29

⁴⁸³¹ *Id.*, p.30

⁴⁸³² *Ibid.*

⁴⁸³³ Morin F. « *Le progrès de l'humanité s'accomplit-il par révolution ou par évolution ?* », dans Descartes, son histoire depuis 1637, sa philosophie, son rôle dans le mouvement général de l'esprit humain. Millet, J. (dir.), 1870, Didier et Cie., P.3

bouddhisme ne considère pas que l'action de penser puisse justifier l'existence de moi. Au contraire, une contemplation directe et profonde de nos activités de réflexion par le biais de la méditation démontre que ces activités sont mouvantes, changeantes et parfois complètement vides, en l'absence d'une existence concrète et réelle. Matthieu Ricard a précisé que « la notion d'un « moi » que nous chérissons et voulons protéger à tout prix » s'agit un attachement au moi »⁴⁸³⁴. Toutefois, « l'objet de cet attachement, le « moi », n'a aucune existence réelle – il n'existe nulle part et d'aucune façon comme une entité autonome et permanente. Il n'existe ni dans les parties qui constituent l'individu – le corps et l'esprit -, ni en dehors de ces parties, ni dans leur assemblage »⁴⁸³⁵. Il a ainsi conclu : « la biologie et la physique théorique ont apporté des connaissances extraordinaires sur l'origine de la vie et sur la formation de l'univers », ces connaissances ne permettent pas « d'élucider les mécanismes fondamentaux du bonheur et de la souffrance »⁴⁸³⁶. Plus précisément, « la société occidentale a davantage de moyens pour pallier les souffrances nées des conditions extérieures, mais elle manque sérieusement de moyens de construire le bonheur intérieur. Elle manque également de points de repères concernant les problèmes concrets de l'existence et de la société »⁴⁸³⁷. En effet, il est possible temporairement d'« arrêter un conflit, une guerre, mais d'autres surviendront, à moins que l'esprit des gens ne change »⁴⁸³⁸. Il nous manque « un moyen de découvrir une paix intérieure qui ne dépende pas de la santé, du pouvoir, du succès, de l'argent, des plaisirs des sens »⁴⁸³⁹.

1500. Des personnalités telles que Steve Jobs ont trouvé une profonde inspiration dans la méditation. Cette méthode peut également être appliquée pour nous aider à nous concentrer davantage sur nos émotions et nos pensées de manière directe, plutôt que de nous laisser distraire par le tumulte du monde extérieur et de créer un système d'évaluation basé uniquement sur des chiffres, ce qui alimente une compétition incessante. Comme l'a souligné Matthieu Ricard :

« Il ne faut pas tomber dans l'extrême qui consiste à mettre toute la vapeur dans la seule direction du progrès matériel. L'Occident s'est quelque peu laissé prendre à ce jeu. Sa recherche de confort matériel et de possessions est excessive. Un proverbe tibétain dit :

⁴⁸³⁴ Revel J-F, Ricard M., *Le Moine et le Philosophe : Le bouddhisme aujourd'hui*, op.cit., p.50

⁴⁸³⁵ *Id.*, p.50-51

⁴⁸³⁶ *Id.*, p.33-34

⁴⁸³⁷ *Id.*, p. 234

⁴⁸³⁸ *Id.*, p. 34

⁴⁸³⁹ *Ibid.*

« Vouloir deux choses, quand on en a une, c'est ouvrir la porte au démon ». Il est exact que les cultures traditionnelles, comme le bouddhisme, ont accordé la primauté à l'action sur soi, et non à l'action sur le monde extérieur⁴⁸⁴⁰ ».

1501. En fin de compte, dans cette perspective, je partage l'avis des chercheurs chinois selon lequel « la culture n'est pas à l'origine des conflits dans le monde mais elle constitue le point de départ de l'intégration mondiale »⁴⁸⁴¹. Bien que les conflits puissent s'intensifier en raison de malentendus entre les cultures, les nouvelles conceptions du monde peuvent également offrir des réflexions pertinentes pour notre époque.

1502. Dans une perspective taoïste, les chocs entre civilisations sont temporaires. Ces conflits peuvent éventuellement conduire à une meilleure compréhension à l'avenir. Le « yin » et le « yang » ne sont jamais en contradiction, ils s'entrelacent constamment.

⁴⁸⁴⁰ *Id.*, p.194

⁴⁸⁴¹ He X., « Culture : The Source of World Conflicts or Starting Point of Merging? », *op.cit.*, p.7

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

1) Ouvrages généraux

1-En anglais

1. Bentham J., *An Introduction of the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1996
2. Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford, 1765-1769
3. Bodenheimer E., *Jurisprudence: The philosophy and method of the law*, London, Harvard University Press, Revised version, 1974
4. Boeri M.D., « Natural law and world order in Stoicism » dans *Nature and the Best Life. Exploring the Natural Bases of Practical Normativity in Ancient Philosophy*, Rossi Gabriela et Georg Olms Verlag AG (dir.), Hildesheim-Zürich-New York, OLMS, 2013, p.183-223
5. Bräutigam. D, « China's Foreign Aid in Africa: What Do We Know? », dans *China into Africa: Trade, Aid and Influence*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2009, p.197-216
6. Brownlie I., *Principles of Public International Law*, Clarendon Press Oxford, Cinquième édition, 1988
7. Corwin E.S., *Liberty against Government*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1948
8. Judt T., *A Grand Illusion : an Essay on Europe*, London, Penguin Books, 1996
9. Kumar K, *Visions of Empire : How Five Imperial regimes shaped the World*, Princeton, Princeton University Press, 2017
10. Maine H.S., *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, London, John Murray, 4th édition, 1878
11. Mill J.S., *On Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989
12. Postema G.J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986
13. Roll E., *A history of Economic thought*, London, Faber, 1961
14. Russell B., *A History of Western Philosophy*, New York, Simon and Schuster, 1945
15. Shambaugh D., *China's Future*, Cambridge, Polity Press, 2016
16. Tigar M., *Law and the Rise of Capitalism*, New York, Monthly Review Press, 2000
17. Wacks R., *Understanding jurisprudence – An introduction to legal theory*, 3^{ème} édition, New York, Oxford University Press, 2012
18. Warren C., *In the Stream of History: Shaping Foreign Policy for a New Era*, Palo Alto, Californie, Stanford University Press, 1998
19. Wilkins M., *The History of Foreign Investment in the United States 1914-1945*, Cambridge, Harvard University Press, 2004
20. Zimmern A., *The League of nations and the Rule of Law (1918-1935)*, Londres, Macmillan, 1936

2-En français

21. Aristote, *La Politique*, traduit en français par Barthélémy-Saint-Hilaire J., Paris, Dumont, 1848
22. Asscher J., Benaboud A., Boiardi S., et al., *Droit de l'environnement*, Jean-Pierre Desideri(dir.), Vanves, Editions Foucher, 2010
23. Azema J., *Le droit français de la concurrence*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 1989

24. *Corps de Droit Civil Romain en Latin et en Français Tome 12 Les institutes de l'empereur Justinien*, traduit par Henri Hulot, Jean-François Berthelot, Pascal-Alexandre Tissot et Alphonse Béranger Fils, réimprimé en 1979 par Scientia Verlag, AALEN, Allemagne
25. Carreau D. et Marrella F., *Droit international*, 11^{ème} édition, Paris, Pedone, 2012
26. Carreau D., Juillard P., Bismuth R., *et al.*, *Droit international économique*, 6^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017
27. Clavel S., *Droit international privé*, 6^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2021
28. Combacau J., Sur S., *Droit international public*, 13^{ème} édition, Paris, LJDJ, 2019
29. Daillier P., Forteau M. et Pellet A., *Droit international public*, 8^{ème} édition, Paris, Lextenso, 2009
30. Dostaler G., *Le libéralisme de Hayek*, Paris, Collection Repères - Éditions La Découverte, 2001
31. Fichte J.G., *Der Geschlossne Handelsstaat*, Tubingen, 1800, reproduit par Gustav Fischer Verlag à Jena, 1920
32. Forteau M., Miron A., Pellet A., *Droit international public*, 9^{ème} édition, Paris, Lextenso, 2022
33. Grotius, H., *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome 1, traduit par Jean Barbeyra, 1724
34. Harari Y.N., *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, traduit en français par Pierre-Emmanuel Dauzat, Paris, Édition Albin Michel, 2015
35. Harford T., *L'économie mondiale en 50 inventions*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018
36. Hobbes T., *De Cive ou les fondements de la politique*, traduit en français par Samuel Sorbière, Paris, Sirey, 1981
37. Huntington S., *Le Choc des civilisations*, traduit en français par Jean-Luc Fidel et Geneviève Joublain, Patrice Jorland, Jean-Jacques Pédussaud, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000
38. Kennedy P., *Naissance et déclin des grandes puissances*, traduit en français par Marie-Aude Cochez et Jean-Louis Lebrave, Paris, Payot, 1991
39. Kissinger H., *Diplomatie*, traduit en français par Marie-France de Paloméra, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 1996
40. Kissinger H., *De la Chine*, traduit en français par Odile Demange et Marie-France de Paloméra, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 2011
41. Kissinger H., *L'ordre du monde*, traduit en français par Odile Demange, Neuilly-sur-Seine, Fayard, 2014
42. Kolb R., *Théorie du droit international*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2013
43. Kolm S.C., *Le libéralisme moderne*, Paris, PUF, 1984
44. Lao Tseu, *Tao Te King*, traduction suivie d'aperçus sous-direction Jean Herbert, Paris, Dervy-livres, 1978
45. Lejbowicz A., *Philosophie du droit international*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999
46. List F., *Système national d'économie politique*, traduit de l'allemand par Henri Richelot, Paris, Gallimard, 1998
47. Locke J., *Deuxième traité du gouvernement civil*, Traduit par Gilson B., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1967
48. Lucas F.-X., Poracchia D., *Manuel de droit commercial*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2021
49. Melandi P., Ricard S., « Introduction : Les Etats-Unis entre uni-et multilatéralisme » dans *Les Etats-Unis entre uni-et multilatéralisme de Woodrow Wilson à George W. Bush*, Pierre Melandri et Serge Richard (dirs.), Paris, l'Harmattan, 2008, p7-24

50. Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, 6^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2021
51. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Editions Garnier, 1994
52. M'Rad H., *Libéralisme et anti-libéralisme dans la pensée politique*, Paris, Editions du Cygne, 2016
53. Nourissat C., *Droit Communautaire des affaires*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2005
54. Pham N., « Réflexions autour d'un miroir ». dans *Mythe et philosophie à l'aube de la Chine impériale*, Charles le Blanc et Rémi Mathieu (dirs.), Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1992, p.113-125
55. Platon, *La République*, traduit par Georges Leroux, Paris, Flammarion, 2002
56. Perron R., « De l'internationalisme au multilatéralisme : continuité et ruptures », dans *Les Etats-Unis entre uni-et multilatéralisme de Woodrow Wilson à George W. Bush*, Pierre Melandri et Serge Richard (dirs.), Paris, l'Harmattan, 2008, p. 25-35
57. Perron R., *Histoire du multilatéralisme II, l'Organisation du bloc occidental dans la compétition économique*, Paris, PUPS, 2018
58. Petiteville F., *Le multilatéralisme*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2009
59. Rawl J., *Justice et démocratie*, traduit par Audard C., Editions du Seuil, Paris, 1987
60. Rawl J., *Théorie de la justice*, traduit par Audard C., Editions du Seuil, Paris, 1987 et 1997
61. Revel J-F., Ricard M., *Le moine et le philosophe*, Paris, Nil éditions, 1997
62. Rousseau J-J., *Du contrat social-Principes du droit politique*, Bordas, Paris, 1985, commentaire J.Marie Fataud et M.-C. Bartholy
63. Schwarzenberger G., *The Frontiers of International Law*, London, Stevens & Sons Limited, 1962
64. Smith A., *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduit par Paulette Taieb, Paris, PUF, 1995
65. Spencer H., *Justice*, traduit par Castelot M.E., Paris, Librairie Guillaumin Et Cir., 1893
66. Tocqueville, A D., *De la démocratie en Amérique Tome I & II*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1990
67. Weber M., *Sociologie du droit*, Introduction et traduction de Jacques Grosclaude, Paris, Presses Universitaires de France, 1986

2) Ouvrages spéciaux et monographies

1-En anglais

68. Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of international law*, New York, Cambridge University Press, 2005
69. Beane D., *The United States and GATT: A Relational Study*, New York, Pergamon Press, 2000
70. De Lupis L.D., *International law and the independent State*, 2^{ème} edition, Aldershot, Gower, Second edition, 1987
71. De Witte B., « Sovereignty and European Integration: the Weight of Legal tradition », dans *The European Courts and Nationals Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet, Joseph H.H. Weiler(dir.), Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 303-305
72. Garibaldi O., « On the denunciation of the ICSID Convention, consent to ICSID jurisdiction, and the limits of the contract analogy », dans *International Investment Law for the 21st Century*, Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, Stephan Wittich (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 251-277

73. Graham E. M., Marchick D.M., *US National Security and Foreign Direct Investment*, Washington DC, Institute for International Economics, 2006
74. Haines C.G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley, University of California Press, 1932
75. Kinneer M., Fischer G.R., Almeida J.M., *et al., ed., Building International Investment Law – The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016
76. Mayall J., *Nationalism and International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990
77. Miles K., *The Origins of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013
78. Moran T., *Three Threats: An Analytical Framework for the CFIUS Process*, Washington D.C, The Peterson Institute for International Economics, 2009
79. Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press, 2005
80. Schwarzenberger G., *Foreign Investments and International Law*, London, Stevens, 1969
81. Shea D.R., *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955
82. Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017
83. Stewart T., *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986 - 1994) Volume IV*, Kluwer Law international, 1999
84. Sweet A.S., Grisel F., *The Evolution of International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017

2-En français

1. Albertini P., « L'intérêt général à l'épreuve du libéralisme économique », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 75-101
2. Amiel F., Guislain M-L., *Le néolibéralisme va-t-il mourir ?*, Ivry-sur-Seine, Les Editions ouvrières, 2020
3. Audit M., Bollée S., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^{ème} édition, Issy-les-Moulineaux, Lextenso éditions, 2019
4. Bencheneb A., « Sur l'évolution de la notion d'investissement », dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, à l'initiative de Charles Leben, Eric Loquin, Mahmoud Salem, LITECK, 2000, p. 177-196
5. Bolusset C., *L'investissement*, Paris, Bréal, 2007
6. Bottini F., « Le néolibéralisme et l'« utilisation » du droit public », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 23-36
7. Bottini F., « Modèle, contre-modèle, anti-modèle ? A propos du phénomène d'économicisation du droit parti des Etats-Unis », dans *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2019, p. 25-38
8. Boulon O., « Une justice négociée », dans *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), 1^{ère} édition « Quadrige », Paris, PUF, 2020, p. 39-72

9. Caron M., « La genèse du néolibéralisme et de son influence sur le droit public français », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 45-57
10. Carreau D., *Répertoire de droit international/ Investissement*, Paris, Dalloz, 2020
11. Carreau D., *Répertoire de droit international – Traité international*, Paris, Dalloz, 2019
12. Carreau D., « Commerce et investissements », dans *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Ferhat Horchani(dir.), Paris, Pedone, 2006, p. 19-30
13. Casterllarin E., « Les accords relatifs à l'investissement et le droit de la concurrence », dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p.575-606
14. Couret A., Dondero B., *Loi Pacte et droit des affaires*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2019
15. Delas O, Bichsel O., Jouzier B., « Avant-propos », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier(dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p. IX-XII
16. Delabie L., « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p.135-170
17. De Nanteuil A., *Droit international de l'investissement*, 3^{ème} édition, Paris, Pedone, 2020
18. De Vauplane H., « Une nouvelle géopolitique de la norme », dans *Deals de justice : Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), 1^{ère} édition « Quadrige », Paris, PUF, 2020, p. 21-37
19. Eberhard C., *Le droit au miroir des cultures – Pour une autre mondialisation*, Paris, LGDJ, 2006
20. Fernandez J., Holeindre J-V., « Présentation », dans *Nations déunies ? La crise du multilatéralisme dans les relations internationales*, Julian Fernandez et Jean-Vincent Holeindre (dirs.), Paris, CNRS Editions, 2022, p.11-21
21. Forteau M. « Nationalité des investissements personnes physiques et nationalité des investissements personne morales, actionnaires (minoritaires) », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.161-197
22. Gaillard E., « L'avenir des traités de protection des investissements », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.1027-1046
23. Garapon A., Servan-Schreiber, *Deals de justice – Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, PUF, 2013
24. Gélard P., « Le néolibéralisme existe-t-il », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p.46
25. Gilles-Yeum A., « La liberté d'investissement » dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p. 38-60
26. Gros F., « Coopérer contre soi-même », dans *Deals de justice: Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber (dir.), 1^{ère} édition « Quadrige », Paris, PUF, 2020, p. 155-166
27. Herrera C., « La théorie du droit international de Hans Kelsen et ses évolutions » dans *Le droit international selon Hans Kelsen*, Ninon Grangé et Frédéric Ramel(dir.), ENS Éditions, Lyon, 2018, p.13-36

28. Jault-Seseke F., « La remise en cause des droits attachés à la nationalité », dans *La nationalité : enjeux et perspectives*, Varenne, Institut Universitaire Varenne, 2019, p.135-148
29. Jean-Pierre Puissochet., *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Paris, Pedone, 2008
30. Korton D.C., *Quand les multinationales gouvernent le monde*, traduit par Nadège Renaud, Gap, Editions Yves Michel, 2006
31. Lagrange P., « Le néolibéralisme : un danger pour la souveraineté des Etats », dans *Néolibéralisme et droit public*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2017, p. 161
32. Laviee J.P., *Protection et promotions des investissements*, Genève, Graduate Institute Publications, 1985
33. Leban C., « Droit international des investissements : un survol historique », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.1-74
34. Lecoq J-P., « Les projets de traités libéraux de commerce et de services impulsés par les Etats-Unis », dans *Néolibéralisme et américanisation du droit*, Fabien Bottini(dir.), Paris, Mare & Martin, 2019, p. 43-48
35. Matringe J., « La notion d'investissement », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.135-158
36. Menétrey S., « Droit international des investissements et droit de l'Union européenne », dans *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles Leben(dir.), Paris, Pedone, 2015, p.613-638
37. Ouellet R., « Régionalisme économique : une solution insuffisante à la panne du multilatéralisme », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier(dir.), Bruxelles, Edition Bruylant, 2021, p. 419-434
38. Parthenay K., « Multilatéralisme et régionalismes imbrications et configurations plurielles dans un ordre global et mutation », dans *Nations déunies ? La crise du multilatéralisme dans les relations internationales*, Julian Fernandez et Jean-Vincent Holeindre (dirs.), Paris, CNRS Editions, 2022, p. 267-286
39. Pescatore P., « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême...coalisable, partageable, divisible, intégrable... responsable ? Justiciable ? », dans *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, Puissochet J-P (dir.), Paris, Pedone, 2008, p. 231-245
40. Poracchia D., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », dans *Le nouvelles contraintes des sociétés*, Bastien Brignon et Isabelle Grossi(dirs.), Issy-les-Moulineaux, Joly éditions, 2018, p. 13-26
41. Rioux M., « Multilatéralisme, interdépendance, mondialisation : convergences et divergences », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier, Bruxelles(dir.), Edition Bruylant, 2021, p. 35-44
42. Robert-Cuendet S., « Introduction » dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p. 23-32
43. Robert-Cuendet S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investissements étrangers » dans *Droit des investissements internationaux*, Sabrina Robert-Cuendet (dir.), Edition Bruylant, 2021, p.247-298
44. Ruan Y., *Le droit de l'investissement en Chine*, Paris, Vérone Edition, 2020
45. Teppaz M., *Le néolibéralisme est un totalitarisme*, Paris, l'Harmattan, 2021

46. Varin S., Chancerel J-L., *Variation critiques à propos du néolibéralisme*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2021
47. Vogel L., *Les fondamentaux du droit de la concurrence I Pratiques anticoncurrentielles*, Paris, Bruylant, 2020
48. Wälde T., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, Pédone, 2004
49. Wu J., *Le contrôle des concentrations en Chine : Un cheminement sinueux vers l'établissement d'un marché de pleine concurrence*, Aix-en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017
50. Zwahlen J., Bichsel O., « Europe, Relations sino-américaines : le futur du multilatéralisme en étau ? », dans *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier, Bruxelles(dirs.), Edition Bruylant, 2021, p. 49-73

3) Thèses

1. Abonnât Ruggeri E., *Les demandes reconventionnelles de l'Etat en arbitrage transnational*, 711 P., Thèse en droit : Université de Genève/Université Paris II-Panthéon-Assas, 2021
2. Alogo De Obono J., *L'extraterritorialité des instruments de lutte contre la corruption : Etendue et limites*, 491 P., Thèse en droit : Université de Paris-Saclay, 2022
3. Atanasov O., *Recherche sur la notion d'investisseur protégé par le droit international*, 539 P., Thèse en droit : Université de Panthéon-Sorbonne, 2017
4. Ayman R., *La dénonciation et la renégociation des traités*, 369 P., Thèse en droit : Université de Panthéon-Sorbonne, 2020
5. Fan J., *Les barrières environnementales au commerce international dans le cadre de l'OMC- Une étude comparative entre les Etats-Unis, l'Union européenne et la Chine*, 443 P., Thèse en droit : Aix-Marseille Université, 2017
6. Funk A.M., *Epictetus, Stoicism, and Slavery*, 60 P., Thèse en philosophie: University of Colorado Boulder, 2011
7. Grevisse C., *Le cinéma, l'Etat et le droit : l'exemple français*, 44 P., Thèse en droit : Université de Liège, 2018
8. Hayek I., *La prise en compte du comportement de l'investisseur dans le cadre de l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement*, 479 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2016
9. Jean G-A., *Le droit des investissements internationaux face à l'Union européenne*, 580 P., Thèse en droit : Université Paris-Dauphine et Université Autonome de Madrid, 2016
10. Manciaux S., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États : 25 années d'activité du CIRDI*, 727 P., Thèse Dijon, 1998
11. Milstajn A., *L'admission des investissements étrangers : Comparaison Etats-Unis/France*, 67 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2012
12. Monebhurrin N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, 558 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013
13. Robert-Cuendet S., *Protection de l'environnement et investissement étranger*, 726 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2008
14. Robin D-S., *Les actes unilatéraux des Etats comme éléments de formation du droit international*, 704 P., Thèse en droit : Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2018
15. Tanon A.S., *Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI*, 517 P., Thèse en droit : Université de Bordeaux, 2016

4) Doctrine

16. Abbott F.M., « NAFTA and the Legalization of World Politics: A Case Study », *Int. Organ.*, vol.54, n°3, 2000, p. 519-547
17. Alford R., « The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches », *Va.J. Int'l L.*, vol 33, n°1, 1992, p.5
18. Alschner W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *Yale J. Int. Law.*, vol 42, n°1, hiver 2017, p.1-66
19. Alvarez J.E., « The Return of the State », *Minn. J. Int. Law*, vol 20, 2011, p.223-264
20. Atkeson T., « Reviewed Work: *A Guide to Foreign Investment Under United States Law* », *The Business Lawyer*, vol 35, n°1, novembre 1979, p.343-346
21. Avery W.P., « Domestic Interests in NAFTA Bargaining », *Political Science Quarterly*, vol 113, n°2, 1998, p. 281-305
22. Baldwin, R. E., Magee C.S., « Is trade policy for sale? Congressional voting on recent trade bills », *Public Choice*, vol 105, n° ½, 2000, p.79-101
23. Bastin L, Lee A-J, « Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela », *AJIL*, vol 109, n°5, octobre 2015, p.858-865
24. Been V., Beauvais J.C., « The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine », *N.Y.U. L. Rev.*, vol.78, avril 2003, p.30-143
25. Bellmann C., « The Bali Agreement: Implications for Development and the WTO », *Revue internationale de politique de développement*, 5.2., 20 mai 2014
26. Beqiraj J., Ippolito F., « Covid-19 and International Organizations: Challenges and Opportunities from the Perspective of Good Governance and the Rule of Law », *Int. Organ. Law Rev.*, vol n°18, n°3., 2021, p.293-306
27. Berg. E.M., « A Tale of Two Statutes: Using IIEPA's Accountability Safeguards to Inspire CFIUS Reform », *Colum. L. Rev.*, vol.118, n°6, 2018, p. 1763-1800
28. Besson S., « Sovereignty in Conflict », *EIOP*, vol.8, n°15, 2004, p.131-190
29. Blackaby N., « ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup? », *CAPJIA.*, vol 1, janvier 2010, p.45-64
30. Blakey J.R., « The Foreign Investment Risk Review Modernization Act : The Double-Edged Sword of U.S. Foreign Investment Regulations », *Loy.L.A.L.Rev.*, vol 53, 2020, p.981-1014
31. Bonnitcha J., « Investment Wars: Contestation and Confusion in Debate About Investment Liberalization », *J. Int. Econ. Law*, vol 22, n°4, décembre 2019, p.629-654
32. Bradlow A.H., « Human Rights Impact Litigation in ISDS: A Proposal for Enabling Private Parties to Bring Human Rights Claims Through Investor-State Dispute Settlement Mechanisms », *Yale J. Int. Law.*, vol 43, n°2, été 2018, p. 355-390
33. Brautigam D., « A critical look at Chinese 'debt-trap diplomacy': the rise of a meme », *Asia Development and Policy*, vol 5, 2020, p.1-14
34. Breslin S., « The 'China model' and the global crisis: from Friedrich List to a Chinese mode of governance? », *International Affairs*, vol 87, n°6, novembre 2011, p. 1323-1343
35. Brower C.H., « Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back », *Comum.J.Transnat'l L.*, vol 40, 2001, p. 43-88
36. Brower C.N., « NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiments, and Lessons for the FTAA », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol 97, 2003, p. 251-257

37. Brower C.N. et Tepe J.B., « The Charter of Economic Rights and Duties of States: A Reflection or Rejection of International Law? », *Int. Lawyer*, vol 9, n°2, avril 1975, p. 295-318
38. Brown R.C., « China Moving the Belt Road and Road Initiative into Latin American Countries: Chinese Free Trade Agreements and Labor Implications », *Houst. J. Int. Law*, vol 42, n°1, automne 2019, p.85-136
39. Byrne M.R., « Protecting National Security and Promoting Foreign Investment: Maintaining the Exon-Florio Balance », *Ohio State Law Journal*, vol. 67, 2006, p. 849-910
40. Candaş U., « L'influence normative de l'Union européenne par le biais de liens conventionnels. Une contribution de juriste à la théorie des relations internationales », *Ankara review of European studies*, vol.9, n°2, 2010, p.21-44
41. Carroll J.F., « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *Emory Int'l L. Rev.*, vol 23, 2009, p. 167-173
42. Cazala J., « J. Bentham et le droit international », *RGDIP*, n°2, 2005, n°109, p. 363-388
43. Chaisse J., Elsig M., Jusoh S, et Lugg A., « Drafting Investment Law : Patterns of Influence in the Regional Comprehensive Economic Partnership(RCEP) », *J. Int. Econ. Law*, vol 25, n°1, mars 2022, p.110-128
44. Chaisse J., Kirkwood J., « Chinese Puzzle: Anatomy of the (Invisible) Belt and Road Investment Treaty », *J. Int. Econ. Law*, vol 23, n°1, mars 2020, p. 245-269
45. Chazel F., « La « sociologie du droit » de Max Weber à la lumière de l'édition critique de la *Max Weber Gesamtausgabe* », *Droit et société*, vol 81, 2012/2, p.473-497
46. Chen M., « Embracing Non-ICSID Investment Arbitration ? The Chinese Perspective », *Nw.J.Int'l L. & Bus.*, Vol n°39, Issue n°3, printemps 2019, p.249-274
47. Chen R.C., « Precedent and Dialogue in Investment Treaty Arbitration », *Harvard Int'l LJ*, vol 60, n°1, hiver 2019, p.47-94
48. Chow D.C.K., « How the United States Used the Trans-Pacific Partnership to Contain China in International Trade », *Chic. J. Int. Law*, vol n°17, issue n°2, le 12 janvier 2016, p. 370-402
49. Claussen K., « Separation of Trade Law Powers », *Yale J. Int. Law.*, vol 43, n°2, été 2018, p.316-354
50. Cohen H.G., « Multilateralisme's Life-Cycle », *AJIL*, vol 112, n°1, janvier 2018, p.47-66
51. Connell P., Huang T., « An Empirical Analysis of CFIUS: Examining Foreign Investment Regulation in the United States », *Yale J. Int'l L.*, vol 39, 2014, p. 131-163
52. Corey S., « But Is It Just? The Inability for Current Adjudicatory Standards to Provide « Just Compensation » for Creeping Expropriations», *Fordham L. Rev.*, vol 81, 2013, p.973-1012
53. Cox K.I., « Vetoing WTO Appellate Body Judges' Reappointments: Analyzing the United States' Actions through Neo-Realist Lenses », *Houst. J. Int. Law*, vol 42, n°1, automne 2019, p.1-37
54. Cutler C., « Critical Reflections on the Westphalian Assumption of International law: A Crisis in Legitimacy », *Reviews of International Studies*, 2001, vol n°27, p.133-150
55. Davies H., « Investor-State Dispute Settlement and the Future of the Precautionary Principle », *Br. J. Am. Leg. Stud.*, vol n°5, issue 2, automne 2016, p.449-486
56. De Pencier J., « Investment, Environment and Dispute Settlement: Arbitration under NAFTA Chapter Eleven », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol 23, n°3, 2000, p.409-419

57. Dougherty K., « Methanex v. United States: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation », *Nw. J. Int'l L.*, vol 27, issue 3, 2007, p.735-754
58. De Moraes Gavioli M.G., « National Security or Xenophobia: The Impact of the Foreign Investment and National Security Act (“FINSA”) in Foreign Investment in the U.S. », *Law Raza*, vol 2: issue 1/ article 1, 2011, p. 1-43
59. De Paor R., « Can international arbitral tribunals apply international climate change law and/or public policy when climate change issues arise in commercial and investment arbitrations? », *CAPJIA*, n°3, le 1er juillet 2022, p.809-838
60. Dhir A., « Of Takeovers, Foreign Investment and Human Rights: Unpacking the Noranda-Minmetals Conundrum », *Banking & Finance Law Review*, n°22, 2006, p.77-104
61. Edwards R.W., « Extraterritorial Application of the U.S. Iranian Assets Control Regulations », *AJIL*, vol 75, n°4, octobre 1981, p.870-902
62. Eichensehr K., Hwang C., « National Security Creep in Corporate Transactions », *Colum. L. Rev.*, vol 123, n°2, mars 2023, p.549-614
63. Elliot L.R., « United States Policy Toward Foreign Investment: We Can't Have It Both Ways », *American University International Law Review*, vol 4/2, 1989, p.281-371
64. Ellison F.M., « The Reauthorization of Exon-Florio: A Battle Between Spurring the U.S. Economy and Protecting National Security », *Ga. J. Int'L & Comp. L.*, vol 25, 1992, p. 685-700
65. Finkelstein L., «The United States and the United Nations Proper Prudence – Or a New Failure of Nerve? », *Korea Journal*, 35 (I), printemps 1995, p48-72
66. Gallie, W. B., « Essentially Contested Concept », *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol 56, 1956, p. 167-198
67. Garillard E., « The Denunciation of ICSID Convention », *New York Law Journal*, vol 237, n°122, le 26 juin 2007, 3p.
68. Gantz D.A., « Increasing Host State Regulatory Flexibility in Defending Investor-State Disputes: The Evolution of U.S. Approaches from NAFTA to the TPP », *Int. Lawyer*, vol 50, n°2, 2017, p. 231-260
69. Gao H., « Finding a Rule-Based Solution to the Appellate Body Crisis: Looking Beyond the Multiparty Interim Appeal Arbitration Arrangement », *J. Int. Econ. Law*, vol 34, n°3, septembre 2021, p.534-550
70. Gaurav S., « From Fretting Takeovers to Vetting CFIUS: Finding a Balance in U.S. Policy Regarding Foreign Acquisitions of Domestic Assets », *Vand.J.Transnat'l.L.*, vol 39, 2006, p. 1303-1332
71. Garcia-Mora M.R., « The Calvo Clause in Latin American Constitutions and International Law », *Marquette Law Review*, vol 33, n°4, printemps 1950, p.205-219
72. Griffin P., « CFIUS in the Age of Chinese Investment », *Fordham L. Rev.*, vol 85, n° 4, 2017, p.1757-1792
73. Hafner-Burton E., Puig S., Victor D., « Against Secrecy: The Social Cost of International Dispute Settlement », *Yale J. Int. Law.*, vol 42, n°2, été 2017, p.279-343
74. Hamilton W. H., « Property – According to Locke », *Yale Law Journal* vol.41, n°6, 1932, p.864-880
75. Heyman S.J., « The First Duty of Government: Protection, Liberty and the Fourteenth Amendment », *Duke Law Journal*, vol. 41, n° 3, 1991, p.507-571
76. Hoffmeister F., « The EU contribution to the progressive development of institutional aspects in international investment law », *RBDI*, vol XLX, n°2, 2017, p.566-590
77. Huntington S., « The Clash of Civilizations? », *Foreign Affairs*, vol.72, n°3, 1993, p. 22-49

78. Johnson L., Sachs L., Sachs J., « Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law », *Columbia Center on Sustainable Investment Policy Paper*, mai 2015, 20 p.
79. Johnson L., Coleman J., Guven B., Sachs L., « Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical Considerations for States », *Columbia Center on Sustainable Investment Staff Publications*, mars 2008, 23p.
80. Jones C., Rao W., « (Un)stable BITs », *Yale J. Int. Law.*, vol 48, n°2, été 2022, p.247-307
81. Juster K.I., « The Santa Elena Case: Two Steps Forward, Three Steps Back», *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol 10, n°3, septembre 1999
82. Jusuf C., « Investments and Security: Balancing international Commerce and National Security with Expanded Authority for the Committee on Foreign Investment in the United States», *Cath.U.J.L&Tech.*, vol 29, , n°1, Automne 2020, p.145-176
83. Kennedy D., « A New Stream of International Law Scholarship », *Wis. Int. Law J.*, 1998, vol 7, p. 23
84. Kethireddy S., « Still the Law of Nations: Legitimate Expectations and the Sovereignist Turn in International Investment Law », *Yale J. Int. Law.*, vol n°44, n°2, été 2019, p.315-353
85. Krizer K.L., « International Investment Agreement Practice and The Trans-Pacific Partnership », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol 110, mars 30-2 avril 2016, p.51-54
86. Lederman I., « The Right Rights for the Right People? The Need for Judicial Protection of Foreign Investors », *B.C.L.Rev.*, vol 61, 2020, p.703-747
87. Li J., « Investing Near the National Security Black Hole », *Berkeley Bus.L.J.*, vol 14, 2017, p.1-44
88. Li J., « In Pursuit of Fairness: How Chinese Multinational Companies React to U.S. Government Bias », *Harvard Int'l LJ*, vol 62, n°2, été 2021, p.374-427
89. Lorenzo J.A., « A Path Toward Sustainable Development Along the Belt and Road », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°3, septembre 2021, p.591-608
90. Loritz D.R., « Corporate Predators Attack Environmental Regulations: It's Time to Arbitrate Claims Filed under NAFTA's Chapter 11», *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, vol 22, n°4, le 8 janvier 2000, p. 533-551
91. Mamounas J., « Controlling Foreign Ownership of U.S. Strategic Assets: The Challenge of Maintaining National Security in a Globalized and Oil Dependent World, *Law & Bus. Rev. Am.*, vol 13, 2007, p.381-141
92. Maurer N., « The Empire Struck Back: Sanctions and Compensation in the Mexican Oil Expropriation of 1938 », *The Journal of Economic History*, vol 71, n°3, septembre 2011, p.590-615
93. McCarl R., « ICSID Jurisdiction over International Mass Investment Arbitrations: Due Process and Default Rules », *SJIL*, vol 51, n°2, été 2015, p.173-194
94. McLaughlin M., « State-Owned Enterprises and Threat to National Security Under Investment Treaties », *Chin. J. Int. Law*, vol 19, n°2, juin 2020, p.283-327
95. McLaughlin M., « Investor-State Mediation and the Belt and Road Initiative: Examining the Conditions for Settlement», *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°3, septembre 2021, p.609-629
96. Megiddo T., « Beyond Fragmentation: On International Law's Integrationist Forces », *Yale J. Int. Law.*, vol.44, n°1, hiver 2019, p.115-147
97. Mitchell R., « Sovereignty and Normative Conflict: International Legal Realism as a Theory of Uncertainty », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°2, printemps 2017, p.421-483

98. Moranis M., « Between power and procedure: the changing balance of investment treaty protections », *Arbitr.*, vol 32, n°1, 2016, p.81-110
99. Mostaghel D.M., « Dubai Ports World Under Exon-Florio: A Threat to National Security or a Tempest in a Seaport? », *Alb.L.Rev*, vol 70, 2007, p.583-599
100. Mthembu-Salter G., Goodwill and Hard Bargains: The DRC, China And India, *SAAIA Occasional Paper*, n°114, mars, 2012, p.5-29
101. Murphy S., « Contemporary practice of the United States relating to international law », *AJIL*, vol 3, 2000, p.102-139
102. Potesta M., « Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent Developments in Arbitration and Before the ECJ », *Law Pract. Int. Courts Trib.*, n°8, 2009, p. 230-240
103. Pahis S., « Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law », *Yale J. Int. Law.*, vol 45, n°1, hiver 2021, p.69-132
104. Puig S., « Social Capital in the Arbitration Market », *EJIL*, 2014, Vol. 25, N°2, p.387-424
105. Qureshi W.A., « Lawfare: the Weaponization of International Law », *Houst. J. Int. Law*, vol 42, n°1, automne 2019, p.39-84
106. Redding B., « The Long Arm of the Law or the Invasive Reach of the American Legal System », *Int. Bus. L.J.*, n°5, 2007, p.659-668
107. Roberts A., « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States », *AJIL*, vol 104, n°2, avril 2010, p.179-225
108. Roberts A., Moraes H.C., Ferguson V., « Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment », *J. Int. Econ. Law*, vol 22, n°4, décembre 2019, p.655-676
109. Riehmer K.W., Schwanna A., Glasmacher S., « Amendments to the German Foreign Trade Regime: Strong Impact on Foreign Investments in Germany », *Mayer Brown LLP Legal Update*, juillet 2017, p.1-4
110. Salacuse J.W., « Of Handcuffs and Signals: Investment Treaties and Capital Flows to Developing Countries », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°1, hivers 2017, p.127-176
111. Shalakany A., « Arbitration and the Third World: A Plea for Reassessing Bias under the Specter of Neoliberalism », *Harvard Int'l LJ*, 2000, p.419-468
112. Sandrock O., « The right of Foreign Investors to Access German Markets: The Meaning of Article 2(1) of the German Model Treaty for the Promotion and Protection of Foreign Investments », *ICSID Rev*, vol n°25, issue 2, 2010, p. 268-311
113. Schwebel S.M., « In defense of bilateral investment treaties », *Arbitr.*, vol 31, n°2, juin 2015, p.181-192
114. Schwebel S.M., « The outlook of the continued vitality, or lack thereof, of investor-State arbitration », *Arbitr.*, vol 32, n°1, 2016, p.1-15
115. Shao X., « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°1, mars 2021, p.157-179
116. Sims J., Herman D., « The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation », *Antitrust Law Journal*, vol 65, n°3, printemps 1997, p.865-904
117. Sornarajah M., « Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment », *J. Int. Econ. Law*, vol 23, n°2, juin 2020, p. 413-429
118. Spiro P., « Treaties, International Law and Constitutional Rights », *SLR*, vol 55, n°5, mai 2003, p.1999-2028

119. Srivastava R., « Reconciling Extraterritorial Surveillance with International Privacy Rights: A Modest Framework », *Cornell Int. Law J.*, vol 54, n°1, printemps 2021, p. 126-150
120. Stagg J.C., « Scrutinizing Foreign Investment: How Much Congressional Involvement Is Too Much? », *Iowa L. Rev.*, vol 93, 2007, p.325-359
121. Tladi D., « Populism's Attack on Multilateralism and International Law: Much Ado About Nothing », *Chin. J. Int. Law*, vol 19, n°3, septembre 2020, p.369-391
122. Tipler C.M., « Defining « National Security »: Resolving Ambiguity in the CFIUS Regulations », *U. Pa. J. Int'l L.*, vol 35, issue 4, le 13 octobre 2014, p. 1223-1284
123. Toye R., « Developing Multilateralism: The Havana Charter and the Fight for the International Organization, 1947-1948 », *The International History Review*, vol n° 25, n°2, juin 2003, p. 282-305
124. Travalini J.R., « Foreign Direct Investment in the United States: Achieving a Balance between National Economy Benefits and National Security Interests », *Nw.J.Int'l L. & Bus*, vol 29, 2009, p. 779-800
125. Wagner J.M., « International Investment, Expropriation and Environmental Protection », *Golden Gate U. L. Rev.*, vol 29, issue 3, janvier 1999, p. 465-538
126. Wang H., « China's Approach to the Belt and Road Initiative: Scope, Character and Sustainability », *J. Int. Econ. Law*, vol 22, n°1, mars 2019, p.29-55
127. Wang H., « The Future of the BRI: A New Context and New Issues », *J. Int. Econ. Law*, vol 24, n°4, décembre 2021, p.799-803
128. Wang H., « Selective Reshaping: China's Paradigm Shift in International Economic Governance », *J. Int. Econ. Law*, vol 23, n°3, septembre 2022, p. 583-606
129. Wang J., « Ralls Corp. v. CFIUS: A New Look at Foreign Direct Investments to the US », *Colum.J.Transnat'l L.Bull.*, vol 30, 2016, p.30-55
130. Warwas B., « Do the Provisions of CETA on the Status of Arbitrators Increase the Legitimacy of the ICS? », *RBDI*, vol XLX, n°2, 2017, p.546-565
131. Weiler T., « A First Look at the Interim Merits Award in S.D. Myers, Inc. v. Canada: It Is Possible to Balance Legitimate Environmental Concerns with Investment Protection », *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, vol 24, n°2, le 1er Janvier 2001, p. 173-188
132. Wellhausen R., « Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement », *Journal of International Dispute Settlement*, vol 7, n°1, mars 2016, p.117-135
133. Westbrook A.D., « Securing the Nation or Entrenching the Board? The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions », *Marq.L.Rev.*, vol 102, 2019, p.643-699
134. Wills G., « Bully of the Free World », *Foreign affairs*, Vol 78, n°2, mars-avril 1999, p.50-59
135. Wu C-H., « ASEAN at the crossroads: Trap and Track between CPTPP and RCEP », *J. Int. Econ. Law*, vol. 23, n°1, mars 2020, p.107
136. Vadi V., « International Law and Its Histories: Methodological Risks and Opportunities », *Harvard Int'l LJ*, vol 58, n°2, printemps 2017, p.311-352
137. Vanberg V.V., « Markets and Regulations: On the Contrast Between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism », *Constitutional Political Economy*, n°10, 1999, p.219-243
138. Ye Y-T., « Towards a Balanced and Liberal Chinese Bilateral Investment Treaty Regime in the Context of One Belt One Road », *Houst. J. Int. Law*, vol 41, n°1, automne 2018, p.107-146

139. Zakaria F., « The rise of illiberal democracy », *Foreign Affairs*, vol 76, n°6, novembre/décembre 1997, p.22-43
140. Zhao J., Wen S., « Corporate Social Accountability », *SJIL*, vol 58, n°1, hiver 2022, p. 63-111

2-En Chinois

141. 蔡从燕(Cai C.), « 国家的“离开”“回归”与国际法的未来 », 国际法研究, n°4, 2018, p.3-15 (« Le départ et le retour de l'État et l'avenir du droit international », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2018, p.3-15)
142. 韩秀丽(Han X.), 翟羽梦(Zhai Y.), « 论“一带一路”倡议下中外投资协定中的投资者——国家仲裁机制 », 国际法研究, n°5, 2017, p.20-34 (« Mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et États dans le cadre d'un accord d'investissement sino-étranger dans le cadre de l'initiative « la Ceinture et la Route » », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2017, p.20-34)
143. 何志鹏(He Z.), « 国际关系中自然法的形成与功能 », 国际法研究, n°1, 2017, p.47-62 (« La formation et la fonction du droit naturel dans les relations internationales », *Chinese Review of International Law*, n°1, 2017, p. 47-62)
144. 李祥俊(Li X.), « 儒家核心价值观的思想内涵、系统结构及其现代意义 », 衡水学院学报, n°3, 2009, p.55-60 (« La connotation idéologique, la structure du système et la signification moderne des valeurs fondamentales confucéennes », *Journal de l'Ecole de Hengshui*, vol 3, 2009, p.55-60)
145. 刘敬东(Liu J.), « 多边体制 VS 区域性体制：国际贸易法治的困境与出路——写在 WTO 成立 20 周年之际 », 国际法研究, n°5, 2015, p.92-104 (« Accord commercial multilatéral VS accord commercial préférentiel : dilemme et perspective de l'état de droit du commerce international - En mémoire du 20e anniversaire de l'OMC », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2015, p. 92-104)
146. 彭阳(Peng Y.), « 国际经济治理中的国家安全泛化：法理剖析与中国应对 », 国际法研究, n°5, 2022, p.87-107 (« Généralisation de la sécurité nationale dans la gouvernance économique internationale : analyse juridique et réponse de la Chine », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2022, p. 87-107)
147. 屈永华(Qu Y.), « 法家治国方略与秦朝速亡关系的再考察 », 法学研究, n°5, 2007, p.140-149 (« La relation entre le plan général du pays dirigeant de l'école légiste et l'extinction rapide de la dynastie Qin: une nouvelle observation », *Chinese Journal of Law*, n°5, 2007 p. 140-149)
148. 石静霞(Shi J.), 陈晓霞(Chen X.), « «中欧全面投资协定»: 我国商签经贸条约的新范式 », 国际法研究, n°5, 2021, p.81-99 (« Le changement de paradigme dans la négociation d'un traité d'investissement par la Chine : un commentaire sur l'accord global Chine-UE sur l'investissement », *Chinese Review of International Law*, n°5, 2021, p.81-99)
149. 石静霞(Shi J.), 孙英哲(Sun Y.), « 国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析 », 国际法研究, n°2, 2018, p.21-39 (« Évolution récente des accords internationaux d'investissement et implications pour la Chine - Analyse du chapitre sur l'investissement de l'AECG », *Chinese Review of International Law*, n°2, 2018, p.21-39)

150. 魏磊杰(Wei L.), « 全球化时代的法律帝国主义与“法治”话语霸权 », 环球法律评论, n°5, 2013, p.84-105 (« L'impérialisme juridique à l'ère de la mondialisation et l'hégémonie discursive de l'État de droit », *Global Law Review*, n°5, 2013, p.84-105)
151. 叶斌(Ye B.), « 欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案: 挑战与前景 », 国际法研究, n°6, 2016, p.71-82 (« Proposition de l'UE sur le RDIE pour la négociation du TTIP : défis et voie à suivre », *Chinese Review of International Law*, n°6, 2016, p.71-82)
152. 叶斌(Ye B.), « « 中欧全面投资协定 » 与监管权: 战略机遇及外部风险 », 国际法研究, n°6, 2021, p.3-21 (« L'accord global Chine-UE sur l'investissement et le droit de réglementer : opportunités et défis », *Chinese Review of International Law*, n°6, 2021, p.3-21)
153. 俞国平 (Yu G.) , « 论帝国的兴衰 », 山西大学学报 (哲学社会科学版) , vol 45, n°1, 2022, p.1-11 (« Sur la montée et la chute des empires », *Journal of Shanxi University (Philosophy & Social Science)*, vol 45, n°1, 2022, p. 1-11)
154. 曾华群(Zeng H.), « 论双边投资条约范本的演进与中国的对策 », 国际法研究, n°1, 2006, p.60-79 (« Sur l'évolution du modèle de traité bilatéral d'investissement et les contre-mesures de la Chine », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2006, p. 60-79)
155. 张军旗(Zhang J.), « 301 条款、301 调查及关税措施在 WTO 下的合法性问题探析 », 国际法研究, n°4, 2021, p.43-63 (« Analyse de la légalité des enquêtes sur l'article 301 et des mesures douanières en vertu du droit de l'OMC : du point de vue de « l'affaire des mesures tarifaires des États-Unis » dans la guerre commerciale sino-américaine », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2021, p. 43-63)
156. 张乃根(Zhang N.), « 国际法上的多边主义及其当代涵义 », 国际法研究, n°3, 2021, p.3-19 (« Le multilatéralisme du droit international et ses implications contemporaines », *Chinese Review of International Law*, n°3, 2021, p.3-19)
157. 赵建文(Zhao J.), « 国际条约在中国法律体系中的地位 », 法学研究, n°4, 2010, p.190-206 (« Le statut des traités internationaux dans le système juridique chinois », *Chinese Journal of Law*, n°4, 2010, p.190-206)
158. 朱明新(Zhu M.), « 投资者——国家争端解决机制的革新与国家的“回归” », 国际法研究, n°4, 2018, p.16-30 (« La réforme du mécanisme RDIE et « le retour de l'État » », *Chinese Review of International Law*, n°4, 2018, p. 16-30)

3-En français

159. Abadie P., « L'alliance du droit climatique et de la RSE au soutien de la lutte contre la déforestation importée », *JCP G*, n°28, le 12 juillet 2021, p. 1368-1369
160. Amin S., Arrighi G., Chesnais F., *et al.*, « Qu'est-ce que le néolibéralisme ? », *Actuel Marx*, 2006/2, n°40, p. 12-23
161. Ancelin J., « La proposition de digital market act : rétablir la concurrence pour préserver la souveraineté numérique de l'Union ? », *RTD Eur.*, n°3, 2021, p.545-565
162. Audit M., « arbitrage d'investissement - Arbitrage international. – Extension de la solution de l'arrêt *Achmea* à l'arbitrage d'investissement intra-européen fondé sur la Charte de l'énergie - Commentaire par Mathias Audit », *JDI*, n°1, 2022, p.222-241
163. Audit M., Bismuth R., Mignon-Colombet A., « Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? », *JCP G*, n°1-2, 12 janvier 2015, p.64-65

164. Audit M., Cazala J., « Droit des investissements. Régime du droit interne », *JurisClasseur Droit international*, Fasc.572-55, LexisNexis, Date de la dernière mise à jour le 19 juillet 2019, 18 p.
165. Audit M., « La qualification par la Cour de justice d'aide d'État prohibée de l'exécution d'une sentence arbitrale d'investissement », *JDI*, n°3, 2022, p.964-976
166. Banifatemi Y., Shelbaya M., « Chroniques Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, n°1, 2022, p. 309-399
167. Barrillon C., « Le nouveau mécanisme de contrôle des investissements étrangers en France », *BJS*, novembre 2017, n°116z5, p.708-712
168. Barrillon C., « Le contrôle des investissements étrangers depuis la loi PACTE », *Gaz. Pal.*, mardi 24 septembre 2019, n°32, 359s8, p.82-84
169. Benoit A., Barrillon C., « La réforme du contrôle des investissements étrangers en France : entre attractivité et protectionnisme », *Gaz. Pal.*, n°12, mardi 24 mars 2020, 376m0, p. 48-50
170. Bernard S., « La réforme des mécanismes de protection des entreprises stratégiques », *AJDA*, 25 juin 2019, p.1285-1290
171. Biache A., « Décret « Montebourg » - La défense des intérêts nationaux français face aux capitaux étrangers », *Revue Sorbonne OFIS*, novembre 2014, p. 1-4
172. Bine P., « Contrôle des investissements étrangers en France : le rôle de l'avocat », *Dalloz Actualité*, le 13 mai 2023
173. Bine P., « Photonis et Carrefour : Retour sur deux dossiers très différents », *Fusions & Acquisitions Magazine*, mars & avril 2021, p.4-6
174. Bismuth R., « Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – Quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas », *AFDI*, 2005, p.786-807
175. Bismuth R., « Le Cloud Act face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ? », *Rev. crit. dip*, n°2, 2019, p.682-694
176. Bismuth R., « Fantômes et réalités autour de l'extraterritorialité du droit américain », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, n°6922, p.35-39
177. Boiteau C., « La loi PACTE et l'Etat », *RFDA*, n°4, 15 septembre 2019, p. 581-588
178. Bollée S., « Protection des investisseurs : suites de la jurisprudence *Achmea* », *D.*, n°35, 13 octobre 2022, .1775-1776
179. Bosco D., « L'avenir du droit de la concurrence », *Contrats, conc. consom.*, n°12, décembre 2020, p. 1-7
180. Boulanger D., « La réglementation des investissements directs après la réforme du 14 février 1996 », *JCP E*, n°17, 25 avril 1996, n°551, p.172-177
181. Boulanger D., « Le régime des investissements étrangers après la réforme du 7 mars 2003 », *JCP E*, n°17, 24 avril 2003, n°663, p.749-752
182. Bourgeoi R., « Le protectionnisme, une passion américaine ? », *Revue internationale et stratégique*, vol 108, n°4, 2017, p.89-100
183. Boutonnet M.H., « Jugement de « l'affaire du siècle », une logique comptable et correctrice », *JCP G*, n°46, le 15 novembre 2021, p. 2080-2083
184. Brault B., « Eléments pour une géographie des investissements japonais de production en France », *L'Espace géographique*, vol.16, No.3, juillet/septembre 1987, p. 207-213
185. Brenot V., Weicheldinger E., « contrôle des investissements étrangers en France : le temps de la maturité ? », *RLDA*, n°151, 1^{er} septembre 2019, n°6971, p.33-37

186. Broussolle Y., « Prorogation de l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises », *LPA*, mai 2022, p.18-19
187. Carrère J-L., « La diplomatie économique, ' nouvelle frontière' de la politique française », *Géoéconomie*, vol 3/70, 2014, p. 9-23
188. Carreau D., Hurstel D., « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil Dalloz Sirey*, 1996, p.239-244
189. Catala Marty J., Doumoulakis L., Sauer C., « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *CDE*, n°5, septembre-octobre 2020, n°21, p.47-53
190. Cazala J., « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI », *AFDI*, vol 58, 2012, p.551-565
191. Cazala J., « Les limites de l'articulation entre exercice des *polices powers* et expropriation indirecte », *CAPJIA*, n°3, 2020, p.591-602
192. Cazala J., « Fin de partie pour les traités bilatéraux d'investissement intra-européens ? », *JDI*, n°3, 2020, p.855-873
193. Charillon F., « La Politique étrangère de la France, D'une puissance de blocage à une puissance de proposition », *Etudes*, vol 4, 2005, tome 402, pp. 449- 459
194. Chvika E., Hasting P., « Aménagement du contrôle des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques en France », *D.*, n°03, 19 janvier 2006, p. 218-221
195. Communication Ministère d'économie, « Renforcement et stabilité du capital des entreprises françaises », *JCP E*, 2005, n°38, 22 septembre 2005, n°266, p.1519
196. Coleman P., « L'arbitrage d'investissement à l'épreuve de l'autonomie du droit de l'Union européenne », *CAPJIA*, n°2, 2022, p.581-594
197. Couret A, Bruslerie H., « Analyse économique de l'appropriation de la richesse dans l'entreprises et évolutions récentes du droit français », *Revue internationale de droit économique*, vol 4, 2004, p.575-601
198. Couret A., « Le Code de gouvernement d'entreprise Middledenext 2021 », *BJS*, novembre 2021, p. 36-40
199. Dalpé R., « Politique commerciale et contrôle de l'investissement étrange : l'expérience canadienne », *Revue canadienne de science politique*, vol 20, n°2, juin 1987, p.337-361
200. Delabie L., « Les Etats-Unis, la paix par le droit et la coopération multilatérale », *RBDI*, vol LIII, n°1, 2020, p.11-29
201. Delpech X., Royer E., « Investissements étrangers en France : la France réagit », *Dalloz Actualité*, le 19 mai 2014
202. De Beaufort V., « Repenser le volet externe du marché intérieur européen », *RUE*, 10 septembre 2010, p.514-523
203. Dondero B., Bousquet J-R., Ricard L-N., « Loi PACTE : la protection des actifs stratégiques, Un renforcement du contrôle des investissements étrangers en France », *JCP E*, n°26, le 27 juin 2019, n°1323, p.42-46
204. De Verdun A., Bardasi S., « Le pouvoir de police des investissements étrangers : un pouvoir réglementaire », *JCP E*, n°23, le 5 juin 2014, n°395, p. 9-11
205. Dureau-Hazera C., Thomas P., « Les *golden shares* dans les sociétés françaises », *RD banc. fin.*, Mai-Juin 2016, n°12, p.1-3
206. Emlek C., « Economie et monnaie : Loi Pacte : renforcement de la procédure d'autorisation préalable des investissements étrangers en France », *Actualité du droit/Public/Lamy*, 23 mai 2019
207. Fadlallah I., Leban C., Teynier E., Achtouk-Spivak L, *et al.*, « Investissements internationaux et arbitrage », *CAPJIA*, n°4, 1^{er} décembre 2016, p.895-950

208. Fadlallah I., « Cri d'alarme pour les Traités bilatéraux d'investissements », *CAPJIA*, n°3, 2020, p.449-452
209. Farnoux E., « Renouveau en profondeur du dispositif de contrôle des investissements étrangers : « Patriotisme économique » bien ordonné de Paris à Bruxelles ? », *JCP G*, n°47, le 18 novembre 2019, n°1201, p. 2090-2097
210. Ferla R., « Droit de la concurrence et investissements internationaux (efficacité et potentiel incitatif du droit de la concurrence pour les investisseurs étrangers) », *Revue Droit & Affaires (LexisNexis)*, n°10, février 2012, n°7, p.99-102
211. Friedmann W., « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1969-II, p.127
212. Gavalda C., « L'efficacité juridique en France de l'executive order du président Carter « gelant » les avoirs officiels iraniens », *Gaz. Pal.*, 18 décembre 1979, p.645
213. Gauvain R., « Rapport Parlementaire sur les procédures extraterritoriales », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, n°6921, p.31-34
214. Gerbier L., « Une méthode pour interpréter les histoires : Machiavel et Jean Bodin », *Revue de métaphysique et de morale*, vol 62, n°2, 2009, p.151-166
215. Guyader H., « La fin de l'arbitrage d'investissement intra-européen ? », *RLDA*, n°141, octobre 2018, p. 29-32
216. Guyader H., « Extraterritorialité des lois américaines, l'émergence de limites ? », *RLDA*, n°157, le 1^{er} mars 2020, n°6920, p.24-30
217. Grudler C., « Droit de l'Union européenne et arbitrage d'investissement : de la systématisation d'un recours à l'arbitrage d'investissement au constat d'un conflit ontologique », *Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit*, Bulletin n°27, 2021, p.99-150
218. Hache E., « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raison politiques*, 2007/4, n°28, p.28
219. Horchani F., « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », *JDI*, n°2, 2004, p.367-417
220. Huglo C., Plaine C.I., « Panorama du contentieux climatique 2020-2021 : vers une accélération », *JSS*, n°88, le 15 décembre 2021, p.3-15
221. Idot L., « Entrée en vigueur du cadre de filtrage des investissements directs étrangers en pleine crise sanitaire », *Europe*, n°13, décembre 2020, p. 1
222. Ilcheva A-A., « Condamnation de Shell aux Pays-Bas : la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine », *D.*, n°38, le 4 novembre 2021, p.1968-1970
223. INFOREG, « Les investissements étrangers en France : vers un contrôle renforcé ? », *Entrepr.*, n°1, janvier-février 2022, p. 72
224. Jault-Seseke F., « Protection des données : la mise en œuvre du guichet unique ou les limites de l'intégration européenne », *RTD Eur.*, n°1, janvier-mars 2022, p.81-91
225. Jazottes G., Luby M., « Relations financières avec l'étranger. Autorisation préalable. Absence de sanction. Modalités de l'autorisation », *RTD Com.*, n°3, 2001, p.823
226. Jeffers E, Pollin J-P., « Dérégulation bancaire des années 1980 et crise financière », *Revue d'Economie Financière*, 2012/1, n°105, p.104-114
227. Jourdan-Marques J., « Arbitrage et question préjudicielle », *CAPJIA*, n°2, 2022, p.595-607
228. Juillard P., « Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements », *AFDI*, 2004, p. 669-682

229. Kallergis A., « L'applicabilité des traités bilatéraux d'investissement dans les zones contestées », *JDI*, n°3, 2022, p.825-857
230. Keller D., « Le retour du conflit des civilisations », *L'ENA hors les murs*, novembre 2022, n°501, p.3
231. Kleiner C., « L'application des « sanctions économiques » adoptées par l'Union européenne contre la Russie à la suite de l'invasion de l'Ukraine : éléments de droit international privé », *JDI*, n°3, 2022, p.749-768
232. Korom V., « Jurisprudence *Achmea*: la fin de l'arbitrage d'investissement au sein de l'Union européenne? », *D.*, vol 36, 18 octobre 2018, p.2005-2010
233. Lankarani L., « Une autre « loi d'application extraterritoriale » américaine », *RTD Eur.*, n°1, 2006, p.97-130
234. Lanoë-Campbell L., Nanteuil A. de, « Arrêt *Achmea* : bouleversement des rapports entre droit international des investissements et droit de l'Union européenne », *Versailles University Arbitration Journal*, n°1, janvier 2019, étude 8, 7 p.
235. Lanneau R., « Application du droit de la concurrence aux activités publiques », *JursiClasseur Administratif*, Fasc. 292, LexisNexis, Date de la dernière mise à jour le 10 juillet 2019, 27 p.
236. Lazzeri C., « La théorie du droit naturel au xvii^e siècle : l'utilité comme enjeu du droit et du contrat », *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, 2001, p. 369-389
237. Lecourt V.B., « Investissements étrangers soumis à autorisation préalable : renforcement du dispositif français », *Rev. sociétés*, février 2019, p.147-148
238. Lecourt B., « Contrôle des investissements étrangers opérés par des personnes extérieures à l'Union européenne : l'Europe établit un cadre », *Rev. sociétés*, mai 2019, p.364-374
239. Leray G., « La loi climat et l'entreprise », *Rev. Sociétés*, décembre 2021, p.682-686
240. Lienhardt P-A., Rambaud A., « Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Economie D. n°2017-932, 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises », *JCP E*, n°37, le 14 septembre 2017, n°1480, p. 46-48
241. Lignières P., « Etat actionnaire », *JCP G*, n°50, 8 décembre 2014, p.2294
242. Maetz C-A., « Contrôle renforcé des cessions, actionnariat salarié et golden shares (article 178 à 199) », *JCP E*, n°37, 10 septembre 2015, p. 50
243. Mahler F., « Contrôle des investissements étrangers au sein de l'Union européenne – Etats des lieux et perspectives », *JCP E*, n°5, 1^{er} février 2018, p.44-49
244. Malaurie-Vignal M., « Une politisation du droit du marché au service de l'intérêt général », *Contrats, conc. Consom.*, n°6, juin 2002, p. 1-2
245. Manciaux S., « Définition de l'opération d'investissement : la Cour de justice à petit pas », *JCP E.*, n°43-44, 28 octobre 2021, p.25-28
246. Malecki C., « Transposition de la directive *RSE* : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *BJS*, octobre 2017, p. 632-640
247. Maréchal J-P., « L'éthique économique de John Rawls », *L'économie politique*, vol 17, n°1, 2003, p. 94-112
248. Martin Hamidi L., « L'avenir du règlement des différends entre investisseurs étrangers et Etats dans les traités commerciaux internationaux », *RLDA*, n°141, octobre 2018, p. 33-38

249. Menétrey S., « La participation « amicale » de la Commission européenne dans les arbitrages liés aux investissements intracommunautaires », *JDI*, n°4, 2010, p.1127-1156
250. Milanova A., « Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atours discrets d'une hégémonie », *JDI*, n°1, 2003, p.87-100
251. Montfort R., « Nouvelle réglementation sur les investissements étrangers », *JCP E*, n°8, 19 février 2004, p. 286
252. Moya D., « Conflits intra-européens de lois et conflits de souverainetés », *JDI*, n°2, 2020, p.529-569
253. Niboyet J-P., « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », *RGDIP*, 1927, p. 402-417
254. Notté G., « Modification de la réglementation des investissements en France », *JCP E*, n°2, le 12 janvier 2006, n°16, p.57-59
255. O'Neill J., « One Belt, One Road, le nouveau paradigme géopolitique », traduit par Nathanaël Herzog, *Outre-Terre*, vol 50, n°1, 2017, P.337-348
256. Pailleret A., Bryden D., Hildebrand B., « Investissements étrangers dans le secteur de la défense – Encadrement en France, au Royaume-Uni et en Allemagne », *JCP E*, n°27, 2 juillet 2015, p. 36-44
257. Parance B., Rochfeld J., « Tsunami juridique au Conseil d'Etat, Une première décision « climatique » historique », *JCP G*, n°49, le 30 novembre 2020, p. 2138-2141
258. Parance B., « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *JCP E*, n°5, 2 février 2023, p.22-27
259. Paul L., Jeudy B-P., « Le blocage de l'OMC, un révélateur de la crise du multilatéralisme ? », *Bulletin de la Banque de France*, 234/5, mars-avril 2021, p.1-7
260. Petit-Prévost-Weygand E., « L'activité extraterritoriale des services de renseignement numérique : recherche de solutions techno-juridiques de protection des données », *JDI*, n°3, 2021, p.959-982
261. Raynouard A., « La contestation des indicateurs Doing Business : un positionnement politique », *LPA*, n°182, PA200918201, le 11 septembre 2009, p.3-4
262. Raynouard A., « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », *D.*, n°44, le 23 décembre 2010, p.2928-2932
263. Raynouard A., « L'affectation d'actifs entre réalité et personnalité : le droit de propriété « instrumentalisé » (trust, fiducie, fondation) ... ou « opérationnalisé » », *JCP N*, n°45, le 11 novembre 2022, p.22-26
264. Remy B., « Chroniques Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, n°1, 2019, p. 204-295
265. Remy B., « Chroniques Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) », *JDI*, n°1, 2021, p.287-344
266. Remy B., « La condamnation des arbitrages d'investissement internes à l'Union européenne fondés sur l'accord des parties : l'inconséquence de la CJUE avérée », *CAPJIA*, n°1, 2022, p.79-92
267. Reuter P., « Principes de droit international public », *RCADI*, t.103, 1961, p. 425-655
268. Robert-Cuendet S., « La crise de la Covid-19, comme révélateur du renforcement de la souveraineté économique des Etats : l'exemple des mécanismes de filtrage des investissements étrangers », *JDI*, n°2, 2021, p.499-521
269. Sauty De Chalon A., Nataf G., « Contrôle des investissements étrangers : La volonté de l'Etat français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *RJSP*, n°19, octobre 2020, p.1-5

270. Schlumberger E., « Du renforcement du contrôle des investissements », *BJS*, 1^{er} février 2019, n°2, n°119m7, p.6
271. Schlumberger E., « Chronique de droit européen des sociétés », *Droit des sociétés*, n°6, juin 2023, p.6-11
272. Strauss L., « Le droit naturel », traduit par Emmanuel Patard, *Archives de Philosophie*, 2016/3, p.453-484
273. Storck M., « Le contrôle d'un fonds d'investissement est exercé par le gestionnaire et non par les investisseurs », *BJB*, n°3, n°119a1, le 1^{er} mai 2020, p.49-51
274. Saleh G., « L'adaptabilité du droit des investissements étranger dans le contexte de la crise du Covid-19 », *Dr. et patri.*, n°309, le 1^{er} janvier 2021, p.30-32
275. Servan-Schreiber P., Arps S., « Approche comparée des investissements internationaux en France et aux Etats-Unis », *Revue Droit & Affaires*, n°10, février 2012, p.93-99
276. Stern B., « L'extraterritorialité revisitée. Où il est question des affaires *Alvarez-Machain*, Pâte de bois et de quelque autre... », *AFDI*, vol. 38, 1992, p.239-313
277. Teyssié B., « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *JDI*, n°1, 2021, p.5-30
278. Teyssié B., « Lutte contre le dérèglement climatique et « verdissement » du Code du travail », *JCP G*, n°46, le 15 novembre 2021, p.2077-2078
279. [s.n.], « Investissements étranger en France : le protectionnisme se poursuit », *RLDA*, n°162, le 1^{er} septembre 2020, n°7037, p.19-20

5) Jurisprudence

1-Arbitrage d'investissement

280. *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL (auparavant *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*)
281. *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22
282. *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, UNCITRAL
283. *Apotex Inc. v. United States of America*, UCITRAL
284. *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1
285. *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3
286. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12
287. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21
288. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22
289. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB 12/20
290. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5
291. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23
292. *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40
293. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1

294. *Corporación Quiport S.A. and others v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/09/23
295. *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2
296. *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3
297. *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004
298. *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL
299. *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2
300. *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19
301. *Erbil Serter v. French Republic*, ICSID Case No. ARB/13/22
302. *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/21
303. *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL
304. *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11
305. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20
306. *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL
307. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11
308. *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3
309. *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2
310. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10
311. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1
312. *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL
313. *Oxygenated Fuels Ass'n Inc. v. Davis*, 331 F.3d 665 (9th Cir. 2003)
314. *Oxygenated Fuels Ass'n, Inc. v. Pataki*, 304 F. Supp. 2d 337 (N.D.N.Y 2002)
315. *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12
316. *Pan American Energy LLC v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/10/8
317. *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6
318. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL
319. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (auparavant *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*)
320. *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163
321. *Poštová banka, a.s., ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8
322. *Ralls Corp. v. Comm. On Foreign Inv., U.S.*, 758 F.3d 296, 304, (D.C.Cri.2014)
323. *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14

324. *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL
325. *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL
326. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL
327. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL
328. *Silver Ridge Power BV v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/37
329. *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26
330. *The United Mexican States v. Metalclad Corporation*, 2001 BCSC 664
331. *Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/24
332. *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24
333. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26
334. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12
335. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany(II)*, ICSID Case No. ARB/12/12
336. *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/22
337. *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04

2-Cour de Justice de l'Union européenne

338. *CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville*
339. *CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, Demande de décision préjudicielle : Hessisches Finanzgericht - Allemagne. Mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives*
340. *CJCE, 24 mars 1988, aff. 104/86, Commission c/Italie*
341. *CJCE, 23 février 1995, aff.ites C-358/93 et C-415/93, Aldo Bordessa*
342. *CJCE, 14 mars 2000, aff. 54/99, Plén., Association Eglise de scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre, RJDA, n°589, 2000, p.464*
343. *CJCE, 4 juin 2002, aff C-503/99, Commission c/Belgique*
344. *CJCE 4 juin 2002, aff. C-483/99, Commission c/France*
345. *CJCE, 13 mai 2003, aff.C-98/01, Commission c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*
346. *CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-112/05 Commission c/Allemagne*
347. *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-118/07, Commission c/Finlande*
348. *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-205/06, Commission c/Autriche*
349. *CJCE, 3 mars 2009, aff.C-249/06, Commission c/Suède*
350. *CJCE, 11 novembre 2010, aff.C-543/08, Commission c/Portugal*
351. *CJCE, 10 novembre 2011, aff.C-212/09, Commission c/Portugal*
352. *CJUE, 6 mars 2018, aff.C-284/26, Slowakische Republik c/ Achmea BV.*
353. *CJUE, 30 avril 2019, aff.C- 1/17, Accord ECG UE-Canada*
354. *CJUE, 2 septembre 2021, aff.C-741/19, République de Moldavie c/ Komstroy LLC.*

- 355. CJUE, 26 octobre 2021, aff.C-109/20, *Republiken Polen c/ PL Holdings Sàrl*
- 356. CJUE, 25 janvier 2022, aff. C-638/19, *Commission européenne c/ European Food SA e.a.*

3-Organe de règlement des différends d'Organisation mondiale du commerce

- 357. WT/DS152 *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*
- 358. WT/DS316 *Communautés européennes et certains États membres — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*
- 359. WT/DS317 *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs*
- 360. WT/DS347 *Communautés européennes et certains États membres — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*
- 361. WT/DS353 *États-Unis — Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs — Deuxième plainte*
- 362. WT/DS543 *États Unis - Mesures tarifaires visant certains produits en provenance de Chine*

4-Autre

- 363. CEDH, 27 novembre 2007, 21861/03, *Hamer c. Belgique*
- 364. Cons.const., 23 mars 2017, n°2017-750 DS
- 365. *Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690 (1962)
- 366. CPJI, *Affaire Lotus*, 1927
- 367. *Min. Economie c/ Parretti, RJDA*, n°1368, 1996, p. 970
- 368. *TikTok Inc. v. Trump*, No. 1:20-cv-02658 (CJN)
- 369. TA Paris, 21 mars 2017, n°1521052/2, *Claire Porcher et Philippe Procher*

6) Rapports et études

1-France

- 370. Business France, *The Annual Report 2022 Foreign Investment in France*, le 11 mai 2023, 66p.
- 371. Business France, *The Annual Report 2021 Foreign Investment in France*, le 29 mars 2022, 63p.
- 372. Business France, *The Annual Report 2020 Foreign Investment in France*, le 25 mars 2021, 144p.
- 373. Business France, *The Annual Report 2019 Foreign Investment in France*, 2020, 160p.
- 374. Business France, *The Annual Report 2018 Foreign Investment in France*, le 4 avril 2019, 164p.
- 375. Business France, *The Annual Report 2017 Foreign Investment in France*, le 3 avril 2018, 226p.
- 376. Business France, *The Annual Report 2016 Foreign Investment in France*, le 14 mars 2018, 27p.
- 377. Direction générale du Trésor, *Le contrôle des investissements étrangers en France en 2021*, mars 2022

378. Direction générale du Trésor, Le contrôle des investissements étrangers en France en 2022, mai 2023
379. Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2020, 24 mars 2021
380. Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2019, 23 septembre 2020
381. Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2018, 16 septembre 2019
382. Direction générale du Trésor, Les chiffres clés des IEF en 2017, 10 septembre 2019
383. Direction générale du Trésor, FAQ Le contrôle des investissements étrangers en France, mars 2022
384. Ministère des armées du 18 décembre 2020, Souveraineté des entreprises stratégique : Florence Parly annonce que l'Etat travaille à une solution alternative de reprise de Photonis
385. Gaudin C., La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation, Sénat, *Rapport d'information*, n°347, session ordinaire de 2006-2007
386. Rapport annuel 2021 de l'Autorité de la concurrence, 107 p.
387. Rapport annuel 2020 de l'Autorité de la concurrence, 107 p.
388. Rapport annuel 2019 de l'Autorité de la concurrence, 185 p.
389. Rapport annuel 2018 de l'Autorité de la concurrence, 167 p.
390. Rapport annuel 2017 de l'Autorité de la concurrence, 163 p.

2-Les Etats-Unis

391. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2008, iii, 66 p.
392. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2009, iii, 45 p.
393. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2010, ii, 32 p.
394. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2011, ii, 40 p.
395. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2012, ii, 40 p.
396. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2013, ii, 37 p.
397. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2014, ii, 40 p.
398. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2015, iii, 40 p.
399. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2016-2017, iii, 41 p.
400. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2018, iv, 43 p.
401. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2019, v, 47 p.
402. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2020, x, 62 p.
403. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2021, ix., 64 p.
404. CFIUS, Annual Report to Congress for CY 2022, x., 72 p.
405. Executive Office of the President, Report to the President Ensuring Long-Term U.S. Leadership in Semiconductors, Janvier 2017
406. Hamilton A., Report on Manufactures
407. Jackson J K., « The committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) », *CRS Report for Congress*, RL33388, mis à jour le 14 février 2020, 41 p.
408. Keller A.A., Health and Environmental Assessment of MTBE: The California Perspective, 1998
409. Seitzinger M.V., « Foreign Investment in the United States: Major Federal Statutory Restrictions », *CRS Report for Congress*, RL33103, 17 juin 2013, 15 p.
410. United States Secretary of the Treasury, CFIUS and the Protection of the National Security in the Dubai Ports World Bid for Port Operations, le 24 février 2006

- 411. United States Secretary of the Treasury, Statement On The President's Decision Regarding Lattice Semiconductor Corporation, le 13 septembre 2017
- 412. The United Department of Justice, Ultra Electronics Abandons Its Proposed Acquisition of Sparton Corp. After Department of Justice Expresses Concerns, le 5 mars 2018

3-Canada

- 413. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2009-2010, 24p
- 414. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2010-2011 2011-2012 2012-2013, 20p
- 415. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2013-2014, 10p
- 416. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2014-2015, 14p
- 417. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2015-2016, 15p
- 418. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2016-2017, 19 p
- 419. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2017-2018, 30 p
- 420. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2018-2019, 25 p
- 421. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2019-2020, 27p. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2019-2020, 27p.
- 422. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2020-2021, 28p.
- 423. Innovation, Sciences et Développement économique Canada, Rapport Annuel 2021-2022, 30p.
- 424. Outil de navigation relatif aux normes en matière de RSE, 2018, 126p.

4-Australie

- 425. ACCSR, The 10th Year-Progress and Prospects for CSR in Australia and New Zealand
- 426. Foreign Investment Review Board, Report 1984-85, ix.,59 p.
- 427. Foreign Investment Review Board, Report 1986-87, vii.,70 p.
- 428. Foreign Investment Review Board, Report 2001-02, viii.,177 p.
- 429. Foreign Investment Review Board, Report 2002-03, vii.,178 p.
- 430. Foreign Investment Review Board, Report 2003-04, vii.,206 p.
- 431. Foreign Investment Review Board, Report 2005-06, xvi.,213 p.
- 432. Foreign Investment Review Board, Report 2006-07, xvi., 226 p.
- 433. Foreign Investment Review Board, Report 2007-08, xvi., 227 p.
- 434. Foreign Investment Review Board, Report 2008-09, xv., 60 p.
- 435. Foreign Investment Review Board, Report 2009-10, xv., 58 p.
- 436. Foreign Investment Review Board, Report 2010-11, xv., 39 p.
- 437. Foreign Investment Review Board, Report 2011-12, xi., 61 p.
- 438. Foreign Investment Review Board, Report 2012-13, ix., 67 p.
- 439. Foreign Investment Review Board, Report 2013-14, xi., 65 p.
- 440. Foreign Investment Review Board, Report 2014-15, xii., 47 p.

- 441. Foreign Investment Review Board, Report 2015-16, xii., 58 p.
- 442. Foreign Investment Review Board, Report 2016-17, vii., 64 p.
- 443. Foreign Investment Review Board, Report 2017-18, vii., 75 p.
- 444. Foreign Investment Review Board, Report 2018-19, ix., 65 p.
- 445. Foreign Investment Review Board, Report 2019-20, xiv., 67 p.
- 446. Foreign Investment Review Board, Report 2020-21, viii., 64 p.
- 447. Security of Critical Infrastructure Act 2018 2020-21 Annual Report, 6 p.
- 448. Appendix I: Security of Critical Infrastructure Act 2018 – 2021–22 Annual Report [en ligne: <https://www.transparency.gov.au/annual-reports/department-home-affairs/reporting-year/2021-22-25>] [consulté le 18 avril 2023]

5-Royaume Uni

- 449. Committee on International Development, « Eighth Report Annex II the Golden Share », Juin 1998
- 450. Competition and Market Authority, Connect Bidco / Inmarsat merger inquiry, publié le 16 juillet 2019
- 451. Competition and Market Authority, A report to the Secretary of State for Business, Energy & Industrial Strategy on the anticipated acquisition by AI Convoy Bidco Limited of Cobham Plc, publié le 29 octobre 2019
- 452. Competition and Markets Authority, Cobham / Ultra Electronics merger inquiry, publié le 19 août 2021, mis à jour le 17 janvier 2022
- 453. Competition and Markets Authority, NVIDIA / Arm merger inquiry, publié le 6 janvier 2021, mis à jour le 8 février 2022
- 454. Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition by NVIDIA Corporation of ARM Limite Cancellation of merger reference, le 8 février 2022
- 455. Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition of Ultra Electronics Holdings PLC by Cobham Ultra Acquisitions Limited Notice of proposed undertaking offered by the parties, publié le 3 juillet 2022
- 456. Competition and Markets Authority, Anticipated acquisition of Ultra Electronics Holdings PLC by Cobham Ultra Acquisitions Limited Notice of acceptance of undertaking given by Cobham Ultra Acquisitions Limited and Ultra Electronics Holdings PLC pursuant to Paragraph 3(2) of Schedule 7 to the Enterprise Act 2002, publié le 6 juillet 2022
- 457. Departement for Business, Energy & Industrial Strategy and The Rt Hon Andrea Leadsom PM, Decision relating to the proposed acquisition of Cobham Plc by AI Convoy Bidco Limited, le 20 décembre 2019
- 458. Department for Digital, Culture, Media & Sport and The Rt Hon Baroness Nicky Morgan, Proposed Acquisition of Inmarsat plc by Connect Bidco Limited, le 9 octobre 2019
- 459. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Decision relating to the proposed acquisition of Mettis Aerospace by Aerostar: CMA report, le 13 février 2020
- 460. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Decision relating to the proposed acquisition of Mettis Aerospace by Aerostar, decision notice, le 26 février 2020
- 461. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Proposed acquisition of Impcross by Gardner Aerospace: draft undertakings, publié le 17 juin 2020
- 462. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, National Security and Investment Act 2021: Annual Report 2022, juin 2022

463. Department for Business, Energy & Industrial Strategy, National Security and Investment Act 2021: Annual Report 2022-2023 1st April 2022-31 March 2023, juillet 2023

6-Union européenne

464. Commission Européenne, Premier rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers COM(2021)714 final, le 23 novembre 2021
465. Commission Européenne, Deuxième rapport annuel sur le filtrage des investissements directs étrangers SWD(2022)219 final, le 1^{er} septembre 2022

7-Nations Unies

466. Communication du Corporate Counsel International Arbitration Group au Groupe de travail III de la CNUDCI, Réforme du mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats (RDIE), le 18 décembre 2019, 23p.
467. Nations Unies, Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, UN doc. A/CN.4/L.702, 18 juillet 2006
468. Nations Unies, La commission du droit international et son œuvre, 7^{ème} édition, volume I, 2009
469. UNCTAD, World Investment Report 2023, xix, 205 p.
470. UNCTAD, World Investment Report 2022, xvii, 219 p.
471. UNCTAD, World Investment Report 2021, iv, 257 p.
472. UNCTAD, World Investment Report 2020, xvi, 247 p.
473. UNCTAD, World Investment Report 2019, xiv, 221 p.
474. UNCTAD, World Investment Report 2018, xv, 237 p.
475. UNCTAD, World Investment Report 2017, xiv, 237 p.
476. UNCTAD, World Investment Report 2016, xiii, 215 p.
477. UNCTAD, World Investment Report 2015, xiv, 218 p.
478. UNCTAD, World Investment Report 2014, xxxvi, 228 p.
479. UNCTAD, World Investment Report 2013, xxviii, 236 p.
480. UNCTAD, World Investment Report 2012, xxxii, 204 p.
481. UNCTAD, World Investment Report 2011, xxii, 226 p.
482. UNCTAD, World Investment Report 2010, xxxvi, 184 p.
483. UNCTAD, World Investment Report 2009, xxxii, 278 p.
484. UNCTAD, World Investment Report 2008, xxvi, 392 p.
485. UNCTAD, World Investment Report 2007, xiii, 294 p.
486. UNCTAD, World Investment Report 2006, xxxii, 338 p.
487. UNCTAD, World Investment Report 2005, xxxii, 332 p.
488. UNCTAD, World Investment Report 2003, xx, 303 p.
489. UNCTAD, World Investment Report 2001, xxviii, 354 p.
490. UNCTAD, World Investment Report 2000, xxviii, 338 p.
491. UNCTAD, World Investment Report 1998, xxxii, 428 p.
492. UNCTAD, World Investment Report 1997, xxxv, 381 p.
493. UNCTAD, World Investment Report 1995, li, 426 p.
494. UNCTAD, World Investment Report 1992, 355 p.
495. UNCTAD, World Investment Report 1991, 108 p.
496. UNCTAD, Investment Policy Monitor: Special Issue - National Security-Related Screening Mechanisms for Foreign Investment: An Analysis of Recent Policy Developments, Decembre 2019, 17p.

497. UNCTAD, « Global FDI Flows Slip in 2016, Modest Recovery expected in 2017 », *Global Investment Trends Monitor*, n°25, le 1er février 2017, 8 p.
498. UNCTAD, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Appellate and multilateral court mechanisms, A/CN.9/WG.III/WP.185, Thirty-eighth session, 20-24 January 2020

6-OCDE

499. Grodon K., Pohl J, Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey, OECD Working Papers on International Investment 2011/01, 32p.
500. OCDE, Améliorer le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et états : vue d'ensemble, Document de travail sur l'investissement international, Numéro 2006/1, février 2006
501. OECD, guidelines for recipient country investment policies relating to national security, 2009, 4p.
502. Wehrlé F., Pohl J., Investment Policies Related to National Security: A Survey of Country Practices, OECD Working Papers on International Investment 2016/02, 80 p.

7-Autre

503. Bernasconi-Osterwalder N., Hoffman R.T., « The German Nuclear Phase-Out Put to the Test in International Investment Arbitration? Background to the new dispute *Vattenfall v. Germany (II)* », *IISD*, juin 2012, 14p.
504. Dreher *et al.*, Aid on Demand: African Leaders and the Geography of China's Foreign Assistance, AidData Working Paper 3., novembre 2014, 66p.
505. ICSID, Proposals for amendment of the ICSID Rules Working Paper #6, November 2021
506. Jones L., Hameri S., Debunking the Myth of 'debt-trap diplomacy': How Recipient Countries Shape China's Belt and Road Initiative, ChatamHouse, août 2020, 42p.
507. The Institute for Democracy and Economic Affairs, East Coast Rail Link (ECRL), 19p.
508. International Assessment of Marine and Riverine Disposal of Mine Tailings, étude commandée par le Bureau de la Convention et du Protocole de Londres et Affaires maritimes, OMI, en collaboration avec le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) Programme d'action mondial, mai 2013, 138 p.
509. Samaan J-L., L'Iran, grand gagnant de la politique chinoise au Moyen-Orient ?, *IFRI*, 6 juin 2023, 12 p.
510. Schacherer S., Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s, Nathalie Bernasconi-Osterwalder et Martin Dietrich Brauch(dirs.), *IISD*, 2018, 72p.
511. World Bank, Guidelines on the Treatment of foreign Direct Investment 1992
512. WTO, Subsidies disciplines requiring clarification and improvement, Negotiating Group on Rules, Communication from the United States, TN/RL/W/78

7) Presse

En anglais :

513. Abi-Habib M., « How China Got Sri Lanka to Cough Up a Port », *New York Times*, le 25 juin 2018
514. BBC, « Nigeria oil spills 'spark environmental genocide' », *BBC*, le 1er novembre 2019
515. BBC, « New Newport Wafer Fab: 'No decision' on chip plant's sale to Chinese firm », *BBC*, le 2 février 2022
516. Chazan G., « Fujian drops Aixtron offer after US blocks deal », *Financial Times*, le 8 décembre 2016
517. Davis B. et Hayashi Y., « New Trade Representative Says US Isn't Ready to Lift China Tariffs », *The Wall Street Journal*, le 28 mars 2021
518. Duke J., « New Zealand court blocks Fairfax's Stuff and NZME merger plans », *The Sydney Morning Herald*, le 25 septembre 2018
519. Friedman M., « A Friedman doctrine-- The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *New Yorks Times*, 13 september 1970
520. Granville K., « CFIUS, Powerful and Unseen, Is a Gatekeeper on Major Deals », *New York Times*, le 5 mars 2008
521. Hauser C., « After the Ohio Train Derailment: Evacuations, Toxic Chemicals and Water Worries », *The New York Times*, le 6 mars 2023
522. Long H., « The USMCA is finally done. Here's what is in it », *The Washington Post*, le 10 décembre 2019
523. Macalister T., « Endesa accepts raised offer from Eon », *The Guardian*, le 26 mars 2007
524. McLaughlin D., Mohsin S., Rund J., « All About CFIUS, Trump's Watchdog on China Dealmaking », *The Washington Post*, le 15 septembre 2020
525. Rosenthal A., « Bush, Citing Security Law, Voids Sale of Aviation Concern to China », *New York Times*, le 3 février 1990
526. Swanson A., « U.S. to Tax European Aircraft, Agriculture and Other Goods », *New York Times*, le 2 octobre 2019
527. Warren E., « The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose », *The Washington Post*, le 25 février 2015
528. Weisman J., Graham B., « Dubai Firm to Sell U.S. Port Operations Move to End Three-Week Dispute Comes After GOP Lawmakers, Defying Bush, Vowed to Kill Deal », *The Washington Post*, le 10 mars 2006
529. Wells G., Horwitz J., « Facebook CEO Mark Zuckerberg Stoked Washington's Fears About TikTok », *The Washington Street Journal*, le 23 août 2020
530. Wilkes W., « Chinese Takeover of Aixtron Collapses After U.S. Ban », *The Wall Street Journal*, le 8 décembre 2016

En français :

531. AGEFI, « Donald Trump menace de quitter l'Organisation mondiale du Commerce « s'il le faut » », *AGEFI*, le 14 août 2019
532. Amsili S., « Qu'est-ce que l' « Inflation Reduction Act » qui inquiète tant les Européens ? », *Les Echos*, le 29 novembre 2022
533. Andreosso-O'Callaghan B., « La France redécouverte par les investisseurs nippons », *Le Monde*, le 9 décembre 1997
534. Azihari F., « Souveraineté numérique : le nouvel avatar d'un protectionnisme envieux », *La Tribune*, le 11 septembre 2020
535. Balenieri R., Schimitt F., « Exclure Huawei de la 5G nuirait aux intérêts de toute l'industrie française », *Les Echos*, le 12 février 2020

536. Bayart B., « Le Club Med passe sous pavillon chinois », *Le Figaro*, le 4 janvier 2015
537. Bertrand P., « Couche-Tard : l'occasion manquée pour Carrefour », *Les Echos*, le 22 janvier 2021
538. Bloch R., « Pourquoi Trump menace encore de quitter l'OMC », *Les Echos*, le 14 août 2019
539. Bottero L., « Yvon Grosso – MEDEF SUD : « La souveraineté, c'est d'abord ne plus accepter de se laisser dicter les règles du jeu » », *Le Tribune*, le 26 août 2020
540. Bouissou J., « Face au blocage des Etats-Unis, l'Organisation mondiale du commerce dépose les armes », *Le Monde*, le 10 décembre 2019
541. Boutelet C., « La participation chinois dans le port de Hambourg divise la coalition allemande », *Le Monde*, le 22 octobre 2022
542. Cabirol M., « Safran et Sodern : le « Genie Français » au service de la souveraineté des armées », *La Tribune*, le 29 janvier 2021
543. Carl M.P., « Une nouvelle OMC doit voir le jour, sans la Chine », *Les Echos*, le 20 juillet 2020
544. Chappron C., « Les sanctions américaines brisent les ambitions chinoises dans les semi-conducteurs », *AGEFI*, le 26 octobre 2022
545. Cougard M-J, « Un coup de pouce pour aller vers une agriculture plus verte », *Les Echos*, le 4 septembre 2020
546. Counis A., « Défiant Trump, le Royaume-Uni ouvre son réseau 5G à Huawei », *Les Echos*, le 29 janvier 2020
547. Coutansais-Pervinquière A., « Europe : ce qu'il faut retenir du discours d'Emmanuel Macron sur la « souveraineté économique » », *Le Figaro*, le 11 avril 2023
548. Daziano L., « Construire une souveraineté numérique européenne », *Les Echos*, le 15 septembre 2020
549. Dicharry E., « Ça s'est passé en 2015 : le Club Med sous pavillon chinois », *Les Echos*, le 21 décembre 2015
550. Drif A., « La France, championne du contrôle des investisseurs étrangers en Europe », *Les Echos*, le 24 mars 2021
551. Drif A., « L'Etat projette d'étendre aux médias le contrôle des acquisitions étrangères », *Les Echos*, le 16 septembre 2019
552. Dupeyrat P., « Adoption du FIRMA : les Américains en pointe sur le contrôle des investissements étrangers », *Les Echos*, le 16 août 2018
553. Feitz A, Braun P., « L'usine de rails d'Hayange de British Steel attise les convoitises », *Les Echos*, le 5 mars 2020
554. Gemenne F., « Le retour des États-Unis dans l'Accord de Paris, Une bonne nouvelle pour le climat ? », *AGEFI*, le 22 janvier 2021
555. Godement F., « Pourquoi tant de flou, en Europe, autour du cas Huawei », *Les Echos*, le 26 juillet 2019
556. Hiault R., « G7 : Macron en chef d'orchestre pour aplanir les tensions internationales », *Les Echos*, le 25 août 2019
557. Hiault R., « Réforme de l'OMC : un chantier des plus ardues », *Les Echos*, le 26 octobre 2018
558. Hiault R., Le Billon V., « Les États-Unis visent la direction des institutions internationales », *Les Echos*, le 7 septembre 2020
559. Hiault R., « Pourquoi Donald Trump veut faire main basse sur l'OCDE », *Les Echos*, le 11 septembre 2020
560. Houédé P., « Berlin interdit le rachat d'une entreprise allemande par un groupe chinois », *Les Echos*, le 2 août 2018

561. Hubert-Rodier J., « Un 75^e anniversaire de l'ONU marqué par la crise du multilatéralisme », *Les Echos*, le 22 septembre 2020
562. Hubert-Rodier J, Rauline N, « Donald Trump attaque violemment la Chine aux Nations Unies », *Les Echos*, le 24 septembre 2020
563. Latribune, « Donald Trump retire officiellement les Etats-Unis du TPP », *La Tribune*, le 23 janvier 2017
564. Latribune, « Carrefour et Couche-Tard renoncent à leur fusion », *La Tribune*, le 17 janvier 2021
565. Loesekrgu-Pietri A., « Souveraineté technologique : arrêtons les grands discours ! », *La Tribune*, le 8 septembre 2020
566. Le Figaro avec AFP, « L'agence S&P rétrogarde la note de Boeing à BBB », *Le Figaro*, le 17 mars 2020
567. Le Figaro avec AFP, « Course à l'OMC : le candidat britannique promet un poste à un Européen », *Le Figaro*, le 1^{er} octobre 2020
568. Le Figaro avec AFP, « L'Union européenne appelle à une réforme urgente de l'OMC », *Le Figaro*, 16 septembre 2021
569. Le Figaro avec AFP, « Aéronautique : la fusion de Meggitt et Parker-Hannifin inquiète Londres », *Le Figaro*, le 19 octobre 2021
570. Le Monde avec AFP, « La vente de l'aéroport de Toulouse-Blagnac au consortium chinois a bien été finalisée », *Le Monde*, le 6 juillet 2015
571. Le Monde avec AFP, « Australie : Facebook bloque le partage d'articles, y compris pour les services de secours et de santé », *Le Monde*, le 17 février 2021
572. Le Noan. E., associé du cabinet Altermind, « Vers un tournant interventionniste de la politique de concurrence », *Les Echos*, le 17 juin 2019
573. Le Réour Y-M., « Donald Trump relance l'escalade commerciale avec Pékin », *AGEFI*, le 2 août 2019
574. Leparmentier A., « Donald Trump ouvre des territoires protégés de l'Alaska à l'exploration pétrolière », *Le Monde*, le 17 août 2020
575. LeParisien, « Guerre en Ukraine : le président de Chelsea, Roman Abramovitch, accusé de corruption par la BBC », *Le Parisien*, le 15 mars 2022
576. Lories J-P., « De l'extension du domaine de la guerre économique. Vers un CFIUS français ? », *Les Echos*, le 21 février 2018
577. Malingre V., « L'Union européenne « suspend » l'accord sur les investissements avec la Chine », *Le Monde*, le 5 mai 2021
578. Manière P., « 5G : les opérateurs ont reçu des autorisations d'équipements, y compris pour Huawei », *Les Echos*, le 20 juillet 2020
579. Mauduit L., « Villepin offre à Danone une pilule empoisonnée », *Le Monde*, le 30 janvier 2006
580. Miettaux F., « Le pari risqué des Chinois installés au Soudan du Sud », *Le Monde Afrique*, le 28 novembre 2021
581. Mouterde P., « Après l'Espagne et les Pays-Bas, la France se retire du traité sur la charte de l'énergie pour respecter ses ambitions climatiques », *Le Monde*, le 22 octobre 2022
582. Moutot A., « Antitrust : les autorités américaines poursuivent Facebook et réclament son démantèlement », *Les Echos*, le 6 décembre 2020
583. Mudet P., « Pourquoi Couche Tard a peu de chances d'acquiescer Carrefour », *Option Finance*, le 15 janvier 2021
584. Nedelec G., « Les entreprises chinoises, vendeuses nettes d'actifs », *Les Echos*, le 17 septembre 2019

585. Paoli-Lebailly P., « 5G souveraine : comment le projet BCOM fait rebondire Lannion ? », *La Tribune*, le 14 janvier 2021
586. Perrotte D., « Bruxelles s'oppose à la fusion entre Deutsche Börse et LES », *Les Echos*, le 29 mars 2017
587. Perrotte D., « Contrôle des investissements étrangers : les eurodéputés durcissent le ton », *Les Echos*, le 14 février 2018
588. Perrotte D., « Concurrence : Paris et Berlin poussent Bruxelles à faire sa révolution », *Les Echos*, le 6 février 2020
589. Phillippe C., « La France, ultralibérale ou ultraétatiste », *Le Firago*, le 4 novembre 2014
590. Philippot D., « L'Allemagne ferme, un peu, sa porte aux appétits chinois », *Le Figaro*, le 11 novembre 2022
591. Pinaud O., « Carrefour enflamme le débat sur le protectionnisme à la française », *AGEFI*, le 15 janvier 2021
592. Plesse G., « En Australie, la suppression des contenus d'actualité par Facebook fait sensation », *Les Echos*, le 18 février 2021
593. Rauline N., « Donald Trump relance la guerre commerciale », *Les Echos*, le 2 août 2019
594. Rauline N., « Comment Washington fait pression sur ses alliés », *Les Echos*, le 29 janvier 2020
595. Renaud N., « L'Allemagne prend ses distances vis-à-vis de la Chine », *Les Echos*, le 2 septembre 2020
596. Reuters, « USA/Cinéma : AMC rachète Carmike pour \$1,1 milliard », *Les Echos*, le 4 mars 2016
597. Reuters, « L'UE suspend un accord commercial avec la Chine », *La Tribune*, le 21 mai 2021
598. Roland S., « Vaccin : l'Allemagne fait bloc face à l'offre américaine », *Libération*, le 17 mars 2020
599. Rodrik D., « Le « bien social » ou l'illusion d'un nouveau capitalisme », *Les Echos*, le 22 octobre 2020
600. Roulhac B., « Bercy donne le « la » sur le contrôle des investissements étrangers », *AGEFI*, le 12 septembre 2022
601. Schmitt Fabienne, « Le double jeu de l'Etat français », *Les Echos*, le 29 janvier 2020
602. Schaeffer F., « Sept ans après l'ouverture des négociations et une trentaine de cycles de pourparlers plus tard, Bruxelles attend un geste fort de Pékin », *Les Echos*, le 14 septembre 2020
603. Schaeffer F., « Les investissements chinois en Europe au plus bas depuis dix ans », *Les Echos*, le 21 juin 2021
604. Spitz B., « Le G7, possible levier d'un nouvel ordre mondial », *Les Echos*, le 22 août 2019
605. Steinmann L., « La Commission européenne justifie son rejet de la fusion Alstom-Siemens », *Les Echos*, le 7 février 2019
606. Schaeffer F., « Les investissements chinois en Europe au plus bas depuis dix ans », *Les Echos*, le 21 juin 2021
607. Steinmann L., « La Commission européenne justifie son rejet de la fusion Alstom-Siemens », *Les Echos*, le 7 février 2019

8) Internet

En anglais :

608. Aerssen R.V., Mordaunt A., Riegen A.V., French D., « Midea-Kuka case study: A blueprint for Chinese outbound investment », *Freshfields Bruckhaus Deringer*, [s.n.] [en ligne : <https://www.freshfields.com/en-gb/what-we-do/case-studies/midea-kuka-case-study/>] [consulté le 8 avril 2022]
609. AFT, « US tries to block Chinese purchase of Aixtron », *The Local de*, le 3 décembre 2016 [en ligne: <https://www.thelocal.de/20161203/us-tries-to-block-chinese-purchase-of-germanys-aixtron/>] [consulté le 11 juin 2021]
610. AFP, « Portugal: l'OPA de China Three Gorges sur EDP refusée par les actionnaires », *APF*, le 24 avril 2019 [en ligne : <https://www.connaissancedesenergies.org/afp/portugal-lopa-de-china-three-gorges-sur-edp-refusee-par-les-actionnaires-190424>] [consulté le 24 février 2022]
611. Alert C., « M&A Guide to CFIUS: Deciding Whether to Submit Voluntarily to CFIUS Review », *Cooley*, le 27 février 2018 [en ligne: <https://www.cooley.com/news/insight/2018/2018-02-27-ma-guide-to-cfius>] [consulté le 12 juin 2021]
612. Australian Foreign Investment Review Board, Communiqué de presse, « Q&A – Temporary changes to foreign investment framework », le 29 mars 2020 [en ligne : <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>] [consulté le 26 février 2022]
613. Barbière C., « France and Germany to form united front against ISDS », *Euractiv.fr*, le 15 janvier 2015 [en ligne : <https://www.euractiv.com/section/trade-society/news/france-and-germany-to-form-united-front-against-isds/>] [consulté le 20 novembre 2022]
614. Bell A., « Genworth Ends China Oceanwide Merger Agreement », *ThinkAdvisor*, le 7 avril 2021 [en ligne : <https://www.thinkadvisor.com/2021/04/07/genworth-ends-china-oceanwide-merger-agreement/>] [consulté le 17 août 2022]
615. Barham R., Owen-Howes R., « New controls over foreign investment in UK strategic infrastructure? The legal background to the threat of increased state intervention », *Dentons*, le 24 novembre 2016 [en ligne: <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2016/november/24/new-barriers-to-foreign-investment-in-uk-strategic-infrastructure>] [consulté le 9 septembre 2022]
616. Bentley Z., « Germany blocks China State Grid bid for 50Hertz, citing “national security” fears », *Infrastructure Investor*, le 27 juillet 2018 [en ligne: <https://www.infrastructureinvestor.com/germany-blocks-china-state-grid-investment-50hertz-citing-national-security-fears/>] [consulté le 9 avril 2022]
617. Bloomberg law, « Shenzhen Energy Plan to Buy Solar Assets Axed After U.S. Rebuff », *Bloomberg law*, le 8 août 2018 [en ligne : <https://news.bloomberglaw.com/environment-and-energy/shenzhen-energy-plan-to-buy-solar-assets-axed-after-u-s-rebuff>] [consulté le 24 février 2022]
618. Bloomberg News, « Biden Says He'll Review Trump's China Tariffs, Fueling Yuan Rally », *Bloomberg News*, le 23 mai 2022 [en ligne: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-05-23/yuan-rally-gains-traction-as-biden-ignites-tariff-removal-hope>] [consulté le 24 mai 2022]
619. Bureau of Industry and Security, Communiqué de presse, « Commerce Implements New Export Controls on Advanced Computing and Semiconductor Manufacturing Items to the People's Republic of China (PRC) », le 7 octobre 2022 [en ligne : <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/newsroom/press->

- [releases/3158-2022-10-07-bis-press-release-advanced-computing-and-semiconductor-manufacturing-controls-final/file](#)] [consulté le 26 octobre 2022]
620. Case Hub, « Prosafe/Floatel International », *Lexisnexis UK*, [s. d.] [en ligne: <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/guidance/prosafe-floatel-international-archived>] [consulté le 6 mars 2022]
621. CBC News, « Federal government blocks sale of construction giant Aecon to Chinese interests », *CBC*, le 23 mai 2018 [en ligne : <https://www.cbc.ca/news/politics/canada-blocks-aecon-sale-china-1.4675353>] [consulté le 24 février 2022]
622. Chan J., « China's Bid for Unocal Heightens Tension with the US », *World Socialist Web Site*, 5 Juillet 2005, [en ligne: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2005-jun-25-fi-uschina25-story.html>] [consulté le 6 juin 2021]
623. Chudleigh C., Jennings M., Haigh B., « Overhaul of Australia's Foreign Investment Regime Proposed », *HFW*, juin 2021 [en ligne : <https://www.hfw.com/Overhaul-of-Australias-foreign-investment-regime-proposed>] [consulté le 23 novembre 2022]
624. Commission Européen, « EU and Mercosur reach agreement on trade », le 28 juin 2019 [en ligne : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2039>] [consulté le 17 décembre 2021]
625. Commission Européenne, « EU Member States sign an agreement for the termination of intra-EU bilateral investment treaties », le 5 mai 2020 [en ligne : https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en] [consulté le 11 décembre 2021]
626. Communiqué de presse de Cowen Group Inc., « Cowen And Cefc China Announce Mutual Agreement To Withdraw From Filing With The Committee On Foreign Investment In The United States (CFIUS) », le 24 novembre 2017 [en ligne : <https://www.cowen.com/news/cowen-and-cefc-china-announce-mutual-agreement-to-withdraw-from-filing-with-the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/>] [consulté le 21 février 2022]
627. Communiqué de presse de Cree, « Cree Announces termination of Wolfspeed and Infineon sale transaction Wolfspeed to be reintegrated into Cree », le 16 février 2017 [en ligne : <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/895419/000089541917000021/ex9918k021617.htm>] [consulté le 21 février 2022]
628. Communiqué de presse de Hydro, « Hydro and Rio Tinto end acquisition process for Icelandic aluminium plant ISAL », le 14 septembre 2018 [en ligne : <https://www.hydro.com/en/media/news/2018/hydro-and-rio-tinto-end-acquisition-process-for-icelandic-aluminium-plant-isal/>] [consulté le 25 février 2022]
629. Communiqué de presse de Land Information New Zealand, « Overseas Investment Office declines consent to TIP-HNA », le 21 décembre 2017 [en ligne : <https://www.linz.govt.nz/news/2017-12/overseas-investment-office-declines-consent-tip-hna>] [consulté le 7 mars 2021]
630. Communiqué de presse de Nuheara, « Response to Media Speculation », le 4 juillet 2019 [en ligne : <https://www.nuheara.com/usa/news/response-to-media-speculation/>] [consulté le 26 février 2022]
631. Communiqué de presse de Rolls-Royce, « Rolls-Royce signs agreement to sell Bergen Engines to TMH group », le 4 février 2021 [en ligne <https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2021/04-02-2021-rr-signs-agreement-to-sell-bergen-engines-to-tmh-group.aspx>] [consulté le 17 août 2022]

632. Communiqué de presse de Westpac, « Westpac Pacific sale to Kina Bank to no longer proceed », le 22 septembre 2021, [en ligne : <https://www.westpac.com.au/about-westpac/media/media-releases/2021/22-september/>] [consulté le 18 août 2022]
633. Communiqué de presse de Willis Tower Watson, « Willis Towers Watson announces agreement to sell Willis Re to Gallagher », le 13 août 2021, [en ligne : <https://www.wtwco.com/en-MU/News/2021/08/Willis-Towers-Watson-announces-agreement-to-sell-Willis-Re-to-Gallagher>] [consulté le 18 août 2022]
634. Covington Alert, « President Trump Orders Divestiture of StayNTouch, Inc. by Shiji Group of China », *Covington*, le 9 mars 2020 [en ligne: <https://www.cov.com/en/news-and-insights/insights/2020/03/president-trump-orders-divestiture-of-stayntouch-inc-by-shiji-group-of-china>] [consulté le 24 avril 2023]
635. Cote C., « What is a CSR Report & Why is it Important? », *Harvard Business School Online*, le 20 avril 2021, [en ligne: <https://online.hbs.edu/blog/post/what-is-a-csr-report>] [consulté le 11 septembre 2022]
636. Dhanjal S.S., « Aurobindo Pharma calls off \$1 billion deal with Sandoz after failing to get FTC nod », *Mint*, le 2 avril 2020, [en ligne : <https://www.livemint.com/companies/news/aurobindo-pharma-calls-off-1-billion-deal-with-sandoz-after-failing-to-get-ftc-nod-11585801128011.html>] [consulté le 7 mars 2022]
637. Donnelly J., « \$1 billion CIMC – Maersk reefer deal scrapped following competition concerns », *porttechnology*, le 25 août 2022 [en ligne: <https://www.porttechnology.org/news/1-billion-cimc-maersk-reefer-deal-scrapped/>] [consulté le 27 octobre 2022]
638. Energy Facts Staff Writer, « Prosafe announced extension of merger agreement with Floatel International », *Energy Facts*, le 5 janvier 2020 [en ligne: <https://www.energyfacts.eu/prosafe-announced-extension-of-merger-agreement-with-floatel-international/>] [consulté le 6 mars 2022]
639. Eastern Daylight Time, « Horizon Global Announces Termination of Brink Acquisition Agreement », *Businesswire*, le 15 juin 2018 [en ligne : <https://www.businesswire.com/news/home/20180615005294/en/Horizon-Global-Announces-Termination-of-Brink-Acquisition-Agreement>] [consulté le 25 février 2022]
640. ES&E, « Environmental concerns must be addressed before Canada permits PCB waste exports », *ES&E*, mai 1996 [en ligne: <https://esemag.com/archives/environmental-concerns-must-be-addressed-before-canada-permits-pcb-waste-exports/>] [consulté le 30 juillet 2021]
641. Est, « MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. cancelled the acquisition of 94.7% stake in Grupo Media Capital, SGPS, S.A. from Vertix SGPS, S.A. », *MarketScreener*, le 18 juin 2019 [en ligne : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/GRUPO-MEDIA-CAPITAL-SGPS-5804/news/MEO-Servicos-de-Comunicacoes-e-Multimedia-S-A-cancelled-the-acquisition-of-94-7-stake-in-Grupo-34676656/>] [consulté le 25 février 2022]
642. Est, « Jangho Curtain Wall Hong Kong Limited cancelled the acquisition of 84.07% stake in Healius Limited », *MarketScreener*, le 1er juillet 2019 [en ligne : <https://www.marketscreener.com/quote/stock/HEALIUS-LIMITED-47469880/news/Jangho-Curtain-Wall-Hong-Kong-Limited-cancelled-the-acquisition-of-84-07-stake-in-Healius-Limited-34462970/>] [consulté le 24 février 2022]
643. European Commission, Summary of discussions on a multilateral investment court, le 13 décembre 2016 [en ligne: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1606>] [consulté le 23 novembre 2021]

644. European Commission, A future multilateral investment court, le 13 décembre 2016 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_4350] [consulté le 23 novembre 2021]
645. Ewing-Chow M., Losari J.J., « The RCEP Investment Chapter: A State-to-State WTO Style System For Now », *Kluwer Arbitration Blog*, le 8 décembre 2020 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/12/08/the-rcep-investment-chapter-a-state-to-state-wto-style-system-for-now/>] [consulté le 4 octobre 2022]
646. Fassot F., « Draka Fileca reste dans le giron de prysmian », *ViPress.net*, le 22 juin 2020 [en ligne : <https://vipress.net/draka-fileca-reste-dans-le-giron-de-prysmian/>] [consulté le 7 mars 2022]
647. Foreign Investment Review Board, « Q&A – Temporary changes to foreign investment framework », [s.n.] [en ligne: <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>] [consulté le 30 mars 2022]
648. Fouchard C., Thieffry V., « CJEU Ruling in Moldova v. Komstroy: the End of Intra-EU Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty (and a Restrictive Interpretation of the Notion of Protected Investment) », *Kluwer Arbitration Blog*, le 7 septembre 2021 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/07/cjeu-ruling-in-moldova-v-komstroy-the-end-of-intra-eu-investment-arbitration-under-the-energy-charter-treaty-and-a-restrictive-interpretation-of-the-notion-of-protected-investment/>] [consulté le 19 novembre 2022]
649. Fung B., « TikTok is a national security threat, US politicians say. Here's what experts think », *CNN Business*, le 9 juillet 2020 [en ligne : <https://edition.cnn.com/2020/07/09/tech/tiktok-security-threat/index.html>] [consulté le 14 juin 2021]
650. Friends of the Earth International, « Shell: no progress in Niger Delta clean-up., Friends of the Earth International », le 4 août 2014 [en ligne: <https://www.foei.org/news/shell-no-progress-in-niger-delta-clean-up>] [consulté le 6 octobre 2021]
651. Gaouette N., « Tillerson Raps China as « predatory » rule breaker », *CNN*, le 19 octobre 2017 [en ligne: <https://edition.cnn.com/2017/10/18/politics/tillerson-china-rebuke-speech/index.html>] [consulté le 7 octobre 2022]
652. Gates A., Johnston J., Hamzo N. *et al.*, « Canada introduces legislation to strengthen the National Security Provisions of the Investment Canada Act », *Baker McKenzie*, le 21 décembre 2022 [en ligne: <https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2022/12/21/canada-introduces-legislation-to-strengthen-the-national-security-provisions-of-the-investment-canada-act/>] [consulté le 16 avril 2023]
653. George E., « Can Corporate Social Responsibility Be Legally Enforced? », *University of Houston Energy Fellows*, le 11 octobre 2019, [en ligne: <https://www.forbes.com/sites/uhenergy/2019/10/11/can-corporate-social-responsibility-be-legally-enforced/?sh=236d0a5e3d44>] [consulté le 11 septembre 2022]
654. Giovannini T., « What are the grounds on which awards are most often set aside? », *The Institute for Transnational Arbitration's Eleventh Annual Workshop/Dallas*, le 15 juin 2000, p.1-16 [en ligne: https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2019/10/tgi_what_are_the_grounds.pdf] [consulté le 29 juillet 2021]
655. Girardet P., Saha R., Cheng A., « UK Government Sharpens its Screening Tools for Foreign Investments », *Willkie Farr & Gallacher Covid-19 News of Interest*, le 24 juin 2020, p.1-6 [en ligne: <https://www.willkie.com/>]

- [/media/files/publications/2020/06/ukgovernmentsharpensitsscreeningtoolsforforeigninv.pdf](#)] [consulté le 24 février 2022]
656. Gokkon B., « With its \$3.85b mine takeover, Indonesia inherits a \$13b pollution problem », *Mongabay*, le 14 janvier 2019 [en ligne: <https://news.mongabay.com/2019/01/with-its-3-85b-mine-takeover-indonesia-inherits-a-13b-pollution-problem/>] [consulté le 4 octobre 2021]
657. Gooding M., « ‘We are here to stay’: Nexperia has no plans to close Newport Wafer Fab, says UK boss », *Techmonitor*, le 5 juillet 2022 [en ligne: <https://techmonitor.ai/technology/silicon/nexperia-newport-wafer-fab>] [consulté le 19 août 2022]
658. Grädler T., Hansen A., « The Amendments(s) of the Law and the Ordinance on Foreign Trade and Payments », *Honert Newsletter*, le 30 juin 2020[en ligne: <https://honert.de/en/the-amendments-of-the-law-and-the-ordinance-on-foreign-trade-and-payments/>] [consulté le 9 avril 2022]
659. Gralla J., « AIG, NY-NJ OK pact with DP World for Newark port », *Reuters*, le 17 février 2007 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-newyorknewjersey-ports-idUSN1665883120070217>] [consulté le 6 juin 2021]
660. Gramsch M., Bertling S., « Germany expands its Foreign Direct Investment screening », *Simons Simons*, le 6 mai 2021[en ligne : <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/ckocreu801fao0967t72ar9vb/germany-expands-its-foreign-direct-investment-screening>] [consulté le 26 février 2022]
661. Grub M., Hempel R., Hammond J., « Tighter Regulations for M&A Transactions Involving Non-EU Investors », *CMS*, août 2017, [en ligne : <https://cms.law/en/deu/publication/tighter-regulations-for-m-a-transactions-involving-non-eu-investors>] [consulté le 9 avril 2022]
662. Harley-Mekeown L., « Bill Ackman forced to abandon Universal Music SPAC deal by SEC », *Yahoo!Finance*, le 19 juillet 2021, [en ligne : https://uk.finance.yahoo.com/news/pershing-square-universal-music-group-spac-deal-taylor-swift-lady-gaga-104412576.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAEdOGDyphh5mPEbiZWvmttGfBuWX4avRp1E7qFmykgAEt1XbkJpeA7zUNx6hw5zOFgyKgWjgehjyJ_6KRqbev_sXK7C4-jNfkMujxWyFUzHkK2UDsi4II2M0AwL_SfqPITsw8zdgB6oy0Q7GILuNQ5aAnfCorUJUvfcs-QbcT0w] [consulté le 18 août 2022]
663. Heinrich T., Kuhn T., Wienke T-M., « Foreign direct investment reviews 2021 : Germany », *White & Case*, le 20 décembre 2021[en ligne: <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/foreign-direct-investment-reviews-2021-germany>] [consulté le 19 août 2022]
664. Home A., « Column: Canada slams the door on China in critical minerals race », *Reuters*, le 7 novembre 2022[en ligne: <https://www.reuters.com/markets/commodities/canada-slams-door-china-critical-minerals-race-2022-11-07/>] [consulté le 25 novembre 2022]
665. Horwitz J., « US case against Huawei CFO revealed in Canadian court », *CNN Business*, le 9 décembre 2018[en ligne: <https://edition.cnn.com/2018/12/07/tech/huawei-cfo-us-case/index.html>] [consulté le 18 septembre 2022]
666. ICSID, About the ICSID Rule Amendments [en ligne: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/amendments/about>] [consulté le 26 novembre 2021]

667. International Energy Charter, Modernisation du traité[<https://www.energychartertreaty.org/fr/modernisation-du-traite/>][consulté le 18 décembre 2021]
668. Investment Policy Monitor, « Lower screening threshold for agricultural land purchases for foreign investors », *Investment Policy Hub*, le 1er mars 2015[en ligne: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/2785/australia-lower-screening-threshold-for-agricultural-land-purchases-for-foreign-investors>][consulté le 19 mars 2022]
669. Iritani E., « Chinese Bid for Unocal Stirs UP Issues», *Los Angeles Times*, 25 juin 2005 [en ligne: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2005-jun-25-fi-uschina25-story.html>][consulté le 6 juin 2021]
670. Jalinous F., Mildorf K., Scholmig K., « CFIUS : President Trump Blocks Acquisition of Lattice Semiconductor by Canyon Bridge », *White & Case*, le 13 septembre 2017 [en ligne: <https://www.whitecase.com/publications/alert/cfius-president-trump-blocks-acquisition-lattice-semiconductor-canyon-bridge>] [consulté le 12 juin 2021]
671. Jalinous F., Mildorf K., Scholmig K., Sowerby S.J., et autres, « CFIUS Reform Becomes Law : What FIRRMA Means for Industry », *White & Case*, août 2018[en ligne: <https://www.whitecase.com/publications/alert/cfius-reform-becomes-law-what-firma-means-industry#:~:text=FIRRMA%20requires%20that%20declarations%20be,potential%20waivers%20for%20some%20foreign>] [consulté le 12 décembre 2020]
672. Jacobs J., Parker M, Wingrove J., « Trump Wants \$5 Billion From TikTok Deal for History Project», *Bloomberg*, le 20 septembre 2020 [en ligne: <https://www.bloombergquint.com/politics/trump-wants-5-billion-from-tiktok-deal-for-new-history-project>][consulté le 15 juin 2021]
673. Jacobson P., « Revealed: Australian miner used arbitration threat to upend Indonesian environmental law », *Mongabay*, le 15 septembre 2016 [en ligne: <https://news.mongabay.com/2016/09/revealed-australian-miner-used-arbitration-threat-to-upend-indonesian-environmental-law/>][consulté le 4 octobre 2021]
674. Jaime M-L, « Could an Appellate Review Mechanism “Fix” the ISDS System? », *Kluwer Arbitration Blog*, le 11 février 2021 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/11/could-an-appellate-review-mechanism-fix-the-isds-system/>] [consulté le 5 octobre 2021]
675. Jalinous F. Mildorf K., Schomig K., Brayton-Lewis C., « CFIUS Reform Becomes Law: What FIRRMA Means for Industry », *White&Case*, 13 août 2018[en ligne: <https://www.whitecase.com/publications/alert/cfius-reform-becomes-law-what-firma-means-industry>][consulté le 22 mai 2019]
676. Jiang S., « Huawei's AT&T U.S. smartphone deal collapses », *Reuters*, le 8 janvier 2018 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-at-t-huawei-tech-idUSKBN1EX29E>] [consulté le 13 juin 2021]
677. Johnson K., « U.S. Effort to Depart WTO Gathers Momentum », *FP*, 27 mai 2020 [en ligne: <https://foreignpolicy.com/2020/05/27/world-trade-organization-united-states-departure-china/>][consulté le 6 octobre 2021]
678. Kammer C., « The extension of foreign investment control in Germany », *Reed Smith Client Alerts*, le 21 janvier 2019[en ligne: <https://www.reedsmith.com/fr/perspectives/2019/01/the-extension-of-foreign-investment-control-in-germany>] [consulté le 9 avril 2022]
679. Karim N. , « Ottawa takes steps to offset China's dominance of EV supply chain », *Financial Post*, le 1er novembre 2022[en ligne:

- https://financialpost.com/commodities/mining/foreign-entry-canada-critical-minerals?_ga=2.183378659.47825842.1669369364-1395101857.1669369364&_gl=1*1htho11*_ga*MTM5NTEwMTg1Ny4xNjY5MzY5MzY0*_ga_TFOH3FRKJP*MTY2OTM4NTMyNi40LjEuMTY2OTM4NTQyOS4yMS4wLjA. [[consulté le 25 novembre 2022]
680. Karsny R., Youglai R., « U.S. lawmakers air concerns about Smithfield-Shuanghui deal », *Reuters*, le 5 juin 2013 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-smithfield-shuanghui-congress/u-s-lawmakers-air-concerns-about-smithfield-shuanghui-deal-idUSBRE9540YN20130605>] [consulté le 11 juin 2021]
681. Kehoe J., « China Mengniu takeover of Lion Dairy collapses », *Financial Review*, 25 août 2020 [en ligne: <https://www.afr.com/companies/manufacturing/china-mengniu-takeover-of-lion-dairy-collapses-20200825-p55p0w>] [consulté le 6 mars 2022]
682. Kettley S., « Boris Johnson sent China warning as Xi eyes up UK's £285m lithium goldmine », *Express.co.uk*, le 8 décembre 2021 [en ligne: <https://www.express.co.uk/news/science/1532771/boris-johnson-china-warning-xi-jinping-uk-bacanora-lithium-miner-takeover>] [consulté le 7 avril 2022]
683. Kinnear L., « Does Government Have a Role to Play in Corporate Social Responsibility? », *GivingForce*, [s. d.], [en ligne: <https://www.givingforce.com/blog/does-government-have-a-role-to-play-in-corporate-social-responsibility>] [consulté le 11 septembre 2022]
684. Konstantinov I., « German Supply Chain Act (LkSG): Due Diligence Obligations Explained », *Circularise*, le 19 avril 2022 [en ligne : [https://www.circularise.com/blog/german-supply-chain-act-due-diligence-obligations-explained#:~:text=The%20German%20Supply%20Chain%20Act%20\(LkSG\)%20is%20the%20first%20legislative,the%20German%20Supply%20Chain%20Act](https://www.circularise.com/blog/german-supply-chain-act-due-diligence-obligations-explained#:~:text=The%20German%20Supply%20Chain%20Act%20(LkSG)%20is%20the%20first%20legislative,the%20German%20Supply%20Chain%20Act)] [le 11 septembre 2022]
685. Lee J., « Flying the flag for GB! Rolls-Royce will remain British in spite of foreign investment », *Express*, le 2 juillet 2022 [en ligne: <https://www.express.co.uk/news/science/1633474/rolls-royce-british-defence-foreign-investment-bae-systems-china>] [consulté le 18 avril 2023]
686. Letter from the Governments of France, Germany and Italy, février 2017 [en ligne : https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/schreiben-de-fr-it-an-malmstroem.pdf?__blob=publicationFile&v=5] [consulté le 21 août 2021]
687. Levy N., Dolmans M., Subiotto R., Sarkar T., « Preston M.J., UK Government Prohibits Acquisition of UK Supplier of Military Aircraft Components », *Cleary Gottlieb*, le 22 septembre 2020 [en ligne: <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/uk-government-prohibits-acquisition-of-uk-supplier-of-military-aircraft-components>] [consulté le 7 avril 2022]
688. Lin L-W., « Mandatory Corporate Social Responsibility Legislation around the World: Emergent Varieties and National Experiences », *Oxford Business Law Blog*, le 18 novembre 2020, [en ligne: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/11/mandatory-corporate-social-responsibility-legislation-around-world>] [consulté le 11 septembre 2022]
689. Lumsden A., « The “National Interest Test” and Australian Foreign Investment Laws », *UNSW Centre for Law Markets and Regulation*, [s. d.] [en ligne: <https://clmr.unsw.edu.au/article/market-conduct-regulation/state-capital/the-%E2%80%9Cnational-interest-test%E2%80%9D-and-australian-foreign-investment-laws#:~:text=The%20national%20interest%20test%20has.of%20Australia's%20foreign%20investment%20policy.>] [consulté le 25 mars 2022]

690. Maberry J. S., Mays L.C., Wang J., « China Tariffs: USTR Requests Comments for Review of Section 301 Tariffs », *Lexology*, le 17 octobre 2022 [en ligne: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7ce5aeaf-19b7-483f-b61d-4eaebfd6f75f>] [consulté le 11 décembre 2022]
691. Magnachip Semiconductor Corporation, « Magnachip and Wise Road Capital Announce Withdrawal of CFIUS Filing and Mutual Termination of Merger Agreement », *Cision*, le 13 décembre 2021 [en ligne : <https://www.prnewswire.com/news-releases/magnachip-and-wise-road-capital-announce-withdrawal-of-cfius-filing-and-mutual-termination-of-merger-agreement-301443561.html>] [consulté le 17 août 2022]
692. Manganaro J., « Aon-Willis Towers Watson Merger Proposal Called Off », *Plansponsor*, le 26 juillet 2021, [en ligne : <https://www.plansponsor.com/aon-willis-towers-watson-merger-proposal-called-off/>] [consulté le 17 août 2022]
693. Mann H., « The Final decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles », *IISD*, août 2005 [en ligne: <https://www.iisd.org/articles/final-decision-methanex-v-united-states-some-new-wine-some-new-bottles>] [consulté le 20 juillet 2021]
694. Mann S., Mobley S.J., Evans R., « UK National Security and Investment Bill granted Royal Assent ahead of expected commencement in late 2021 », *Baker McKenzie*, le 29 avril 2021 [en ligne : <https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2021/04/29/uk-national-security-and-investment-bill-granted-royal-assent-ahead-of-expected-commencement-in-late-2021/>] [consulté le 26 février 2022]
695. MarketScreener, « VI Investment Corporation cancelled the acquisition of JT Savings Bank Co., Ltd from J Trust Co., Ltd. », *MarketScreener*, le 31 mars 2021, [en ligne : <https://m.marketscreener.com/quote/stock/J-TRUST-CO-LTD-11551576/news/VI-Investment-Corporation-cancelled-the-acquisition-of-JT-Savings-Bank-Co-Ltd-from-J-Trust-Co-L-33456100/>] [consulté le 18 août 2022]
696. Matsumoto F., « Australia rejects Hong Kong group's bid for pipeline operator », *Nikkei Asia*, le 21 novembre 2018 [en ligne: <https://asia.nikkei.com/Business/Business-deals/Australia-rejects-Hong-Kong-group-s-bid-for-pipeline-operator>] [consulté le 1er avril 2022]
697. McBride J., Chatzky A., Siripurapu A., « What's Next for the Trans-Pacific Partnership (TPP) ? », *Council on Foreign Relations*, le 20 septembre 2021 [en ligne : <https://www.cfr.org/backgrounder/what-trans-pacific-partnership-tpp>] [consulté le 5 octobre 2021]
698. McCrank J., « SEC blocks Chicago Stock Exchange sale to China-based investors », *Reuters*, le 16 février 2018 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-sec-chicagostockexchange-idUSKCN1G000H>] [consulté le 7 mars 2022]
699. MercoPress, « Falklands: Dolphin Fund desists from taking over FIH Group, at this time », *MercoPress*, le 14 avril 2017 [en ligne: <https://en.mercopress.com/2017/04/14/falklands-dolphin-fund-desists-from-taking-over-fih-group-at-this-time>] [consulté le 7 mars 2022]
700. Membres du Parlement européen et national, « Statement on the modernisation of the Energy Charter Treaty », le 3 novembre 2020 [en ligne : <https://www.annacavazzini.eu/statement-on-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>] [consulté le 24 décembre 2021]
701. MiningWatch Canada, « Blackfire adding threats to injury in Mexico: Canadian mining firm looks to pocket \$800 million via NAFTA Ch. 11 », *Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme*, le 22 février 2010 [en ligne: <https://www.business-humanrights.org/fr/derni%C3%A8res->

- [actualit%C3%A9s/blackfire-adding-threats-to-injury-in-mexico-canadian-mining-firm-looks-to-pocket-800-million-via-nafta-ch-11/](#)][consulté le 8 octobre 2010]
702. Mir A., Laciak C., Costello C., « The Foreign Investment Regulation Review: USA », *The LawReviewer*, 17 octobre 2021 [en ligne: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/usa>][le 17 avril 2022]
703. Mobley S.J., Mann S., Evans R., Rickets A., « National Security and Investment Act to enter into full force on 4 January 2022 », *Foreign Investment and National Security Blog*, le 28 juillet 2021 [en ligne: <https://foreigninvestment.bakermckenzie.com/2021/07/28/national-security-and-investment-act-to-enter-into-full-force-on-4-january-2022-2/>][consulté le 5 avril 2022]
704. Moelle H., Traichel C., Wulf J., « Germany: Further Tightening of the Investment Screening Regime for Foreign Investors in Germany and Europe », *World Law Group*, le 24 novembre 2020 [en ligne : <https://www.theworldlawgroup.com/news/further-tightening-of-the-investment-screening-regime-for-foreign-investors-in-germany-and-europe>][consulté le 26 février 2022]
705. Moore D., Lai M., Zhang I., « Foreign Direct Investment Regimes – Australia », *ICLG.com*, [s. d.] [en ligne: <https://iclg.com/practice-areas/foreign-direct-investment-regimes-laws-and-regulations/australia>][consulté le 26 mars 2022]
706. Moreira N. C., « Cooperation and Facilitation Investment Agreements in Brazil: The Path for Host State Development », *Kluwer Arbitration Blog*, le 13 septembre 2018 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/13/cooperation-and-facilitation-investment-agreements-in-brazil-the-path-for-host-state-development/>][consulté le 11 octobre 2021]
707. Mubasher, « Zain KSA not to sell mobile towers to HIS », *Zawya*, le 23 juin 2016 [en ligne : https://www.zawya.com/mena/en/business/story/Zain_KSA_not_to_sell_mobile_towers_to_IHS-SNG_147486185/][consulté le 24 février 2022]
708. Muller A., « Rolls-Royce Falls Back as Golden Share Reality Damps Merger Talk », *Bloomberg*, le 28 mars 2022 [en ligne: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-03-28/rolls-royce-falls-back-as-golden-share-reality-damps-merger-talk?leadSource=verify%20wall>][consulté le 9 septembre 2022]
709. Müller S., Heesing M., « 17th Amendment of the Foreign Trade and Payments Ordinance: renewed tightening of investment screening in Germany », *Lexology*, le 29 avril 2021 [en ligne: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=568ac43d-b725-42ff-a263-62a51690a28b>][consulté le 26 février 2022]
710. Musgrouve J.B., Campbell A.N., Clifford J., Chad J., « 2021 Canadian Merger Notification and Investment Canada Act Review Thresholds Decrease », *Mcmillan*, le 12 février 2021 [en ligne : <https://mcmillan.ca/insights/2021-canadian-merger-notification-and-investment-canada-act-review-thresholds-decrease/#:~:text=Competition%20Act,-The%20Competition%20Act&text=The%20Competition%20Bureau%20has%20announced,place%20for%202020%20and%202019>][consulté le 26 février 2022]
711. Nature Conservancy, « U.S. Re-Entry into Paris Agreement is Critical for Global Collaboration », *Nature Conservancy*, le 19 février 2019 [en ligne : <https://www.nature.org/en-us/newsroom/us-reentry-paris-agreement/>][consulté le 13 juin 2022]

712. Ning S., « Ganfeng Pays USD253 Million for UK's Bacanora to Acquire World's Biggest Lithium Mine Project », *YicaiGlobal*, le 11 août 2022 [en ligne: <https://www.yicaiGlobal.com/news/china-ganfeng-to-pay-usd253-million-to-take-control-of-lithium-clay-project-in-mexico>] [consulté le 19 août 2022]
713. Perez S., « It's time to pay serious attention to TikTok », *TechCrunch*, le 30 janvier 2019 [en ligne: [https://www.glassonweb.com/news/lixil-and-grandland-agree-terminate-planned-permasteelisa-transaction](https://techcrunch.com/2019/01/29/its-time-to-pay-serious-attention-to-tiktok/?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guc e_referrer_sig=AQAAAHyx38H7GUByc4t7x6 iiNcxxV8pucaJdGmmvofs1BkVYgF W2XObpCISRovjSNMkR70-hTNLb1hm22SQhzhKIWoSN1sef4fFLu uY 96UU48yppSkcnth7R9cr9EI2Nos951U X_MXHDWw1BXyyBmzK9EDENAjYcd wjYFuAwNUO] [consulté le 14 juin 2021]</p>
<p>714. Permasteelisa group, « LIXIL and Grandland agree to terminate planned Permasteelisa transaction », <i>GlassOnWeb</i>, le 28 novembre 2018 [en ligne : <a href=)] [consulté le 24 février 2022]
715. Personnel de The Canadian Press, « Hydro One and Avista call off merger, citing Washington and Idaho rejections », *GlobalNews*, le 5 mars 2018 [en ligne: <https://globalnews.ca/news/4881067/hydro-one-and-avista-call-off-merger-citing-washington-and-idaho-rejections/>] [consulté le 26 février 2022]
716. Pham S., « TikTok could be sold to American investors to avert US ban, reports say », *CNN Business*, le 23 juillet 2020 [en ligne: <https://edition.cnn.com/2020/07/23/tech/tiktok-us-investors-hnk-intl/index.html>] [consulté le 15 juin 2021]
717. Potter A., Long K., « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », *The LawReviews*, le 17 octobre 2021 [en ligne: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/united-kingdom#footnote-063>] [consulté le 5 avril 2022]
718. Poulsen S.L., Vis-Dunbar D., « Reflections on Pakistan's investment-treaty program after 50 years: an interview with the former Attorney General of Pakistan, Makhdoom Ali Khan », *IISD*, le 16 mars 2009 [en ligne: <https://www.iisd.org/itn/en/2009/03/16/pakistans-standstill-in-investment-treaty-making-an-interview-with-the-former-attorney-general-of-pakistan-makhdoom-ali-khan/>] [consulté le 3 décembre 2022]
719. Ramintas Mc D., Farooque F., « CK Asset consortium nixes planned A\$13B acquisition of APA Group », *S&P Global Market Intelligence*, le 20 novembre 2018 [en ligne : <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/trending/jphhs3orl8mmw5egsonuig2>] [consulté le 24 février 2022]
720. Reuters, « Gazprom not in talks on UK acquisitions », *Reuters*, le 1er décembre 2007 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/gazprom-uk-acquisitions-idUSL2735540420071127>] [consulté le 4 octobre 2021]
721. Reuters, « Indonesia asks Freeport to submit forest permit », *Reuters*, le 23 février 2000 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/indonesia-freeport-idUSJAK53971320100223>] [consulté le 4 octobre 2021]
722. Reuters, « U.S. clears Smithfield's acquisitions by China's Shuanghui », *Reuters*, le 7 septembre 2013 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-usa-china-smithfield-idUSBRE98513I20130907>] [consulté le 10 juin 2021]
723. Reuters, « Germany wants investment clause scrapped in EU-Canada trade deal », *Euractiv.fr*, le 25 septembre 2014 [en ligne: <https://www.euractiv.com/section/trade->

- [society/news/germany-wants-investment-clause-scrapped-in-eu-canada-trade-deal/](#)] [consulté le 20 novembre 2022]
724. Reuters Staff, « U.S. warned Berlin on China-Aixtron deal: Handelsblatt », *Reuters*, le 26 octobre 2016 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-usa-idUSKCN12Q1A0>] [consulté le 11 juin 2021]
725. Reuters Staff, « Australia's AMA Group calls off Blackstone deal after tax ruling, shares slide », *Reuters*, le 22 juin 2018 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-ama-group-divestiture-regulator-idUSKBN1JI02H>] [consulté le 7 mars 2022]
726. Reuters Staff, « U.S. unseals indictments against China's Huawei and CFO Meng Wanzhou », *Reuters*, le 29 janvier 2019 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-usa-china-huawei-tech-charges/u-s-unseals-indictments-against-chinas-huawei-and-cfo-meng-wanzhou-idUSKCN1PM2H5>] [consulté le 18 septembre 2022]
727. Reuters, « China's Kunlun says U.S approves sale of Grindr to investor group », *Reuters*, 2 juin 2020 [en ligne: www.reuters.com/article/us-grindr-m-a-sanvincente-idUSKBN2352PR] [consulté le 14 juin 2021]
728. Reuters Staff, « Namibia competition watchdog blocks West China Cement's Schwenk deal », *Reuters*, le 5 août 2020, [en ligne : <https://www.reuters.com/article/ozabs-uk-namibia-cement-idAFKCN2511IJ-OZABS>] [consulté le 6 mars 2022]
729. Reuters Staff, « Insurer Genworth terminates \$2.7 billion buyout deal with China Oceanwide », *Reuters*, le 6 avril 2021 [en ligne : <https://www.reuters.com/article/us-genworth-fincl-m-a-china-oceanwide-idUSKBN2BT2UK>] [consulté le 17 août 2022]
730. Roumeliotis G., « U.S. blocks MoneyGram sale to China's Ant Financial on national security concerns », *Reuters*, le 2 janvier 2018 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-moneygram-intl-m-a-ant-financial-idUSKBN1ER1R7>] [consulté le 12 juin 2021]
731. Roumeliotis G., « U.S. blocks chip equipment maker Xcerra's sale to Chinese state fund », *Reuters*, le 23 février 2018 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-xcerra-m-a-hubeixinyan-idUSKCN1G703H>] [consulté le 13 juin 2021]
732. Ryan C., « TransDigm Drops Meggitt Chase, Clearing Path for Lower Offer », *Bloomberg*, le 7 septembre 2021 [en ligne <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-09-07/transdigm-drops-bid-for-meggitt-clearing-path-for-rival-parker>] [consulté le 17 août 2022]
733. Sakalasooriya I., « Hambantota Port sale in perspective », *DailyMirror*, le 17 janvier 2017 [en ligne : <https://www.dailymirror.lk/article/Hambantota-Port-sale-in-perspective-122278.html>] [consulté le 7 octobre 2022]
734. Sanyal K., Australia's foreign investment policy, Publication de Parlement d'Australie [en ligne : https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/BriefingBook44p/AustForeignInvest] [consulté le 19 août 2022]
735. Schröder O., Birmanns S., « The Foreign Investment Regulation Review: Germany », *The LawReviews*, le 17 octobre 2021 [en ligne : <https://thelawreviews.co.uk/title/the-foreign-investment-regulation-review/germany>] [consulté le 8 avril 2022]
736. Scottsdale A., « Carlisle Companies Announces the Termination of its Acquisition of Draka Fileca », *Bloomberg*, le 19 juin 2020 [en ligne : <https://www.bloomberg.com/press-releases/2020-06-19/carlisle-companies-announces-the-termination-of-its-acquisition-of-draka-fileca>] [consulté le 7 mars 2022]
737. Shu C., « Second federal judge rules against Trump administration's TikTok ban », *Techcrunch*, le 8 décembre 2020 [en ligne :

- <https://techcrunch.com/2020/12/07/second-federal-judge-rules-against-trump-administrations-tiktok-ban/>][consulté le 15 juin 2021]
738. Solis M., « China moves to join the CPTPP, but don't expect a fast pass », *Brookings*, le 23 septembre 2021 [en ligne: <https://www.brookings.edu/blog/order-from-chaos/2021/09/23/china-moves-to-join-the-cptpp-but-dont-expect-a-fast-pass/>] [consulté le 14 juin 2022]
739. Spooner J. G., « IBM-Lenovo deal said to get national security review », *CNET*, le 24 janvier 2005 [en ligne : <https://www.cnet.com/tech/computing/ibm-lenovo-deal-said-to-get-national-security-review/>] [consulté le 12 février 2022]
740. Sheahan M., Copley C., « Germany stalls Chinese takeover of Aixtron, citing security worries », *Reuters*, le 24 octobre 2016 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-germany-idUSKCN12O13G>] [consulté le 11 juin 2021]
741. Si M., « Sai MicroElectronics shares down », *ChinaDaily*, le 10 novembre 2022 [en ligne : <https://www.chinadaily.com.cn/a/202211/10/WS636cb814a310491754328fa1.html>] [consulté le 24 novembre 2022]
742. Stehl K., Annweiler M.J., Knop S.D., Moroni A., « Further Tightening of German Investment Screening Rules », *Sidley Industries Insights*, le 17 mai 2021 [en ligne: <https://www.sidley.com/en/insights/newsupdates/2021/05/further-tightening-of-german-investment-screening-rules>] [consulté le 9 avril 2022]
743. Strong W., « Ottawa blocks Chinese takeover of Nunavut gold mine project after national security review », *CBC*, le 22 décembre 2020 [en ligne : <https://www.cbc.ca/news/canada/north/canada-china-tmac-1.5851305>] [consulté le 6 mars 2022]
744. Straus R., « Ministry of Defence gives up QinetiQ veto right to help firm compete more effectively », *Thisismoney*, le 30 mars 2012 [en ligne: <https://www.thisismoney.co.uk/money/markets/article-2122735/Ministry-Defence-gives-QinetiQ-veto-right-help-firm-compete-effectively.html>] [consulté le 9 septembre 2022]
745. Tanchico E., « J&J drops planned \$400M acquisition of Takeda surgical patch – Reuters », *S&P Global Market Intelligence*, le 11 avril 2020, [en ligne: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/j-j-drops-planned-400m-acquisition-of-takeda-surgical-patch-8211-reuters-57999627>] [consulté le 6 mars 2022]
746. TASS, « Norway orders Rolls-Royce to halt Bergen Engines sales to TMH International », *TASS*, le 26 mars 2021 [en ligne : <https://tass.com/economy/1270827>] [consulté le 17 août 2022]
747. Third World Network, « Latin American States form alliance to tackle investment treaties », *TWN*, le 30 avril 2013 [en ligne: <https://www.twn.my/title2/wto.info/2013/twninfo130408.htm>] [consulté le 5 octobre 2021]
748. Tienhaara K., Ranald P., « Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing factors », *IISD*, le 12 juillet 2011 [en ligne: <https://www.iisd.org/itn/en/2011/07/12/australias-rejection-of-investor-state-dispute-settlement-four-potential-contributing-factors/>] [consulté le 6 juin 2023]
749. Trachtman J., « What Aspects of the WTO is the Trump Administration Targeting for Reform? », *Econofact*, 28 janvier 2020 [en ligne : <https://econofact.org/what-aspects-of-the-wto-is-the-trump-administration-targeting-for-reform>] [consulté le 6 octobre 2021]

750. Trade Practitioner, « CFIUS Filing Withdrawn, Deal Abandoned: NavInfo, Tencent, GIC Pte, and HERE International », *Squire Patton Boggs*, le 3 octobre 2017 [en ligne: <https://www.tradepractitioner.com/2017/10/navinfo-tencent-gic-here/>] [consulté le 4 août 2022]
751. Trade Practitioner, « CFIUS Filing Withdrawn, Deal Abandoned: BlueFocus International Limited and Cogint », *Trade Practitioner*, le 27 février 2018[en ligne : <https://www.tradepractitioner.com/2018/02/upcomingnew-cfius-filing-bluefocus-international-limited-and-cogint/>] [consulté le 24 février 2022]
752. Trade Practitioner, « CFIUS Filing Withdrawn, Deal Abandoned: Unic Capital Management, China Integrated Circuit Industry Investment Fund and Xcerra, Inc. », *Trade Practitioner*, le 1er mars 2018[en ligne : <https://www.tradepractitioner.com/2018/03/upcomingnew-cfius-filing-unic-capital-management-china-integrated-circuit-industry-investment-fund-and-xcerra-inc/>] [consulté le 24 février 2022]
753. Treasurer of the Commonwealth of Australia , « Major reforms to Australia's foreign investment framework pass the parliament », le 9 décembre 2020 [en ligne : <https://ministers.treasury.gov.au/ministers/josh-frydenberg-2018/media-releases/major-reforms-australias-foreign-investment-0>] [consulté le 26 février 2022]
754. Tovey A., Evans R., Burton L., « Britain must take « golden share » in defence firms like Meggitt, say MPs », *The Telegraph*, le 4 août 2021[en ligne: <https://www.telegraph.co.uk/business/2021/08/04/britain-must-take-golden-share-defence-firms-like-meggitt-say/>] [consulté le 9 septembre 2022]
755. Uhlmann C., « Chinese firm's takeover plan raises concern in Canberra over access to ADF medical records», *The Sydney Morning Herald*, le 12 août 2019 [en ligne : <https://www.smh.com.au/politics/federal/chinese-firm-s-takeover-plan-raises-concern-in-canberra-over-access-to-adf-medical-records-20190812-p52gd5.html> /] [consulté le 1er avril 2022]
756. UNCTAD, « Germany expands the scope of its FDI screening regime », *Investment Policy Hub*, le 19 décembre 2018 [en ligne : <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/3337/germany-germany-expands-the-scope-of-its-fdiscreening-regime>] [consulté le 23 février 2022]
757. Uribe A., « ANZ drops \$600m sale of UDC Finance to China's HDC Group », *Financial Review*, le 12 janvier 2018[en ligne : <https://www.afr.com/companies/financial-services/anz-drops-600m-sale-of-udc-finance-to-chinas-hdc-group-20180112-h0hdpj>] [consulté le 24 février 2022]
758. U.S. Department of State, « 2021 Investment Climate Statements: United Kingdom », [s.n.][en ligne: <https://www.state.gov/reports/2021-investment-climate-statements/united-kingdom/>] [consulté le 5 avril 2022]
759. Velez R.F., « Experian drops planned acquisition of rival ClearScore », *S&P Global Market Intelligence*, le 28 février 2019[en ligne: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/trending/e02IoZzTD37I6LGR47o3kg2>] [consulté le 24 février 2022]
760. Von Krause C., « The European Commission's Opposition to Intra-EU BITs and Its Impact on Investment Arbitration», *Kluwer Arbitration Blog*, le 28 septembre 2010 [en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/09/28/the-european-commissions-opposition-to-intra-eu-bits-and-its-impact-on-investment-arbitration/>] [consulté le 26 octobre 2021]
761. Von Jacobs N., Enders G., « Radar Specialist: German Government Prohibits Takeover By Chinese Investor », *MWE*, le 4 décembre 2020 [en ligne:

<https://www.mwe.com/fr/insights/radar-specialist-german-government-prohibits-takeover-by-chinese-investor/>] [consulté le 6 mars 2022]

762. Wacket M., « Cercles gouvernementaux – Habeck contre la vente d’Elmos à des investisseurs chinois », *Teknomers*, le 8 novembre 2022 [en ligne <https://teknomers.com/fr/cercles-gouvernementaux-habeck-contre-la-vente-delmos-a-des-investisseurs-chinois/>] [consulté le 24 novembre 2022]
763. Walters D.K.H., « Deal to Sell Fairchild Semiconductor to Fujitsu Canceled », *Los Angeles Times*, le 17 mars 1987, [en ligne : <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-03-17-fi-12290-story.html>] [consulté le 4 juin 2021]
764. Walker S., Goodman A.S., « Canada announces heightened scrutiny of foreign investment during the COVID-19 crisis », *Dentons*, le 20 avril 2020 [en ligne : <https://www.dentons.com/en/insights/articles/2020/april/20/canada-announces-heightened-scrutiny-of-foreign-investment-during-covid-19-crisis>] [consulté le 26 février 2022]
765. Wang E., « China's Kunlun Tech agrees to U.S. demand to sell Grindr gay dating app », *Reuters*, 13 mai 2019 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-grindr-m-a-beijingkunlun-idUSKCN1SJ28N>] [consulté le 14 juin 2021]
766. Wiessner D., « U.S. company fined for hiring kids to clean meatpacking plants », *Reuters*, le 17 février 2023 [en ligne: <https://www.reuters.com/world/us/us-company-fined-hiring-kids-clean-meatpacking-plants-2023-02-17/>] [consulté le 14 mars 2023]
767. Wolde H.T., Siebold S., « U.S. fears over sensitive compound hits Chinese bid for Aixtron », *Reuters*, le 21 novembre 2016 [en ligne: <https://www.reuters.com/article/us-aixtron-m-a-fujian-usa-idUSKBN13G0OI>] [consulté le 11 juin 2021]
768. Yellin T., « From yachts to lavish estates, tracking Russian assets seized so far », *CNN*, le 13 avril 2022, mis à jour le 27 avril 2022 [en ligne : <https://edition.cnn.com/interactive/business/russian-oligarchs-yachts-real-estate-seizures/index.html>] [consulté le 22 août 2022]
769. Zurek K., « Bibiani Gold Mine sold for \$90million », *Graphic*, le 10 août 2021, [en ligne : <https://www.graphic.com.gh/business/business-news/bibiani-gold-mine-sold-for-90million.html>] [consulté le 18 août 2022]
770. [s.n.], « Number of TikTok users in the United States from 2019 to 2024 », *statista*, [en ligne: <https://www.statista.com/statistics/1100836/number-of-us-tiktok-users/>] [consulté le 15 juin 2021]

En chinois:

771. 道德经 (Dao Deng Jing), « 形势突变, 中国企业收购德国芯片厂又受阻! 德媒都忍不住吐槽自家政府 », 网易新闻, 2022 年 11 月 9 日 (« La situation a soudainement changé et les entreprises chinoises ont été empêchées d'acquérir des usines de puces allemandes ! Les médias allemands ne peuvent s'empêcher de critiquer leur propre gouvernement », NetEase News, le 9 novembre 2022) [en ligne : <https://c.m.163.com/news/a/HLMR599J0514BIIR.html>] [consulté le 25 novembre 2022]
772. 环球时报 (Global Times), « 德媒: 德国汉堡港为何急盼中资入股 », 环球网, 2022 年 10 月 25 日 (« Médias allemands : pourquoi le port de Hambourg est avide d'investissements chinois », *Global Times*, le 25 octobre 2022) [en ligne : <https://oversea.huanqiu.com/article/4AC1fBEF0si>] [consulté le 25 novembre 2022]

773. 李居镁(Li J.), « 《外商投资法》与相关法律的衔接问题研究 », *Grandway Law*, 2020 年 4 月 14 日 (« Recherche sur la cohésion entre « la loi sur les investissements étrangers » et les lois connexes », *Grandway Law*, le 14 avril 2020) [en ligne : <https://www.grandwaylaw.com/zhuanyewenzhang/1637.html>][consulté le 26 novembre 2022]
774. 经济日报(Quotidien économique), « 我国已签署共建“一带一路”合作文件 205 份 », *经济日报*, 2021 年 1 月 30 日 (« La Chine a signé 205 documents de coopération BRI », *Quotidien économique*, le 30 janvier 2021) [en ligne : http://www.gov.cn/xinwen/2021-01/30/content_5583711.htm] [consulté le 5 octobre 2022]

En français:

775. AFP, « Le gouvernement britannique autorise Roman Abramovich à vendre le club de Chelsea », *AFP*, le 27 mai 2022 [en ligne: <https://fr.timesofisrael.com/le-gouvernement-britannique-autorise-roman-abramovich-a-vendre-le-club-de-chelsea/>] [consulté le 22 août 2022]
776. AGEFI, « L'Accord Avec Le Mercosur « pas ratifiable en l'état » », *AGEFI*, le 25 juillet 2019
777. AGEFI Dow Jones, « Aperam renonce à acquérir VDM Metals après les objections de la Commission européenne », *Les Echos investir*, le 21 décembre 2018 [en ligne : <https://investir.lesechos.fr/actions/actualites/aperam-renonce-a-acquerir-vdm-metals-apres-les-objections-de-la-commission-europeenne-1814513.php>] [consulté le 25 février 2022]
778. Agence Ecofin, « La justice kenyane déclare illégal le contrat conclu avec la Chine pour la construction du SGR », *Agence Ecofin*, le 25 juin 2020 [en ligne : <https://www.agenceecofin.com/transports/2506-77869-la-justice-kenyane-declare-illegal-le-contrat-conclu-avec-la-chine-pour-la-construction-du-sgr>] [consulté le 6 juin 2022]
779. Agence France Presse, « Washington maintient ses tarifs douaniers contre la Chine », *La Presse*, le 2 septembre 2022 [en ligne : <https://www.lapresse.ca/international/2022-09-02/washington-maintient-ses-tarifs-douaniers-contre-la-chine.php>] [consulté le 1er mars 2023]
780. Agra, « Libre-échange UE/Mercosur : Bruxelles sous pression », *Agra*, le 29 septembre 2017 [en ligne : <https://www.agra.fr/agra-europe/libre-echange-uemercosur-bruxelles-sous-pression>] [consulté le 21 août 2021]
781. Arredondas M., « La Chine dirige le RCEP, le plus grand accord de libre-échange du monde », *Atalayar*, le 4 janvier 2022 [en ligne : <https://atalayar.com/fr/content/la-chine-dirige-le-rcep-le-plus-grand-accord-de-libre-%C3%A9change-du-monde>] [consulté le 15 novembre 2022]
782. Babreteau J., Reffay A., « Photonis, Carrefour, symboles du renforcement du contrôle des investissements étrangers en France? », *Ashurst*, le 9 février 2021, [en ligne : <https://www.ashurst.com/fr-fr/news-and-insights/legal-updates/photonis--carrefour-symbols-of-the-strengthening-of-the-control-of-foreign-investments-in-france/>] [consulté le 6 juillet 2021]
783. BFM Bourse, « Pfizer-Allergan : La Fusion Du Siècle Tombe À L'eau Pour Des Raisons Fiscales », *BFM Bourse*, le 6 avril 2016 [en ligne <https://www.tradingsat.com/actualites/marches-financiers/pfizer-allergan-la-fusion-du-siecle-tombe-a-l-eau-pour-des-raisons-fiscales-666829.html>] [consulté le 7 mars 2022]

784. Blakes, « Canada : Les investissements étrangers soumis à un examen approfondi dans le cadre de la COVID-19 », *Blake Cassels & Graydon*, le 20 avril 2020 [en ligne : <https://www.blakes.com/perspectives/bulletins/2020/canada-les-investissements-etrangers-soumis-a-un-examen-approfondi-dans-le-cadre-de-la-covid-19>] [consulté le 26 février 2022]
785. Brocard S., « Accord de principe pour un traité de libre-échange entre l’UE et le Mexique », *Touteurope*, le 27 avril 2018 [en ligne : <https://www.touteurope.eu/economie-et-social/accord-de-principe-pour-un-traite-de-libre-echange-entre-l-ue-et-le-mexique/>] [consulté le 28 septembre 2022]
786. Buchmüller T., Jalladeau A., Duclos A., *et al.*, « Le Protectionnisme américain », *Ecole de Pensée sur la Guerre Economique*, 12 novembre 2018, p.5 [en ligne : <http://www.epge.fr/wp-content/uploads/2019/01/Le-protectionnisme-am%C3%A9ricain.pdf>] [consulté le 5 mars 2021]
787. Bureau de la concurrence Canada, Communiqué de presse, « Le seuil relatif à la taille des transactions devant faire l’objet d’un préavis de fusion diminuera à 93 millions de dollars en 2021 », le 11 février 2021 [en ligne : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2021/02/le-seuil-relatif-a-la-taille-des-transactions-devant-faire-lobjet-dun-preavis-de-fusion-diminuera-a-93millions-de-dollars-en-2021.html>] [consulté le 12 mars 2022]
788. Bureau de la concurrence Canada, Communiqué de presse, « Le seuil relatif à la taille des transactions devant faire l’objet d’un préavis de fusion restera à 93 millions de dollars en 2022 », le 8 février 2022 [en ligne : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2022/02/le-seuil-relatif-a-la-taille-des-transactions-devant-faire-lobjet-dun-preavis-de-fusion-restera-a-93millions-de-dollars-en2022.html>] [consulté le 12 mars 2022]
789. Bureau de la concurrence Canada, Communiqué de presse, « Le seuil relatif à la taille des transactions devant faire l’objet d’un préavis de fusion restera à 93 millions de dollars en 2023 », le 3 février 2023 [en ligne : <https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2023/02/le-seuil-relatif-a-la-taille-des-transactions-devant-faire-lobjet-dun-preavis-de-fusion-restera-a-93millions-de-dollars-en2023.html>] [consulté le 10 septembre 2023]
790. Capital, « Investissements chinois en Europe : un boom entre inquiétudes et tensions », *Capital*, le 22 mars 2019 [en ligne : <https://www.capital.fr/economie-politique/investissements-chinois-en-europe-un-boom-entre-inquietudes-et-tensions-1332634>] [consulté le 21 août 2021]
791. Calvi Y., « Aéroport de Toulouse-Blagnac : comment expliquer le revirement de la Chine ? », *RTL*, le 2 janvier 2020 [en ligne : <https://www.rtl.fr/actu/economie-consommation/aeroport-de-toulouse-blagnac-comment-expliquer-le-revirement-de-la-chine-7799816978>] [consulté le 17 avril 2022]
792. Clémence, « Investissements chinois en Europe », *Octobo.consulting*, 13 octobre 2020 [en ligne : <https://octobot.consulting/fr/2020/10/13/investissements-chinois-en-europe/>] [consulté le 21 août 2021]
793. Cimino V., « Le rachat de TikTok par Oracle est mis en suspens indéfiniment », *SiecleDigital*, le 12 février 2021 [en ligne : <https://siecledigital.fr/2021/02/12/tiktok-oracle-suspens/>] [consulté le 16 juin 2021]
794. Commission Européenne, Communiqué de presse, « La Commission demande aux États membres de mettre fin à leurs accords bilatéraux d’investissement intra-UE », le 18 mai 2015 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_5198] [consulté le 30 octobre 2021]

795. Commission européenne, Communiqué de presse, « L'UE finalise sa proposition pour la protection des investissements et la mise en place d'un système juridictionnel dans le TTIP », le 12 novembre 2015[en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_15_6059][consulté le 22 octobre 2021]
796. Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission fournit des orientations sur la protection des investissements transfrontières dans l'UE - Questions et réponses », le 19 juillet 2018 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_18_4529][consulté le 3 décembre 2021]
797. Commission européenne, « Entrée en vigueur du règlement de l'UE sur le filtrage des investissements étrangers, le 10 avril 2019 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_2088] [consulté le 23 août 2021]
798. Commission européenne, Communiqué de presse, « La Commission publie des orientations concernant la protection des technologies et des actifs européens critiques dans le contexte de la crise actuelle », le 25 mars 2020 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_528][consulté le 25 février 2022]
799. Commission européenne, Communiqué de presse, « L'UE et la Chine parviennent à un accord de principe sur les investissements », le 30 décembre 2020 [en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_2541][consulté le 6 octobre 2021]
800. Commission européenne, « EU-CANADA Accord économique et commercial global (CETA) », [s. d.] [en ligne : https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_fr.htm][consulté le 4 novembre 2021]
801. Conseil de l'Union européenne, « Tribunal multilatéral des investissements: le Conseil donne mandat à la Commission pour ouvrir des négociations », le 20 mars 2018 [en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>][consulté le 4 décembre 2021]
802. Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse, « L'UE adopte un paquet de sanctions en réponse à la reconnaissance des zones des oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk non contrôlées par le gouvernement et à l'envoi de troupes dans la région », le 23 février 2022[en ligne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/02/23/russian-recognition-of-the-non-government-controlled-areas-of-the-donetsk-and-luhansk-oblasts-of-ukraine-as-independent-entities-eu-adopts-package-of-sanctions/>][consulté le 29 septembre 2022]
803. Cour de justice de l'Union européenne, communiqué de presse n°52/19, « Le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et Etats prévu par l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada (CETA) est compatible avec le droit de l'Union », le 30 avril 2019[en ligne : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/cp190052fr.pdf>][consulté le 12 novembre 2021]
804. Delvallé J., « Couche-Tard ne rachètera pas Carrefour... pour l'instant », *LSA*, le 29 janvier 2021 [en ligne : <https://www.lsa-conso.fr/couche-tard-ne-rachetera-pas-carrefour-pour-l-instant,371063>] [consulté le 17 août 2022]
805. Deveaux J., « Trente ans après la tragédie de Bhopal, Union Carbide se porte bien », *franceinfo*, le 8 décembre 2014 [en ligne :

- https://www.francetvinfo.fr/monde/inde/trente-ans-apres-la-tragedie-de-bhopal-union-carbide-se-porte-bien_3068679.html [[consulté le 6 octobre 2021]
806. Ducamp P., « Pourquoi la fusion entre renault et fiat-chrysler a échoué », *BFMTV*, le 6 juin 2019 [en ligne : https://www.bfmtv.com/economie/entreprises/industries/pourquoi-la-fusion-entre-renault-et-fiat-chrysler-a-echoue_AV-201906060027.html] [consulté le 26 février 2022]
807. Eric-André M., « L'Union européenne va-t-elle se laisser acheter ? Le filtrage des investissements étrangers en Europe », *Etudes de l'Ifri*, mars 2019 [en ligne: https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/martin_ue_filtage_investissements_etrangers_2019.pdf] [consulté le 21 août 2021]
808. France 24, « Le chancelier allemand Olaf Scholz demande à la Chine des relations commerciales "équitables" », *France24*, le 4 novembre 2022[en ligne : <https://www.france24.com/fr/asia-pacifique/20221104-le-chancelier-allemand-olaf-scholz-arrive-en-chine-pour-une-visite-controvers%C3%A9e>] [consulté le 25 novembre 2022]
809. Halgand D., « La théorie protectionniste », *20minutes*, le 14 février 2009 [en ligne : <https://www.20minutes.fr/economie/572473-20090214-economie-la-theorie-protectionniste>] [consulté le 18 février 2023]
810. IISD, « l'Inde diffuse son modèle de TBI pour commentaires ; Les Etats-Unis réclament des négociations », *IISD*, le 21 mai 2015 [en ligne : <https://www.iisd.org/itn/fr/2015/05/21/india-releases-model-bit-for-comments-united-states-pushes-for-negotiations/>] [consulté le 14 juin 2022]
811. INSEE, « Investissements directs étrangers », *INSEE*, 5 novembre 2019 [en ligne : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1263>] [consulté le 28 septembre 2019]
812. J. Br avec AFP, « La police italienne a saisi le "Lady M", un yacht d'une valeur de 65 millions d'euros appartenant à l'oligarque russe Alexei Mordachov, proche de Vladimir Poutine.», *BFMTV*, le 5 mars 2022 [en ligne: https://www.bfmtv.com/economie/international/l-italie-saisit-le-yacht-d-un-oligarque-russe_AD-202203050164.html] [consulté le 22 août 2021]
813. La Rédaction, « La France opposée au projet d'accord UE-Mercosur », *Vie Publique*, le 25 septembre 2020, [en ligne : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/276259-la-france-opposee-au-projet-daccord-ue-mercotur#:~:text=Le%20projet%20d'accord%20d,%C3%89tats%20membres%20de%20l'UE>] [consulté le 21 août 2021]
814. La Rédaction, « Le traité sur la Charte de l'énergie en six questions », *Vie Publique*, le 26 octobre 2022[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/questions-reponses/286894-traite-sur-la-charte-de-lenergie-six-questions>] [consulté le 3 avril 2023]
815. Latribune.fr, « Affaire Huawei : la justice américaine suspend ses poursuites, Meng Wanzhou rentre en Chine », *La Tribune*, le 25 septembre 2021[en ligne: <https://www.latribune.fr/technos-medias/telecoms/affaire-huawei-la-justice-americaine-suspend-ses-poursuites-meng-wanzhou-rentre-en-chine-893071.html>] [consulté le 18 septembre 2022]
816. Latribune.fr., « Prise de participation du chinois Cosco dans le port de Hambourg : un compromis trouvé « pour éviter le pire » », *LaTribune*, le 25 octobre 2022[en ligne : <https://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/prise-de-participation-du-chinois-cosco-dans-le-port-de-hambourg-un-compromis-trouve-pour-eviter-le-pire-938094.html>] [consulté le 25 novembre 2022]

817. LaTribune.fr., « Le groupe des BRICS va s'ouvrir à de nouveaux Etats pour peser sur l'ordre mondial », *LaTribune*, le 23 août 2023[en ligne : <https://www.latribune.fr/economie/international/le-groupe-des-brics-va-s-ouvrir-a-de-nouveaux-etats-pour-peser-sur-l-ordre-mondial-973669.html>][consulté le 28 août 2023]
818. Lefigaro.fr avec l'AFP, « Le TTIP suspendu aux ministres européens », *Le Figaro*, le 23 septembre 2016[en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/2016/09/23/97002-20160923FILWWW00020-le-ttip-suspendu-aux-ministres-europeens.php>][consulté le 15 novembre 2022]
819. Le Figaro avec AFP, « Espagne : saisie du yacht d'un oligarque russe à la demande des États-Unis », *Le Figaro*, le 4 avril 2022[en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-actu/espagne-saisie-du-yacht-d-un-oligarque-russe-a-la-demande-des-etats-unis-20220404>] [consulté le 22 août 2022]
820. Le Figaro avec AFP, « L'UE soutient une Nigériane et une Sud-Coréenne à la tête de l'OMC », *Le Figaro*, le 5 octobre 2020[en ligne : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/l-ue-soutient-une-nigeriane-et-une-sud-coreenne-a-la-tete-de-l-omc-20201005>][consulté le 25 mai 2021]
821. Le Maire B., Matichou E., « Interview de M. Bruno Le Maire, ministre de l'économie et des finances, à LCI le 29 avril 2020, sur les conséquences économiques de l'épidémie de Covid-19 », *LCI*, texte intégral publié sur *Vie Publique*, le 29 avril 2020[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/275069-bruno-le-maire-29042020-covid-19>][consulté le 1er juillet 2021]
822. Le Monde, « Daniel Kretinsky dit investir dans « Le Monde » pour combattre les Gafa », *Le Monde*, le 3 novembre 2018[en ligne : https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/11/03/daniel-kretinsky-dit-investir-dans-le-monde-pour-combattre-les-gafa_5378509_3236.html][consulté le 20 septembre 2022]
823. Le Monde avec AFP, « TF1 et M6 abandonnent leur projet de fusion », *Le Monde*, le 16 septembre 2022[en ligne : https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2022/09/16/tf1-et-m6-abandonnent-leur-projet-de-fusion_6141970_3236.html][consulté le 30 novembre 2022]
824. Le Parisien, « British Steel racheté par le chinois Jingye, mais sans l'usine française d'Hayange », *Le Parisien*, le 3 mars 2020[en ligne : <https://www.leparisien.fr/economie/british-steel-rachete-par-le-chinois-jingye-mais-sans-l-usine-francaise-d-hayange-03-03-2020-8271459.php>][consulté le 21 septembre 2022]
825. Le Parisien avec AFP, « TikTok : les États-Unis font un grand pas vers une interdiction de l'application », *Le Parisien*, le 7 mars 2023[en ligne : <https://www.leparisien.fr/high-tech/tiktok-les-etats-unis-font-un-grand-pas-vers-une-interdiction-de-l-application-07-03-2023-V7W6QCLC5FAMNGMJXQFY515BY.php>] [consulté le 29 mars 2023]
826. Le Revenu, « Le ton monte en Allemagne face à l'appétit chinois pour le « made in Germany » », *Le Revenu*, le 31 octobre 2016 [en ligne : <https://www.lerevenu.com/placements/economie/le-ton-monte-en-allemande-face-lappetit-chinois-pour-le-made-germany>] [consulté le 8 avril 2022]
827. Lester S., « La crise du règlement des différends de l'OMC se termine : quelle direction prendre maintenant? », *IISD*, le 2 mars 2022[en ligne : <https://www.iisd.org/fr/node/16289>][consulté le 7 juin 2022]
828. Loukil R., « La Chine fait capoter le rachat de l'équipementier de puces Kokusai par Applied Materials », *L'Usinenouvelle*, le 4 avril 2021 [en ligne : <https://www.usinenouvelle.com/article/la-chine-fait-capoter-le-rachat-de-l->

- [equipementier-de-puces-kokusai-par-applied-materials.N1078744](#)] [consulté le 17 août 2022]
829. Loukil R., « Le chinois Nexperia sommé par Londres de rétrocéder ses parts dans le fondeur de puces Newport Wafer Fab », *l'UsineNouvelle*, le 17 novembre 2022 [en ligne : <https://www.usinenouvelle.com/article/le-chinois-nexperia-somme-par-londres-de-retroceder-ses-parts-dans-le-fondeur-de-puces-newport-wafer-fab.N2068122>] [consulté le 23 novembre 2022]
830. Meunier F., « Boeing, trop de distribution, pas assez d'investissement ? », *DFCG*, le 19 août 2019 [en ligne : <https://www.finance-gestion.com/vox-fi/boeing-trop-de-distribution-pas-assez-dinvestissement/>] [consulté le 2 juillet 2020]
831. Ministère des armées, Communiqué de presse, « Souveraineté des entreprises stratégique : Florence Parly annonce que l'Etat travaille à une solution alternative de reprise de Photonis », le 18 décembre 2020 [en ligne : <http://www.oliviercadic.com/wp-content/uploads/2020/12/Communique%CC%81-de-presse-Photonis-v-18-de%CC%81cembre-2020.pdf>]
832. Novethic, « Le traité sur la Charte de l'énergie modernisé n'a pas pu être adopté », *Novethic*, le 23 novembre 2022 [en ligne : <https://www.novethic.fr/actualite/energie/transition-energetique/isr-rse/le-traite-sur-la-charte-de-l-energie-dans-sa-version-modernisee-n-a-pas-pu-etre-adopte-151197.html>] [consulté le 8 avril 2023]
833. OCDE, communiqué de presse, « Les 37 pays membres de l'OCDE nomment M. Mathias Cormann (Australie) au poste de Secrétaire général, à compter du 1er juin 2021 », OCDE, [s. d.] [en ligne : <https://www.oecd.org/fr/presse/pays-membres-de-locde-nomme-mathias-cormann-au-post-de-secretaire-general.htm>] [consulté le 3 novembre 2021]
834. Odile V., « Hayange : Bercy donne son feu vert à Liberty Steel pour reprendre France Rail, les salariés sont mitigés », *franceinfo*, le 14 août 2020 [en ligne : <https://france3-regions.francetvinfo.fr/grand-est/moselle/hayange/hayange-bercy-donne-son-feu-vert-liberty-steel-reprendre-france-rail-salaries-soulages-1862942.html>] [consulté le 20 septembre 2022]
835. OMC, communiqué de presse, « Directrice générale de l'OMC: Ngozi Okonjo-Iweala », *OMC*, [s. d.] [en ligne : https://www.wto.org/french/thewto_f/dg_f/dg_f.htm] [consulté le 3 novembre 2021]
836. OMC, « Les membres de l'Organe d'appel », OMC, [s. d.] [en ligne : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_members_descrp_f.htm#:~:text=L'Organe%20d'appel%20est,leur%20mandat%20au%20m%C3%Aame%20moment.] [consulté le 18 décembre 2022]
837. Paquette E., « Pour Grindr, l'aventure chinoise tourne court », *l'Express*, le 19 janvier 2020, mis à jour le 21 janvier 2020 [en ligne : https://lexpansion.lexpress.fr/high-tech/pour-grindr-l-aventure-chinoise-tourne-court_2115202.html] [consulté le 14 juin 2021]
838. Pétrol K., « Le jeu de yo-yo autour de la cession des parts de FAR dans Sangomar continue : l'offre de Remus Horizons non retenue », *Sunupetrole*, le 21 avril 2021, [en ligne : <https://sunupetrole.com/blog/2021/04/21/le-jeu-de-yo-yo-autour-de-la-cession-des-parts-de-far-dans-sangomar-continue-le-cas-remus-horizons/>] [consulté le 18 août 2022]
839. Polge B., « Semi-conducteurs : pourquoi l'Allemagne vient-elle de bloquer la vente d'une usine à la Chine ? », *Lesnumeriques*, le 14 novembre 2022 [en ligne : <https://www.lesnumeriques.com/vie-du-net/semi-conducteurs-pourquoi-l-allemande->

- [vient-elle-de-bloquer-la-vente-d-une-usine-a-la-chine-n195921.html](#)][consulté le 24 novembre 2022]
840. Reuters Staff, « L'Allemagne envisage d'approuver le rachat par la Chine de l'usine de semi-conducteurs d'Elmos », *Reuters*, le 27 octobre 2022[en ligne : <https://www.reuters.com/article/elmos-m-a-sai-microelectronics-idFRKBN2RM13Q-OFRIN>][consulté le 24 novembre 2022]
841. RFI, « En Chine, l'Iran et l'Arabie saoudite conviennent de reprendre leurs relations », *RFI*, le 10 mars 2023[en ligne : <https://www.rfi.fr/fr/moyen-orient/20230310-l-iran-et-l-arabie-saoudite-conviennent-de-reprendre-leurs-relations-diplomatiques>][consulté le 28 août 2023]
842. Sénat, « Les relations franco-japonaises », *Sénat*, [s. d.] [en ligne : <https://www.senat.fr/ga/ga-028/ga-0283.html>][consulté le 16 juin 2022]
843. Simon F., « Les Pays-Bas suivent l'Espagne et se retirent du Traité sur la Charte de l'énergie », *Euractiv*, le 19 octobre 2022[en ligne : <https://www.euractiv.fr/section/energie/news/les-pays-bas-suivent-lespagne-et-se-retirent-du-traite-sur-la-charte-de-lenergie/>][consulté le 20 octobre 2022]
844. Sur S., « A quoi sert le droit international ? », *Vie publique*, le 4 juillet 2019[en ligne : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/38777-quoi-sert-le-droit-international>][consulté le 17 mai 2023]
845. Tenable, « Tenable finalise l'acquisition d'Alsid et lance Tenable.ad pour sécuriser les environnements Active Directory », *Tenable*, le 27 avril 2021[en ligne : https://fr.tenable.com/press-releases/tenable-finalise-l-acquisition-d-alsid-et-lance-tenable-ad-pour-s-curiser-les?tns_redirect=true][consulté le 6 juillet 2021]
846. Tenailleau F., « Les actions spécifiques (golden shares) après la loi PACTE », *CMS*, le 20 juin 2019 [en ligne : <https://cms.law/fr/fra/news-information/les-actions-specifiques-golden-shares-apres-la-loi-pacte>][consulté le 13 septembre 2022]
847. Union européenne, « Une Europe sans frontières »[en ligne : https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1990-1999_fr][consulté le 23 octobre 2021]
848. Vannini C., « Contrôle des investissements étrangers : quelles perspectives pour un contrôle renforcé en France et en Europe ? », *CMS*, le 11 février 2021, [en ligne : <https://cms.law/fr/fra/news-information/controle-des-investissements-etrangers-queelles-perspectives-pour-un-controle-renforce-en-france-et-en-europe>][consulté le 19 août 2022]
849. YNA, « Yoo abandonne sa candidature à la tête de l'OMC au profit de la candidate nigériane », *YNA*, le 5 février 2021[en ligne : <https://fr.yna.co.kr/view/AFR20210205004300884>][consulté 27 août 2021]
850. [s.n.], « Premiers billets ou « papier monnaie », en Chine », *CITECO*, [s. d.],[en ligne : <https://www.citeco.fr/premiers-billets-ou-papiers-monnaie-en-chine>][consulté le 26 août 2022]

INDEX

A

Amicus curiae : **662, 957, 995, 1011, 1141, 1146**

B

BRI (*Belt and Road Initiative*) : **1098 et suiv.**

D

Développement durable : **459, 742, 954 et suiv., 988 et suiv., 993, 1005, 1039 et suiv., 1048, 1052 et suiv., 1062 et suiv., 1095, 1374 et suiv., 1452 et suiv.**

Droit de la concurrence : **444 et suiv.**

Droit de l'environnement : **361 et suiv., 932, 1443**

Droit de l'homme : **984 et suiv., 1043**

Droit australien

- RSE : **461**
- Contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers : **1284 et suiv.**
- Restriction sur l'acquisition des terres : **1273 et suiv.**
- Test d'intérêt national : **1281 et suiv.**

Droit américain

- Contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers : **496 et suiv., 804 et suiv., 1228 et suiv.**
 - o Amendement Exon-Florio : **31, 419 et suiv., 497 et suiv.**
 - o CFIUS : **486 et suiv., 507 et suiv., 807 et suiv., 1232 et suiv.**
 - o Loi FINSA : **805 et suiv.**

- o Loi FIRMMA : **826 et suiv.**

- Droit de la concurrence: **1223 et suiv.**
 - o Sherman Act: **304, 444, 446, 1224 et suiv.**
 - o Clayton Act : **304**
- *Golden share* : **440**
- RSE: **459**

Droit anglais

- RSE: **460, 1299**
- *Golden share*: **438, 442, 1299 et suiv.**
- Droit de la concurrence: **1307, 1318**
- Contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers : **1305 et suiv.**

Droit allemand

- RSE: **464, 1399**
- *Golden share*: **439**
- Contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers : **1400 et suiv.**

Droit canadien

- Avantage net : **1251**
- Contrôle relatif à la « sécurité nationale » : **1253 et suiv.**
- RSE : **462**
- Restrictions par secteurs: **1249 et suiv.**

Droit européen

- RSE: **457, 1340**
- *Golden share*: **1339**
- Droit de la concurrence: **451 et suiv., 1338 et suiv.**
- Contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers : **1341 et suiv.**

- Règlement (UE) 2019/452 : **64, 104, 715 et suiv., 1343 et suiv.**
- Arrêt *Achmea* : **1154 et suiv., 1167 et suivi.**

Droit français

- RSE: **465, 1372 et sui.**
- *Golden share*: **439, 440 et suiv., 1361 et suiv.**
- La loi climatique: **1378**
- Droit de la concurrence: **1366 et suivi.**
- Contrôle relatif aux filtrages des investissements étrangers : **520 et suiv., 863 et suiv., 1379 et suiv.**
 - Décret du 30 décembre 2005 : **538 et suiv., 698 et suiv., 1343**
 - Décret Alstom : **701, 864 et suiv.**
 - Loi PACTE : **873 et suiv.**

Droit international

- *Jus Gentium*: **81 et suiv., 550**
- Fragmentation du droit international : **595 et suiv., 1002, 1007**

Droit international de l'investissement

- Demande de reconventionnelle : **1042 et suiv.**
- Doctrine Calvo : **195, 286, 290, 318 et suiv., 344, 349 et suiv., 400, 551 et suiv., 585, 733 et suiv., 946, 967, 1103, 1185, 1188**
- Formule Cordell Hull : **318, 321, et suiv., 349, 907, 1126**
- RDIE : **341 et suiv., 347 et suiv., 359, 362 et suiv., 376 et suiv., 553, 593, 675 et suiv., 682 et suiv., 942 et suiv., 955 et suiv., 992 et suiv., 1009 et suiv., 1011 et suiv., 1019 et suiv., 1031 et suiv., 1046, 1058 et suiv., 1102, 1113, 1119, 1126 et suiv., 1154, 1180, 1184, 1188 et suiv., 1197 et suiv.**
- Expropriation : **155, 321, 348 et suiv., 371 et suiv., 552 et suiv., 675, 907, 932, 934, 938, 1126**

- Expropriation indirecte : **363, 371 et suiv., 382, 385, 387 et suiv., 553, 670, 683 et suiv., 908, 955, 957, 970, 973 et suiv., 982, 986, 1035, 1041, 1063 et suiv.**
- Principe de transparence : **663 et suiv., 687, 995, 1001, 1011**

Droit naturel : **82, 85, 133, 553 et suiv., 550, 1472**

E

Égalité : **113 et suivi, 128 et suiv., 246 et suiv., 262, 550, 915**

Étranger : **71 et suiv.**

Extraterritorialité : **294 et suiv., 1053, 1227**

G

Golden share: **438 et suiv.**

H

Huawei: **163, 307 et suiv., 580, 780, 825**

I

Investissement: **48 et suiv.**

- Investissement direct étranger : **48, 64, 104, 524, 534, 696, 726, 743, 1344 et suiv.**

L

Liberté : **114 et suiv., 125 et suiv., 146, 203 et suiv.**

Liberté d'investissement : **29, 46, 66 et suiv., 291, 348, 692, 698 et suiv., 716, 1093 et suiv., 1100, 1129**

- Protection de propriété : **125 et suiv., 190, 209, 215 et suiv., 223, 233 et suiv., 237, 262, 266, 318 et suiv., 344, 369, 421, 552, 932, 934**

Libéralisme

- Autonomie économique : **236 et suiv., 285**
- Libéralisme de John Locke : **214 et suiv., 231 et suiv., 266 et suiv.**
- Libéralisme de Rousseau : **244 et suiv., 262**
- Néolibéralisme : **152, 170 et suiv., 184 et suiv.**
- *Shareholder theory* : **224 et suiv.**

La libre circulation des capitaux : **172, 315, 439, 520, 525, 547, 694 et suiv., 699 et suiv., 715 et suiv., 1055, 1129, 1136 et suiv., 1300 et suiv., 1335, 1342 et suiv., 1362**

M

Multilatéralisme : **918 et suiv., 921 et suiv.**

Multilatéralisme mondialisé

- Convention de Washington : **56, 195, 329, 342, 593, 1021 et suiv., 1184**
- GATT : **151, 239 et suiv., 274, 1446**
- Traité sur la Charte de l'énergie : **1008, 1164, 1175 et suiv., 1180**

Multilatéralisme régionalisé

- ACEUM : **60, 652, 691, 1056, 1091, 1094, 1106**
- ALENA : **331 et suiv., 344, 347 et suiv., 371 et suiv., 381 et suiv., 387 et suiv., 652 et suiv., 655 et suiv., 675 et suiv., 924, 958, 967, 970, 977, 995, 1102, 1105, 1107**
- AECG : **1055, 1192 et suiv.**
- AGI : **1093 et suiv.**
- BRI : **1098 et suiv.**
- RCEP : **1082 et suiv.**
- TTIP : **1097, 1188 et suiv.**
- TPP/CPTPP : **289, 679, 685, 959, 996, 1056, 1059, 1073, 1077, 1082 et suiv., 1211**

N

Nationalité : **96 et suiv., 411 et suiv., 533, 878, 915**

Nouvel ordre économique international : **197 et suiv., 269, 320, 733, 1187**

O

Organisation internationale : **611 et suiv.**

- CIRDI : **56, 195, 329, 343, 345, 1011 et suiv., 1022 et suiv.**
- Nations Unies : **612 et suiv., 627 et suiv.**
 - o CNUDCI : **345, 627, 992 et suiv.**
- OCDE : **327, 435, 457, 465, 601, 643 et suiv., 743, 1048**
- OMC : **629 et suiv., 645**
 - o ORD : **631 et suiv., 638, 641 et suiv.**
- Union européenne : **618 et suiv.**

R

RSE : **456 et suiv.**

S

Santé publique : **671, 980 et suiv.**

Sécurité : **116, 145**

Sécurité nationale : **416 et suiv., 499 et suiv., 749 et suiv., 778 et suiv., 806 et suiv., 828 et suiv., 864, 869, 1229 et suiv., 1253 et suiv., 1284 et suiv., 1305 et suiv., 1342 et suiv., 1380 et suiv., 1400 et suiv.**

Souveraineté : **568 et suiv., 589 et suiv.,**

- Raison d'État : **256, 519, 533, 548 et suiv., 551 et suiv., 1472 et suiv.**

TABLE DES MATIERES

Liste des Principales Abréviations	9
INTRODUCTION.....	13
Section 1. Absence d'une définition harmonisée de la notion investissement étranger	34
§ 1. Investissement : une notion juridique loin d'être homogène.....	35
§ 2. Etranger : une question de critère de « nous », « étranger » et « ennemi »	45
I. Traitement différencié : régime juridique depuis d'empire romain	47
II. Une question récurrente de définir qui est « étranger »	51
Section 2. Contrôle des investissements étrangers : un conflit de valeurs	59
§ 1. Théorie de la pondération de différentes valeurs en philosophie du droit.....	59
I. Le choix d'une valeur prioritaire	59
II. Différent État, différent choix de valeur	62
A. Les États-Unis.....	63
B. La France	65
C. La Chine.....	68
§2. Conflit de valeurs en matière du droit international d'investissement	71
I. Droit international.....	72
II. Droit national	77
PARTIE I. L'EXPOSE DU CONFLIT DES VALEURS	81
TITRE I. LE TRIOMPHE DU LIBERALISME	87
CHAPITRE I. LA PUISSANCE DU LIBERALISME	89
Section 1. La prépondérance de la théorie du libéralisme.....	90
§1. Néolibéralisme en tant que choix politique	90
§2. La prédominance de la définition américaine de la liberté.....	97
I. L'interprétation différente de la liberté par les philosophes.....	97
II. Différentes interprétations de la liberté selon les États.....	100
A. La liberté lockéenne aux États-Unis	100
1) La définition lockéenne de la liberté	100
2) La société américaine sous l'influence lockéenne.....	102
B. La liberté selon Rousseau en France.....	114
1) L'égalité en guise de liberté.....	114
2) Une approche de dé-américanisation par le biais de la souveraineté de l'État	118
Section 2. Américanisation des normes juridiques	122
§1. La réussite dans l'exportation d'une valeur américaine	122
I. Le libéralisme comme valeur nationale américaine	122
A. Création des normes internationales : un héritage anglais.....	123
B. La défense des intérêts des entreprises internationales.....	130
II. Un outil juridique pour défendre le libéralisme américain	138
A. L'extraterritorialité du droit américain	138
B. La constitution du droit international économique	148
1) La supériorité du droit international	148
2) Les traités internationaux favorisant le libéralisme	151
§2. La triomphe du libéralisme dans le règlement des différends	164
I. Le triomphe de l'acceptation mondiale du RDIE.....	165
A. La création du RDIE.....	165
B. Le triomphe de d'insertion du régime de RDIE dans l'ALENA	169
II. Les arbitres pro-libéraux	174

A.	La domination de l'interprétation de la doctrine	175
B.	La triomphe du libéralisme contre la protection de l'environnement.....	177
1)	Les arbitrages contre les pays en développement.....	179
2)	Les arbitrages contre les pays développés	187
	Conclusion du Chapitre	198
	CHAPITRE II. LES LIMITES DU LIBERALISME	200
	Section 1. Les contrôles étatiques pendant l'apogée du néolibéralisme	202
§1.	Les contrôles distinguant la nationalité des investisseurs	202
I.	Le contrôle traditionnel	202
II.	Contrôle au titre de la « sécurité nationale ».....	205
A.	La genèse de la notion de « sécurité nationale » en droit	205
B.	De 2005 à 2008 : renforcement du contrôle étatique	210
§ 2.	Les contrôles sans critère de nationalité	214
I.	L'action spécifique	214
II.	Le droit de la concurrence.....	217
III.	Les mesures relatives à la responsabilité sociétale des entreprises.....	221
	Section 2. Les réserves au libéralisme d'investissement appliquées par certains États	226
§1.	Les réserves sur la politique de libéralisme mises en place par les États-Unis .	226
I.	Du XVIIe siècle à 1975 : une stratégie protectionniste	228
II.	De 1975 à 2007 : l'élargissement continu du champ de contrôle des investissements	232
A.	Un conflit direct entre le libéralisme et la souveraineté	232
1)	Confidentialité des contrôles effectués par le CFIUS	232
2)	Les contrôles visant les entreprises japonaises	235
B.	De 1988 à 2007 : les amendements législatifs afin de renforcer les contrôles	236
1)	L'amendement Exon-Florio et les opérations revues par le CFIUS.....	237
2)	L'amendement Byrd et les transactions revues par le CFIUS	242
§ 2.	Les réserves sur la politique de libéralisme mises en place par la France.....	248
I.	De 1939 à 1996 : un contrôle rigide	248
A.	Contrôle pendant le temps de guerre	249
B.	Contrôle après l'établissement du régime Bretton Woods.....	249
II.	De 1996 à 2005 : une approche hybride, entre ouverture et renforcement du contrôle	253
A.	Ouverture progressive.....	253
B.	Renforcement du contrôle	255
1)	Développement législatif	255
2)	Position judiciaire	258
	Conclusion du Chapitre	259
	CONCLUSION DU TITRE I	260
	TITRE II. LE RETOUR DE LA SOUVERAINETE	264
	CHAPITRE I. REMISE EN CAUSE DU DROIT INTERNATIONAL	266
	Section 1. Le droit en tant qu'incarnation de la volonté souveraine	268
§1.	La doctrine de la souveraineté	269
I.	La genèse du terme souveraineté.....	269
II.	Le développement de la notion dans l'ère postnationale	273
§ 2.	La puissance de la souveraineté.....	279
I.	Le pouvoir relatif à la création des normes internationales.....	279
A.	La reconnaissance du droit international	280

B.	La relativité du droit international	282
II.	Le pouvoir limité de l'organisation internationale.....	290
A.	L'absence de pouvoir normatif	290
1)	L'organisation internationale.....	291
2)	L'Union européenne	293
B.	L'influence dépendant des États participants.....	296
1)	L'influence limitée d'une organisation internationale.....	296
2)	Les mesures d'affaiblissement de l'influence	301
Section 2.	La réforme du droit international	306
§1.	L'élargissement des contrôles étatiques dans les traités d'investissement.....	306
I.	Les expériences d'exécution de l'accord ALENA	307
A.	L'affaire <i>Methanex c. États-Unis</i>	308
1)	Acceptation de la participation des <i>amicus curiae</i>	311
2)	Du principe de confidentialité au principe de transparence	312
3)	Une préoccupation récente : la protection de l'environnement.....	313
B.	Autres sentences arbitrales.....	315
II.	Les modifications des accords internationaux	317
A.	Engagements internationaux non conformes à l'esprit du droit américain 317	
B.	Les modifications sur le mécanisme de RDIE.....	322
§ 2.	Combat français pour préserver sa souveraineté dans l'Union européenne	325
I.	Conflit de valeur	327
A.	La position de la CJUE sur la libre circulation des capitaux	327
B.	L'intervention de la Commission européenne sur la législation française	329
II.	Construction d'un consensus européen autour de la souveraineté.....	332
A.	Le choix d'un contrôle de l'investissement : le retour de la souveraineté	332
1)	L'augmentation des investissements chinois à l'étranger : une cause de retour vers la souveraineté.....	332
2)	Etablissement d'un cadre de filtrage des investissements dans l'Union européenne.....	336
B.	Renforcement du contrôle pendant la crise sanitaire	339
Conclusion du Chapitre	342
CHAPITRE II	RENOUVELLEMENT DES DROITS INTERNES	344
Section 1.	Les crises : facteur de retour de la souveraineté.....	345
§1.	Le premier facteur : la crise financière en 2008	346
I.	La sauvegarde des industries nationales pendant la crise financière.....	346
II.	La réaction négative sur la croissance des fusions et acquisitions étrangères 349	
A.	Les interventions gouvernementales sur les investissements étrangers....	350
1)	Sécurité nationale	351
2)	Autres motifs	354
B.	Les nouvelles mesures restrictives mises en place.....	357
§2.	Le second facteur : la crise sanitaire durant l'année 2020.....	360
A.	Les mesures législatives	360
B.	Les fusions-acquisitions.....	363
1)	Sécurité nationale	364
2)	La préservation de la concurrence	368
3)	Les autres motifs de rejet de l'opération	369
Section 2.	Le renforcement du contrôle dans les pays spécifiques	371
§1.	Le renforcement des contrôles des investissements étrangers aux États-Unis..	371

I.	La loi FINSA	372
A.	Les modifications portées par la loi FINSA	372
B.	Attaques croissantes contre les investisseurs chinois	374
1)	Opération de Ralls Corporation	375
2)	Les autres opérations chinoises refusées	376
II.	La loi FIRMMA	381
A.	FIRMMA : une loi qui vise les investisseurs chinois	381
1)	Les modifications issues de la loi FIRMMA	381
2)	Les règlements d'application de la loi FIRMMA	386
B.	Les opérations révisées en application de la loi FIRMMA	388
1)	Opération entre Kunlun-Grindr	388
2)	Opération impliquant TikTok-Musical.ly	390
§2.	Le renforcement des contrôles des investissements étrangers en France	394
I.	Élargissement des contrôles sur les investissements étrangers	394
A.	Le décret Alstom du 14 mai 2014	395
B.	Constitution d'un régime similaire à celui des États-Unis	396
1)	Le décret du 10 mai 2017	396
2)	Le décret du 29 novembre 2018	397
II.	Élargissement du pouvoir de contrôle d'administration	398
A.	De 2018 à 2020 : le retour de la souveraineté	398
1)	La loi PACTE	399
2)	Le décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019	403
B.	Renforcement du contrôle pendant la crise sanitaire	406
1)	Les règlements promulgués pendant la crise sanitaire	406
2)	Les opérations soumises au contrôle	408
	Conclusion du Chapitre	413
	CONCLUSION DU TITRE II	415
	CONCLUSION DE LA PARTIE I	418
	PARTIE II. LA RÉOLUTION DU CONFLIT DES VALEURS	425
	TITRE I. <i>DU MULTILATÉRALISME VERS DES MULTILATÉRALISMES</i>	428
	CHAPITRE I. RÉFORME DE L'ANCIEN MULTILATÉRALISME	432
	Section 1. Consensus de la réforme du droit des investissements internationaux	434
	§ 1. La reconnaissance des autres valeurs	435
	I. Remise en cause de la supériorité du libéralisme d'investissement	436
	II. Rééquilibrer les différentes valeurs	444
	A. Le développement durable	444
	1) Mobilisation de l'opinion publique par ONG	444
	2) Les arbitrages récents	452
	B. Autres valeurs	457
	1) La santé publique	457
	2) Les droits de l'homme	460
	§2. Les propositions des organisations internationales	463
	I. La proposition de réforme par la CNUDCI	463
	II. La réforme de CIRDI	471
	Section 2. Les mesures adoptées par les États souverains	472
	§1. La désintégration du régime de RDIE	474
	I. La dénonciation des traités	475
	II. L'exclusion du mécanisme de RDIE	481
	§2. L'amélioration du régime actuel	483
	I. Rééquilibrer les responsabilités	483

II. Modernisation des TBI	493
Conclusion du Chapitre	499
CHAPITRE II. CONCURRENCE ENTRE LES NOUVEAUX MULTILATÉRALISMES	
.....	501
Section 1. Compétition entre la Chine et les États-Unis	504
§1. La prudence sur la création des normes en matière de <i>Hard Law</i>	505
I. Le RCEP	505
II. L'AGI	511
§2. La stratégie de <i>Soft Law</i> dans la BRI	514
I. Modèle américain : vers l'élargissement du libéralisme via le droit dur	514
II. Approche chinoise dans le Projet BRI : une flexibilité maximisée	521
Section 2. Compétition entre l'Union européenne et les États-Unis	530
§1. Conflit entre normes internationales	532
I. La tentative d'établir la primauté du droit européen	535
A. Le recours en manquement contre les TBI intra-UE	536
B. Les sentences arbitrales intra-communautaires	539
1) La défense de la primauté du droit européen par la Commission européenne	540
2) La confirmation de la CJUE de la primauté du droit européen	545
II. Le refus de connaissance de la primauté du droit européen par les arbitres	555
A. Les effets limités de l'arrêt <i>Achmea</i>	555
B. Opposition des arbitres de l'effet de l'arrêt <i>Achmea</i>	557
§2. La concurrence sur la création de mécanisme de règlement des différends	564
I. La création d'un nouveau mécanisme de règlements des différends	565
II. La proposition de l'UE sur la scène internationale	569
Conclusion du Chapitre	573
CONCLUSION DU TITRE I	574
TITRE II. DEVELOPPEMENT DES MESURES DE CONTRÔLE NATIONALES	577
CHAPITRE I. LA SOLUTION DES ÉTATS ISSUS D'UN SYSTEME DE COMMON	
LAW	579
Section 1. Les États-Unis	580
§1. Les mesures traditionnelles	580
§2. Les mesures de sécurité nationale	583
I. Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale	583
II. Les opérations soumises au contrôle	588
Section 2. Les États émanant du système de la <i>Common Law</i> suivant le chemin des États-	
Unis	595
§1. Le Canada	595
I. Les mesures traditionnelles	595
II. Les mesures prises au titre de la sécurité nationale	597
A. Le régime de contrôle au titre de la « sécurité nationale »	598
B. Les opérations soumises au contrôle	602
§2. L'Australie	607
I. Les mesures traditionnelles	607
A. Le contrôle sur l'acquisition des terres	608
1) Terrain agricole	608
2) Terrain commercial	608
3) Terrains miniers	610
4) Contrôle sur l'acquisition des intérêts d'une entité australienne	610

B.	Test d'intérêt national	611
II.	Les mesures prises au titre de la sécurité nationale	611
A.	Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale	612
B.	Les opérations soumises au contrôle.....	616
§3.	Le Royaume-Uni	618
I.	Les mesures traditionnelles	619
II.	Les mesures prises au titre de la sécurité nationale	622
A.	Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale	622
B.	Les opérations soumises au contrôle.....	626
1)	Avant la publication de l'Ordre 2020	626
2)	Après la publication de l'Ordre 2020	628
	Conclusion du Chapitre	633
	CHAPITRE II. LA SOLUTION DES PAYS DE DROIT CIVIL	635
	Section 1. Le régime établi par l'Union européenne.....	636
§1.	Les mesures ne se fondant pas sur une condition de nationalité	636
§2.	Les mesures prises au titre de la sécurité nationale	639
I.	Le régime de contrôle instauré au titre de la sécurité nationale	639
II.	La mise en place du régime.....	643
	Section 2. L'application du régime européen au niveau national	646
§1.	La France	646
I.	Les mesures ne faisant aucune distinction en fonction de la nationalité	646
A.	Les mesures traditionnelles.....	646
1)	La <i>golden share</i>	646
2)	Le droit de la concurrence	649
B.	Les mesures environnementales	652
II.	Les mesures prises au titre de la sécurité nationale	656
A.	Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale	656
B.	Les opérations soumises au contrôle.....	660
§2.	Allemagne.....	665
I.	Le régime de contrôle au titre de la sécurité nationale	665
II.	Les opérations soumises au contrôle.....	671
	Conclusion du Chapitre	676
	CONCLUSION DU TITRE II	677
	CONCLUSION DE LA PARTIE II	679
	CONCLUSION GENERALE	682
	CONCLUSION LIMINAIRE	682
	CONCLUSION DÉFINITIVE	703
	SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE	712
	INDEX	766
	TABLE DES MATIERES	769