

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

Spécialité : Droit International

Arrêté ministériel du 25 mai 2016

Présentée par

Faasseome Maxime SOMDA

Thèse dirigée par **Sabine LAVOREL**, Maître de Conférences HDR en droit public, Université Grenoble Alpes

préparée au sein du **Centre de Recherches Juridiques**
École Doctorale Sciences Juridiques

La protection des droits sociaux en droit international des investissements

Ébauche de la socialisation du droit international des investissements

Thèse soutenue publiquement le **30 mars 2022**,

devant le jury composé de :

Monsieur Jean-Marc SOREL

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président du jury

Monsieur Makane Moïse MBENGUE

Professeur à l'Université de Genève, Rapporteur

Madame Saïda EL BOUDOUHI

Professeure, Université Paris 8, Rapporteur

Madame Mihaela Anca AILINCAI

Professeure à l'Université Grenoble Alpes, Examinatrice

Madame Sabine LAVOREL

Maître de Conférences HDR à l'Université Grenoble Alpes,
Directrice de thèse



REMERCIEMENTS

J'exprime ma profonde gratitude à ma directrice de thèse, Madame Sabine Lavorel. Sa rigueur dans le travail, sa patience et sa grande disponibilité à m'accompagner dans cette entreprise ont été indispensables à la réalisation de ce travail. Ces mots traduisent imparfaitement le soutien académique et moral qu'elle a été pour moi tout au long de ces années de recherche. J'espère qu'elle trouvera dans ce travail des motifs de satisfaction de son investissement en temps et en énergie.

J'exprime ma reconnaissance aux membres du jury pour leur précieux temps consacré à la lecture et à l'évaluation du document de la thèse.

Cette page ne suffira pas à remercier tous ceux qui ont contribué à l'aboutissement de mes études. Je remercie tous ceux dont les noms ne figurent pas dans le présent mot de remerciement et demande leur indulgence.

Je remercie Madame Bénédicte Fischer, Monsieur Didier-Prince Agbodjan de leur accompagnement et leur soutien depuis mes années d'études de master.

Aux amis, aux camarades doctorants ou docteurs : Léon Somda, Félix Meda, Alban Somé, Édith Méda, Arnaud Poda, Mandiou Traoré, Ibrahim Sawadogo, Jacques Akpe, Daouda Ouédraogo, Hamza Kouanda, Lamine Diané, Mickael Guey Eloge Gambla, Pascal Lagneble, Oukate Djeri, Jean-Marc Segoun, Julien Segoun, Moussa Ouoba, Magloire Somda, Germain Dabiré, Samson Dabiré, Tiano Valère Togonou, Eric Palm, Yacouba Sanou, Balam konomadji, Dominique Da, Jean Marc Ekou, Oumar Berthé, Sangaré Boubacar, Aris Somda, Didier Bationo, Chantal Itangishaka, Ninon Boulanger, Francesca Cappellacci. Vos amitiés et les moments de discussion autour de la thèse ont rendu l'aventure moins solitaire. Je vous en remercie.

Je suis reconnaissant à mon laboratoire CRJ et à mon école doctorale EDSJ pour la formation doctorale et aussi pour le soutien financier dont j'ai bénéficié pour certains déplacements effectués dans le cadre de la formation doctorale. Je remercie leurs différents et respectifs directeurs pour l'attention qu'ils ont portée à mes motivations et à mes projets.

Je remercie l'Institut Max Planck Luxembourg de droit procédural réglementaire international et européen et sa directrice, Madame la professeure Hélène Riuz-Fabri, de m'avoir accordé un séjour de recherche financé qui m'a permis de finaliser mon travail de recherche. Je remercie les chercheurs et amis que j'ai eu le plaisir de rencontrer à cette occasion ou ailleurs, et avec qui j'ai eu des échanges constructifs autour de la thèse. Je pense particulièrement à la formidable équipe de la bibliothèque, à Madame Christiane Goebel, à Elena Belova, Harrison Mbori, Somesh Dutta, Laura Letourneux, Willem Theus, Ezechiel Ciriwmani, Tatiana Renno, Arnaud Oulepo, Abayomi Okubote.

Je remercie également Monsieur Narcisse Dongar, Madame Sakina Agoumimelcha, Madame Hortensia Crujera, Monsieur Jean Traoré, Monsieur Michel Atikplé, Monsieur Boris Somé, l'abbé Wilfried Somda, Monsieur Dimitri Méda et la famille de Soumaila Traoré Schwab pour leurs constants encouragements et leurs soutiens.

Je ne saurais suffisamment remercier mes frères et sœurs : Florentin, Juliette, Élisabeth, Patrice ; et mes cousins et cousines.

Je dédie cette thèse à ma mère, Somda Marie-Assumpta, et à feu mon père, Somé Zacharie.

LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

| | |
|-----------------|---|
| ACEUM | Accord Canada-Etats-Unis-Mexique |
| AECG | Accord Economique et Commercial Global |
| AFL-CIO | American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations |
| AGNU | Assemblée Générale des Nations Unies |
| ALE | Accord de Libre-Échange |
| ALENA | Accord de Libre-Echange Nord-Américain |
| AMGI | Agence Multilatérale de Garantie des Investissements |
| ANACT/ACT | Accord Nord-Américain de Coopération en matière de Travail |
| APEC | Asia-Pacific Economic Cooperation |
| APPI | Accord de Protection et de Promotion des Investissements |
| APPL | Asian Agricultural Products Ltd |
| Art. | Article |
| ASEAN | Association of South-East Asia Nations |
| c./v. | Contre |
| CAFTA-DR | Central America Free Trade Agreement-Dominican Republic |
| CARIFORUM | Caribbean Forum |
| CCLT | Convention-Cadre sur la Lutte anti-Tabac |
| CCI | Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale |
| CDI | Commission du Droit International |
| CEDAW | Committee on the Elimination of All Discrimination Against Women |
| CERD | Committee on the Elimination of Racial Discrimination |
| CETA | Comprehensive Economic and Trade Agreement |
| C.I.J. / I.C.J. | Cour Internationale de Justice/ International Court of Justice |
| CIRDI | Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements |
| CNUCED | Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement |
| CNUDCI | Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial Internationale |

| | |
|---------------|--|
| CODESC | Comité des Droits Economiques, Sociaux et Culturels |
| COLJUSTICIA | Corporación Colombiana Para la Justicia y el Trabajo |
| COMESA | Common Market for Eastern and Southern Africa |
| COVID-19 | Maladie à Coronavirus 2019 |
| CPA | Cour Permanente d'Arbitrage |
| CPJI | Cour Permanente de Justice Internationale |
| CPTT | Comprehensive and Progressive Agreement for Trans- Pacific |
| CSR | Corporate Social Responsibility |
| CTC | Confederación de Trabajadores de Colombia |
| CUT | Central Unitaria de Trabajadores |
| CVT | Convention de Vienne sur le Droit des Traités entre Etats |
| dir./ed./eds. | Sous la direction de |
| DUDH | Déclaration Universelle des Droits de l'Homme |
| ECHR | European Court of Human Rights |
| ECOSOC | Economic and Social Council |
| Ed. | Édition |
| EDF | Electricité de France |
| EFTA | European Free Trade Association |
| FCTC | WHO Framework Convention on Tobacco Control |
| FDI | Foreign Direct Investment |
| FET | Fair and Equitable Treatment |
| FIL | Foreign Investment Law |
| FIPA | Foreign Investment Promotion and Protection Agreement |
| FTA | Free Trade Agreement |
| FTC | (NAFTA) Free Trade Commission |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
| GOC | Government of Colombia |
| HDSA | Historically Disadvantaged South Africans |
| ICESCR | International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights |
| ICSID | International Centre for Settlement of Investments Disputes |
| IISD | International Institute of Sustainable Development |
| ILO | International Labour Organization |
| IMF | International Monetary Fund |

| | |
|-----------------------------|--|
| ISDS | Investor-State Dispute Settlement |
| IUSCT | Iran-United States Claims Tribunal |
| L.G.D.J. | Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence |
| LRTAP Convention (d'Aarhus) | Convention on Long- Range Transboundary Air Pollution on Persistent Organic Pollutants |
| MTBE | Methyl Tertiary-Butyl-Ether |
| NAAEC | North American Agreement on Environmental Cooperation |
| NAALC | North American Agreement on Labor Cooperation |
| NAFTA | North American Free Trade Agreement |
| NAO | National Administrative Office |
| N° | Numéro |
| NOEI | Nouvel Ordre Economique International |
| OCDE | Organisation de Coopération et de Développement économique |
| OEA | Organisation des Etats Américains |
| OEA | Organisation des Etats Américains |
| OHCHR | Office of the High Commissioner for Human Rights |
| OIC | Organisation Internationale du Commerce |
| OIT | Organisation Internationale du Travail |
| OMC | Organisation Mondiale du Commerce |
| OMD | Objectifs du Millénaire pour le Développement |
| ONG | Organisation Non-Gouvernementale |
| ORD | Organe de Règlement des Différends |
| OTLA | Office of Trade and Labor Affairs |
| <i>op. cit.</i> | Opuscule cite |
| OUP | Oxford University Press |
| p. | Page ou Pages |
| PAHO | Pan-American Health Organization |
| para. | Paragraphe ou Paragraphes |
| PCA | Permanent Court of Arbitration |
| PIDCP | Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques |
| PIDESC | Pacte International relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels |
| PMRA | Pest Management Regulatory Agency (of Canada) |
| R.C.A.D.I. | Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye |

| | |
|--------------|---|
| RCEP | Regional Comprehensive Economic Partnership |
| Rec. | Recueil des arrêts de la Cour Internationale de Justice |
| RIIA/RSA | Reports of International Arbitral Awards / Recueil des Sentences Arbitrales |
| | Stockholm Chamber of Commerce |
| SDN | Société Des Nations |
| SFDI | Société Française pour le Droit International |
| SINTRAINAGRO | Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria |
| Spéc. | Spécifiquement |
| SPP | Southern Pacific Properties |
| Ss | Et suivants |
| SSRN | Social Science Research Network |
| STIMAHCS | Sindicato de Trabajadores de la Industria, Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares |
| TBI | Traité Bilatéral d'Investissement |
| Texpet | Texaco Petroleum |
| TJE | Traitement Juste et Equitable |
| TPP | Trans-Pacific Partnership |
| TPP | Trans- Pacific Partnership |
| UDEAC | Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale |
| UDEAC | Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale |
| UDHR | Universal Declaration on Human Rights |
| UE | Union Européenne |
| UN | United Nations |
| UN/NU | United Nations/ Nations Unies |
| UNCITRAL | United Nations Commission on International Trade Law |
| UNCTAD | United Nations on Trade and Development |
| UPS | United Parcel Service |
| US | United States of America |
| USO | Unión Sindical Obrera |
| VCLT | Vienna Convention on the Law of Treaties |
| vol. | Volume |
| WHO | World Health Organization |

SOMMAIRE

| | |
|--|------------|
| REMERCIEMENTS | 1 |
| LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES | 4 |
| INTRODUCTION | 9 |
| PREMIERE PARTIE. LA SOCIALISATION RELATIVE DU DROIT CONVENTIONNEL DES INVESTISSEMENTS | 42 |
| Titre 1. Le traitement intégré des droits sociaux dans le droit substantiel | 48 |
| Chapitre 1. La dimension sociale de la source matérielle du droit international des investissements | 50 |
| Chapitre 2. La portée limitée de la socialisation du droit conventionnel | 96 |
| Titre 2. Le traitement spécifique du contentieux relatif aux droits sociaux | 172 |
| Chapitre 3. Le traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux | 174 |
| Chapitre 4. La fonction préventive du traitement spécifique du contentieux des droits sociaux des travailleurs | 229 |
| DEUXIEME PARTIE. LA SOCIALISATION PERFECTIBLE DU CONTENTIEUX ARBITRAL RELATIF AUX INVESTISSEMENTS | 294 |
| Titre 3. L'évaluation de l'impact des arguments de défense des droits sociaux | 297 |
| Chapitre 5. L'efficacité relative de la socialisation directe de l'arbitrage d'investissement | 298 |
| Chapitre 6. La définition progressive des moyens de socialisation indirecte de l'arbitrage d'investissement | 366 |
| Titre 4. Le renforcement de l'impact des arguments de défense des droits sociaux | 405 |
| Chapitre 7. L'utilité probatoire de la pratique étatique du respect des droits sociaux | 407 |
| Chapitre 8. La pratique étatique au soutien de l'effectivité substantielle des droits sociaux | 468 |
| CONCLUSION | 529 |
| BIBLIOGRAPHIE | 535 |
| INDEX | 652 |
| TABLE DES MATIÈRES | 655 |

INTRODUCTION

« Le droit international est parfois perçu comme un droit “bon et bafoué”, celui qui voulait proscrire la guerre et promouvoir le développement. C’est qu’on le connaît mal, et qu’on le confond facilement avec la rhétorique de la passion et de la condamnation, qui relève simplement d’une sociologie possible des relations internationales. Le droit international n’est pas toujours grand, et il est rarement gentil (...)»¹.

En janvier 2011, des peuples autochtones en Bolivie ont déclaré illégale la présence sur leurs terres de la *Compañía Minera Malku Khota* (CMMK), une société de prospection et d’exploitation minière de droit bolivien. Cette décision a été justifiée par les dommages causés par les activités de la société. Ces activités auraient occasionné la pollution des terres et des cours d’eau, des atteintes aux droits collectifs des communautés autochtones, des violences et des abus envers leurs membres, particulièrement à l’endroit des femmes. Une vive opposition à l’activité minière de CMMK a engendré des violences et l’occupation des sites d’exploitation. Le 8 juillet 2012, le gouvernement bolivien a signé un mémorandum d’accord avec les populations locales. L’accord prévoyait la suspension de toute activité minière dans la zone et l’expropriation des concessions minières déjà accordées. Chose accordée, chose faite : conformément au mémorandum d’accord, l’État bolivien a exproprié CMMK. Par suite, la société canadienne *South American Silver (SAS)*, qui possédait les parts de CMMK, a déposé une requête contre l’État bolivien devant la Cour permanente d’arbitrage de La Haye. Devant le tribunal arbitral, l’État a expliqué qu’il avait décidé l’expropriation des concessions minières dans le but de protéger les populations locales contre les violences exercées par les travailleurs de CMMK et pour mettre fin au conflit social. Bien que le tribunal ait reproché à l’État bolivien de ne pas avoir versé d’indemnisation à CMMK en contrepartie des concessions expropriées, il a reconnu que le comportement reproché à l’État visait la protection des droits de l’Homme et des peuples autochtones : les raisons avancées par l’État constituaient ainsi un intérêt public légitime, conduisant à reconnaître le caractère licite de l’expropriation.

L’enseignement que fournit cette décision importante sur la relation entre les droits sociaux des populations et le droit international des investissements est double. L’acceptation de l’argument fondé sur les droits de l’Homme par le tribunal arbitral dans l’affaire *SAS* ne

¹ SANTULLI C., *Introduction au droit international : formation, exécution, application*, Paris, Pedone, 2013, p. 4.

montre pas seulement qu'il existe des points d'entrée des droits de l'Homme dans le droit international des investissements ; elle illustre la portée potentielle, dans l'arbitrage d'investissement, des arguments de l'État relatifs à la protection des droits sociaux des populations dont il a la responsabilité.

Cependant, l'intérêt de la décision dépasse le seul cadre du droit international des investissements. Les actions judiciaires internes ou internationales visant à rechercher la responsabilité des entreprises multinationales pour les conséquences négatives de leurs activités rencontrent encore des obstacles procéduraux importants. Dans ce contexte, l'affaire *SAS* illustre l'aptitude du droit international des investissements à servir d'alternative ou, à tout le moins, de moyen complémentaire aux mécanismes juridictionnels ou non-juridictionnels visant à sanctionner le comportement de l'entreprise. Cette dernière affirmation qui soutient que le droit international des investissements peut contribuer à la protection des droits sociaux dans un contexte transnational est renforcée par la raison suivante : en droit interne comme en droit international, la protection des droits sociaux est multiforme et découle de la mise en œuvre de mécanismes contentieux et non-contentieux². Pour cette raison même, la protection des droits sociaux peut être assurée dans le cadre du droit international des investissements.

Dès lors, la contribution que peut apporter le droit international des investissements à la protection des droits sociaux mérite d'être examinée davantage. C'est précisément en cela que réside l'ambition de cette étude : elle vise à rechercher, à travers l'analyse du droit conventionnel et du contentieux arbitral relatif aux investissements, s'il existe des moyens ou des possibilités juridiques susceptibles de permettre la protection des droits sociaux dans ce cadre juridique international. La conduite de cette recherche exige de préciser au préalable le cadre du sujet (**Paragraphe 1**) et d'en montrer l'intérêt (**Paragraphe 2**). La définition du cadre du sujet facilitera l'identification du problème à traiter ainsi que la présentation de la méthode et du plan de travail (**Paragraphe 3**).

² *Observation générale n° 9 relative à l'application du PIDESC au niveau national, 1998, E/C. 12/1998/24, para.9.*

Paragraphe 1. La précision du cadre du sujet

Engager une réflexion sur « la protection des droits sociaux en droit international des investissements » conduit à distinguer l'objet de l'étude du champ de l'analyse. L'objet de l'étude, tout d'abord, est la protection des droits sociaux dont il convient de donner une définition pour préciser quels « droits sociaux » rentreront dans le cadre de cette analyse (A). Son champ, ensuite, est le droit international des investissements, qu'il faut ici présenter comme le cadre contextuel de cette réflexion (B).

A. La définition des droits sociaux

Les droits sociaux sont des droits reconnus en droit interne comme en droit international. La définition et le contenu des droits sociaux auxquels il sera fait référence tout au long de cette étude seront ceux du droit international – et non ceux du droit interne.

Le choix de se référer tout au long de l'analyse aux droits sociaux tels qu'ils sont consacrés dans les traités de protection des droits de l'Homme et non dans les droits nationaux s'explique à un triple niveau. D'abord, les législations nationales sont disparates, voire divergentes, dans la protection substantielle des droits sociaux. Ensuite, les textes conventionnels ont l'avantage de présenter une valeur juridique uniforme des droits sociaux qu'ils consacrent. Enfin, les droits consacrés dans les textes qui sont privilégiés en raison de leur caractère universel (le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (ci-après PIDESC) et les droits consacrés dans les conventions conclues dans le cadre de l'Organisation internationale du Travail (OIT) tels qu'ils sont visés par la Déclaration OIT de 1998) sont repris ou complétés par d'autres traités et sont, pour la plupart des droits, consacrés dans les droits nationaux.

Ainsi, le choix s'explique par le souci d'avoir un objet d'étude clairement identifié. Or, les droits nationaux sont marqués par des disparités, voire des divergences en ce qui concerne la définition, le contenu et la valeur des droits sociaux (1). Pour toutes ces raisons, seront considérés les droits sociaux tels qu'ils sont consacrés dans le PIDESC et certaines conventions OIT (2).

1. La non-pertinence d'une définition interne des droits sociaux

Historiquement, les droits sociaux ont été consacrés dans les législations nationales, avant d'être protégés au niveau international³. Toutefois, la consécration interne de ces droits est marquée par des divergences notables entre les législations. Ces divergences empêchent de dégager non seulement un contenu clair, mais également une valeur juridique précise (en fonction du rang hiérarchique des normes les consacrant) de la catégorie des droits sociaux. Cette caractéristique joue d'autant plus en défaveur de la rétention d'une définition interne des droits sociaux en droit interne qu'il n'existe pas, tout comme en droit international, de définition précise des droits sociaux.

Une définition peut être tirée de la pratique constitutionnelle et législative des États, mais elle est intrinsèquement liée à la notion du « social ». Si cette notion est tout aussi insaisissable⁴, elle permet toutefois de préciser les fondements théoriques des droits sociaux. Ceux-ci peuvent être ainsi définis comme les droits de l'Homme reposant sur un triple fondement théorique : l'égalité et la justice sociale (ce sont des droits visant à corriger les injustices sociales), la solidarité (ce sont des droits visant la protection des personnes en situation de vulnérabilité et dans le besoin) et la dignité humaine (ce sont des droits de prestations permettant une vie digne).

Toutefois, ces fondements ne permettent pas l'identification d'une catégorie précise des droits sociaux, car ils sont le reflet de la pratique constitutionnelle et législative interne. Celle-ci est marquée par une absence d'uniformité qui rend difficile l'identification d'un fonds commun de droits sociaux⁵. La difficulté est accrue par le choix fait par certains constituants de qualifier les mêmes droits de « principes » ou de « directives » économiques et sociales⁶,

³ HERRERA C.-M., « La justiciabilité des droits sociaux : concept juridique et évolution jurisprudentielle », in ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 103-117 ; KATROUGALOS G., « La généalogie des droits sociaux au niveau national et international », in ALIPRANTIS N. (dir.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux : défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 13-34.

⁴ Sur les difficultés à définir le social et les droits sociaux : voir CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les droits sociaux : éléments de définition », in ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances, op. cit.*, p. 15-27.

⁵ Voir l'exercice auquel s'est soumise Constance Grewe dans GREWE C., « Les droits sociaux constitutionnels : propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue universelle des droits de l'Homme*, vol. 12 (2000), p. 85-92, spéc. p. 85 ss.

⁶ Voir par exemple l'intitulé du chapitre III du titre I de la Constitution espagnole du 29 décembre 1978, « Des principes directeurs de la politique sociale et économique ». Pourtant, cette constitution est admise comme sociale par la doctrine (voir CAMBOT P., « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : la notion », in GAY L., MAZUYER

tandis que d'autres les ignorent purement et simplement⁷. Dans les constitutions nationales, les droits sociaux sont tantôt définis de manière restrictive en lien avec le droit social (droit au travail, à la rémunération, aux congés, à des conditions de travail justes et équitables, à la liberté syndicale, droit de grève, à la détermination collective des conditions de travail, à la santé et à la sécurité des travailleurs), tantôt ils renvoient largement aux droits de l'individu en lien avec son existence sociale (droit à la protection de la santé, droit au logement, droit à des prestations matérielles, droit à l'éducation, droit à la protection des handicapés, des personnes âgées, des enfants...). Ils peuvent aussi, dans d'autres cas, viser les deux définitions à la fois.

Au regard de la divergence des législations nationales sur ce point, toute définition matérielle des droits sociaux, souvent adoptée par la doctrine⁸, est nécessairement limitée. En effet, « la délimitation [des droits sociaux] dépend largement de la définition appliquée, laquelle varie selon le type de classement retenu : droit subjectif, principe directeur, déclaration programmatique, garantie institutionnelle »⁹.

E. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 118-134).

⁷ Certains pays de la *Common Law* ne prévoient pas de droits sociaux dans leurs Constitutions (Australie, États-Unis, Nouvelle-Zélande, Royaume-Uni). D'autres le font. C'est le cas dans les exemples suivants : l'Irlande (le droit à l'éducation de l'article 42-4 et les « Principes directeurs » de l'article 45 de la Constitution du 1^{er} juillet 1937), l'Inde (les principes directeurs de la politique de l'État de la Section 4 de la Constitution de 1947) et dans une moindre mesure le Canada (dont l'article 23 de la Charte constitutionnelle des droits et libertés de 1982 sur le droit à l'éducation dans la langue de la minorité) et les États-Unis (en ce qui concerne certaines de leurs entités fédérées), l'Afrique du Sud.

⁸ Voir en ce sens une définition matérielle donnée par des auteurs constitutionnalistes : « la catégorie des droits sociaux comporte non seulement des droits sociaux traditionnels, comme les droits à l'emploi et à la sécurité sociale et l'obligation générale de l'État de protéger les groupes vulnérables, mais encore les libertés sociales (par exemple, la liberté d'association et la liberté syndicale), le principe d'égalité et de non-discrimination dans ses diverses manifestations et la protection des consommateurs et de l'environnement » (ILIOPOULOS-STRANGAS J. et ROUX T. (dir.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux. National and international perspectives on social rights*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. XI). La composante « environnement » prise en compte ici élargit davantage le contenu des droits sociaux et diminue de plus en plus la pertinence de la définition matérielle. Voir aussi, dans le même sens, l'énumération faite par José Alfonso Da Silva des droits sociaux dans la Constitution brésilienne de 1988. L'auteur y distingue « a) les droits sociaux concernant le travailleur, b) les droits sociaux concernant la sécurité, y compris les droits à la santé, à l'assurance et à l'assistance sociales ; c) les droits sociaux concernant la famille, l'enfant, l'adolescent et la personne âgée ; e) les droits sociaux concernant l'environnement » (cité par DA SILVA RAMOS, E., « Le contrôle juridictionnel des politiques publiques : l'« effectivation » des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988 », in ILIOPOULOS-STRANGAS J. et ROUX T. (dir.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux. National and international perspectives on social rights*, op. cit., 2008, p. 87-122, spéc. p. 93. Également dans sa définition des droits-créances constitutionnels, Laurence Gay inclut ce qu'il appelle des droits intellectuels (droit à l'éducation, droit à la culture...) (GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 13).

⁹ WEBER A., « L'idée des droits sociaux constitutionnels en République fédérale d'Allemagne », in GAY L., MAZUYER E. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 21-29, spéc. 23. Cette définition est partagée par la doctrine. Ainsi le professeur Carlos Miguel Herrera « place dans la catégorie de « droits sociaux » ainsi comprise, tout d'abord, des demandes qui touchent aux travailleurs, comme la liberté syndicale, le droit de grève et *last but not least*, le droit au travail. Dans un stade intermédiaire, on trouverait le droit à la sécurité sociale, bien que sa conception, selon certains sociologues, reste associée au travail comme activité, du moins en France. On recueillerait ensuite dans

En somme, en raison des différences constatées dans la consécration des droits sociaux dans les droits internes, une analyse qui voudrait prendre en compte une définition nationale des droits sociaux conduirait à considérer également les différences dans la protection des droits sociaux par les droits nationaux. Dans le cadre de ce sujet, la considération de ces différences changerait fondamentalement l'orientation de l'analyse du sujet. En effet, l'analyse vise également à apprécier la mise en œuvre par les États de leurs engagements internationaux en matière de droits sociaux. Pour toutes ces raisons, la préférence est donnée à la définition internationale des droits sociaux.

2. La préférence pour une définition des droits sociaux en droit international

La préférence pour une définition de droit international ne s'explique pas par l'existence d'une définition des droits sociaux en droit international qui serait plus précise que celle proposée par les droits nationaux. L'explication réside dans les avantages de la consécration des droits sociaux dans des textes conventionnels largement ratifiés. Ces avantages tiennent à l'uniformité de la valeur juridique des droits sociaux consacrés et à la complétude de la catégorie des droits sociaux qui résulte de la complémentarité entre les textes conventionnels qui les consacrent. Ainsi, par droits sociaux, il faut entendre les droits économiques et sociaux tels qu'ils sont consacrés dans le PIDESC¹⁰. Il est possible de distinguer deux grandes catégories de ces droits : le droit à un niveau de vie suffisant à l'article 11 du PIDESC, les droits qui y sont liés (le droit au logement, le droit à l'alimentation et le droit à l'eau) et le droit à la santé de l'article 12 d'une part, et les droits sociaux des travailleurs parmi lesquels les droits proclamés aux articles 6, 7 et 8 (le droit au travail, le droit à des conditions de travail dignes dont la santé et la sécurité au travail, le salaire minimum, le droit à la négociation collective et à la liberté syndicale). Seront également considérés les droits liés au travail qui sont inclus dans la Déclaration de l'OIT de 1998 (l'interdiction du travail forcé, l'interdiction du travail des enfants, l'interdiction de la discrimination)¹¹. Certains de ces droits font l'objet de conventions spécifiques adoptées dans le cadre de l'OIT¹².

cette forme juridique un ensemble de besoins qui « touche globalement à la société, mais dont les bénéficiaires ne sont pas toujours en condition de se fournir directement et librement sur le marché : le logement, la protection de la santé et même l'éducation. Parfois, on fait rentrer aussi les droits de la femme ou de l'enfant » (HERRERA C.-M., *Les droits sociaux*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 3).

¹⁰ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté en 1966 entré en vigueur le 3 janvier 1976 (et son protocole facultatif du 10 décembre 2008 entré en vigueur le 05 mai 2013).

¹¹ Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi (1998).

¹² A titre d'exemple, la Convention (n°87) de 1948 protège la liberté syndicale et le droit syndical, droit garanti l'article du PIDESC. Il en est de même de la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation

Ces deux catégories de droits sociaux (relevées dans le paragraphe précédent) partagent une dimension sociale et ce point commun rend inutile de rechercher un ordre d'importance entre les droits en question¹³. En effet, qu'ils gravitent ou non autour du noyau que constituerait le droit à un niveau de vie suffisant ou le droit au travail, les droits sociaux du PIDESC sont « *essentially humanitarian and aimed at providing human beings with a right to those basic subsistence needs that make life liveable in dignity, because no dignity can be said to be inherent in a jobless, hungry, sick, homeless, illiterate, and impoverished human being* »¹⁴.

De même, cette présentation prive d'intérêt la distinction entre les droits sociaux d'une part, et les droits économiques ou les droits culturels, d'autre part. La position ainsi adoptée trouve un appui dans les traités de protection des droits de l'Homme. Les textes conventionnels adoptent des dénominations différentes : « droits économiques, sociaux et culturels »¹⁵ ou « droits sociaux » (dans le système européen de protection des droits de l'Homme). Même dans le dernier cas qui semble comporter une relative précision, le choix de la dénomination « droits sociaux » n'a pas induit une liste réduite des droits sociaux concernés. La Charte sociale européenne révisée de 1961 contient l'éventail le plus large des droits sociaux, tandis que la « catégorie des droits sociaux » dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « est empreinte d'une certaine porosité et d'une certaine hétérogénéité »¹⁶. Dans le cas particulier de l'OIT, la notion de « droits fondamentaux au travail » s'accompagne seulement d'une définition énumérative¹⁷.

collective du 1er juillet 1949, la Convention (n°29) sur le travail forcé du 28 juin 1930, la Convention n°105 sur l'abolition du travail forcé 25 juin 1957, la Convention (n°138) sur l'âge minimum d'admission à l'emploi, du 26 juin 1973, la Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants du 17 juin 1999 ; la Convention (n°100) sur l'égalité de rémunération du 29 juin 1951 ; la Convention n°111 concernant la discrimination (emploi et profession) du 25 juin 1958.

¹³ Deux droits peuvent prétendre à représenter ce centre de gravité : le droit à un niveau de vie suffisant et le droit au travail (BEULAY M., « L'évolution du droit international social », in THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 1, p. 59-90).

¹⁴ BADERIN M.A. and MCCORQUODALE R. (eds.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2007, p. 9.

¹⁵ C'est le cas dans le système universel et dans les systèmes régionaux africains et américains de protection des droits de l'Homme.

¹⁶ RODIERE P., « Les droits sociaux fondamentaux face à la constitution européenne », in GAY L., MAZUYER E. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 233-254, spéc. p. 237.

¹⁷ La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi énumère, à travers une formulation équivoque, les principes ou droits fondamentaux suivants : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

De même, la doctrine a essayé de clarifier la distinction entre droits économique, social ou culturel, mais le résultat n'est pas satisfaisant. Certains auteurs acceptent, sans souvent y attacher un intérêt particulier, de distinguer entre droits sociaux, droits économiques et droits culturels¹⁸. D'autres s'y refusent au motif que tous ces droits se renforcent, mais également que chacun d'eux renferme une « préoccupation éminemment sociale, c'est-à-dire tendue vers l'objectif d'assurer une certaine dignité de vie pour les hommes et les femmes »¹⁹. Cette dernière position, fondée sur une définition large du « social », est confortée par les tentatives de distinction qui incluent dans les droits économiques ce que d'autres considèrent comme des droits sociaux²⁰. Par exemple, certains classent le droit de propriété parmi les droits civils et politiques au regard de la structuration des articles de la DUDH²¹, tandis que d'autres le considèrent également comme un droit économique²². Il en est de même du droit à un niveau de vie suffisant et le droit à la sécurité sociale, que certains incluent dans les droits économiques²³.

¹⁸ Par exemple, RIEDEL E.H., GIACCA G. and GOLAY C. (eds.), *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2016, p. 8-9.

¹⁹ THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A., « Introduction générale », in THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 1, p. 25-28, spec. p. 26. Ces auteurs avancent à l'appui l'exemple de la Charte sociale européenne révisée de 1961 qui, « bien qu'exclusivement « sociale » selon son intitulé, contient des dispositions relatives à des droits économiques sans un lien avec le travail et la sécurité sociale (v. not. Art.11 – droit à la protection de la santé ; art.13 -Droit à l'assistance sociale et médicale ; art. 14 – Droit au bénéfice des services sociaux ; art. 31 – Droit au logement), et réclame en outre des États parties qu'ils promeuvent l'accès à la culture (art. 15, 23 et 30), ce qui confirme que les droits économiques et culturels s'inscrivent généralement dans le domaine plus large du droit international « social » ».

²⁰ Eide Riedel et autres considèrent que les droits économiques regroupent les garanties et les demandes de participation à la vie économique de la communauté et y incluent le droit au travail (l'article 6 (1)) et le droit à un logement suffisant (article 11 (1)). Ils considèrent comme droits sociaux les droits liés au travail et le droit à la sécurité sociale des articles 6-9 du PIDESC. (EIBE H. RIEDEL, GIACCA G. and GOLAY C. (eds.), *Economic, social, and cultural rights in international law, op. cit.*, p. 8-9). Allant plus loin, Maya Randall regroupe dans les droits dits économiques qui sont « essentiellement les droits visant à l'origine à protéger les ouvriers, leur but étant de garantir les conditions de travail et une rémunération juste et équitable » les droits liés au travail (liberté syndicale, droit de grève, droit à une rémunération juste et équitable, droit des congés...). Elle les distingue des droits sociaux qui sont les droits qui permettent à un individu de se « mettre l'abri du besoin » : « le droit à la santé, le droit au logement, le droit à l'alimentation et à l'habillement, le droit à l'éducation et le droit à des prestations de sécurité sociale pour atténuer les risques spécifiques comme le chômage, la maladie et la vieillesse » (HERTIG M., « Typologie des droits de l'Homme », in HERTIG M. et HOTTELIER M. (dir.), *Introduction aux droits de l'Homme*, Cowansville, Y. Blais, 2014, p. 39-54, p. 45). Voir également HENNEBEL L. et TIGROUDJA H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, 2e éd., Paris, Pedone, 2018, p.1197 ss.

²¹ NOWAK M., « Social rights in international law: categorization versus indivisibility », in BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 2-18, spec. p. 3.

²² BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A., « Introduction », in BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights, op. cit.*, p. xxi.

²³ HERTEL S. and MINKLER L., *Economic rights: conceptual, measurement, and policy issues*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, spec. p. 3-6.

Enfin, une dernière précision s'impose relativement à l'intérêt de retenir des droits consacrés dans des conventions internationales. L'étude adopte une approche pragmatique qui consiste à considérer les droits sociaux tels qu'ils se présentent dans le droit international des investissements. La présentation de ces droits dans ce cadre juridique est ensuite appréciée au à l'aune des exigences de la protection internationale des droits sociaux. Cette approche conduit alors à accorder un grand intérêt au cadre juridique des investissements dont l'examen complète la précision du cadre du sujet.

B. Le droit international des investissements en tant que champ de l'analyse

Tant le droit substantiel que le contentieux arbitral relatif aux investissements présentent de l'intérêt dans le cadre de l'étude, en raison de leur complémentarité. Leur importance tient au fait que la protection des droits sociaux sera observée depuis le cadre juridique international des investissements. Dès lors, l'aptitude du droit matériel et du contentieux arbitral relatif aux investissements à favoriser la protection des droits sociaux ou à constituer un obstacle à leur protection sera importante à déterminer. Plus précisément, la recherche va privilégier dans le droit matériel la source conventionnelle (1) et, dans l'arbitrage d'investissement, la présentation des arguments conduisant à la détermination de la responsabilité de l'État (2).

1. La domination de la source conventionnelle

Le droit international matériel des investissements est constitué par trois sources principales : le droit coutumier, le droit conventionnel et les contrats d'investissement. Parmi ces trois sources, l'attention particulière qui sera accordée à la source conventionnelle - et dans une certaine mesure aux contrats d'investissement - est d'abord dictée par l'évolution du droit international des investissements. Historiquement, la source conventionnelle a joué et joue encore un rôle pivot qui permet d'adapter cette branche du droit à son contexte social en fonction des enjeux politiques et sociaux des époques successives.

Dans un premier temps, depuis le premier traité bilatéral conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan, la source conventionnelle a révolutionné le droit des investissements en faveur de la protection de l'investissement. En effet, avant l'avènement de la source conventionnelle, la recherche d'un traitement convenable de l'étranger et de ses biens n'était

satisfaite ni par le recours à la protection diplomatique²⁴ ni par l'égalité de traitement des étrangers et des nationaux²⁵. En cela, la domination de la source conventionnelle a été précédée et justifiée par la contestation des règles coutumières de protection de la propriété étrangère. Cette contestation a pu prendre la forme d'un simple refus de l'État d'honorer le paiement exigé en contrepartie de la nationalisation ou de l'expropriation de la propriété étrangère, occasionnant le recours par l'État d'origine de l'étranger à la « *diplomatie de la canonnière* »²⁶. Elle pouvait également prendre, dans d'autres cas, une forme diplomatique. À titre d'exemple, en 1910, Elihu Root affirmait l'existence d'une règle coutumière de protection des étrangers imposant à l'État de traiter de façon égalitaire les nationaux et les étrangers, mais à la condition que la protection accordée aux nationaux soit conforme au standard international²⁷. Plus tard en 1938, le secrétaire d'État américain Cordell Hull reprochait, dans une lettre adressée au gouvernement mexicain, la violation par ce gouvernement de l'obligation d'accorder aux étrangers expropriés, un paiement immédiat d'une indemnité²⁸. Dans sa réponse, le gouvernement mexicain n'a pas seulement réfuté l'existence en droit international d'une telle obligation ; il a soutenu en outre que les expropriations de terres opérées dans le cadre de la réforme agraire répondaient aux besoins du peuple mexicain révolutionnaire²⁹.

Des objections se sont élevées contre de telles positions. Une première objection est venue des pays d'Amérique latine avec la doctrine dite *Calvo*³⁰. Les échanges de lettres entre

²⁴ La protection diplomatique a été jugée inadaptée en raison de la discrétion dont dispose l'État dans l'engagement de la procédure (BISHOP R.D., CRAWFORD J. and REISMAN W.M., *Foreign investment disputes : cases, materials, and commentary*, Second edition, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014, p. 3).

²⁵ La question se pose encore aujourd'hui de la nécessité de maintien d'un traitement différent de l'investisseur dans les ordres juridiques internes des États connaissant un niveau avancé de la pratique de l'état de droit, ROBERT-CUENDET S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in Robert-Cuendet S. (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 247-297, spec. p. 290.

²⁶ LEBEN C., « Droit international des investissements : un survol historique », in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 1-77 ; JOHNSON T. and GIMBLETT J., « From gunboats to BITS : the evolution of modern international investment law », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2017, p. 85-144. Ces deux derniers auteurs relèvent ainsi que le recours à la force par les puissances occidentales avant la Première Guerre mondiale n'a jamais été une fin en soi : « *The objective was typically to encourage an adjudication of the claims subject to diplomatic protection under standards that those powers would deem acceptable.* » (*Ibid.*, p. 90)

²⁷ « *There is a standard of justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form a part of the international law of the world* » (ROOT E., « The Basis of Protection to Citizens Residing abroad », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law, op. cit.*, p. 220-229, p. 223).

²⁸ « *The right of compensation is unquestioned under international law.* » (Voir les échanges de lettres entre le secrétaire d'état Cordell Hull et le ministre mexicain des affaires étrangères Eduardo Hay dans ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law, op. cit.*, 234-263, spec. p. 236).

²⁹ *Ibid.*, p. 241.

³⁰ Du nom du juriste argentin Carlos Calvo, la doctrine Calvo affirmait un traitement égalitaire des étrangers et des nationaux ainsi que la soumission des étrangers aux tribunaux nationaux.

le ministre mexicain des Affaires étrangères Hay Eduardo et le secrétaire d'État, Cordell Hull, peuvent être encore présentés comme la preuve de cette objection³¹. Près de cinquante ans plus tard, une seconde opposition a été formulée par les pays du Sud au sein de l'ONU à travers la revendication d'un Nouvel ordre économique international (NOEI)³².

Ces contestations ont contribué à remettre en cause l'existence de règles coutumières de protection de l'investissement³³. Toutefois, elles n'ont pas empêché le développement d'une pratique de règlement par voie arbitrale des différends relatifs à la protection de la propriété étrangère. L'acceptation progressive par les États contestataires des mécanismes de résolution des différends a entraîné celle des règles de fond contenues dans les traités d'amitié et de commerce. La substitution des traités bilatéraux d'investissement (TBI) à ces derniers a radicalement changé le cadre juridique des investissements en faveur de la protection de l'investissement à deux égards. Elle a davantage facilité l'acceptation des règles contestées sous leur qualification de droit coutumier tout en permettant la diffusion du mécanisme de l'arbitrage d'investissement.

Aujourd'hui accompagnés d'un nombre croissant d'accords commerciaux, multilatéraux ou non, incorporant des chapitres relatifs aux investissements, ces TBI présentent globalement des caractéristiques communes. Ils admettent traditionnellement une définition extensive des investissements et/ou de l'investisseur. En général, les engagements pris par l'État s'appliquent à partir de l'admission des investissements, mais certains traités accordent une protection dès la phase de pré-établissement³⁴. La protection que l'État d'accueil doit fournir à l'investissement et à l'investisseur est exprimée en standards ou règles de traitement

³¹ HAY E. and HULL C., « The Hull Formula. Exchange of Letters between Cordell Hull and the Mexican Government », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law, op. cit.*, 2017, p. 235-271.

³² Voir sur l'actualité du NOEI : SATTOROVA M., « The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good », in HO J. and SATTOROVA M. (eds.), *Investors' international law*, Oxford, Hart, 2021, p. 45-69, spec. p. 61.

³³ PAPANIKOLAOU M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013; DUMBERRY P., *The formation and identification of rules of customary international law in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 69-78, 92-115. Jean D'Aspremont, constate qu'en raison de cette contestation, « *the standards that had allegedly emerged fell short of providing sufficient substantive guidance and were beset by a lack of normativity – a finding which in itself traditionally sufficed to prevent the emergence of customary international law* » (D'ASPREMONT J., « International Customary Law: Story of a Paradox », in GAZZINI T. and BRABANDERE E.D. (eds.), *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden, Nijhoff, 2012, p. 5-47, spec. p. 16); SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Fourth edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 145-161. Contra. WESTON H.B., « The Charter of Economic Rights and Duties and the Deprivation of Foreign-owned Wealth », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law, op. cit.*, p. 780-828.

³⁴ C'est le cas de nombres de TBI conclus avec les États-Unis.

et de protection³⁵. D'une part, les standards ou règles de traitement peuvent être classés en standards ou règles de traitement relatifs ou absolus. Le caractère relatif est défini par comparaison entre le traitement reconnu par un investisseur donné et celui accordé soit aux investisseurs nationaux (le traitement national, la non-discrimination) soit aux investisseurs et/ou aux investissements d'autres États non parties au traité d'investissement, présents sur le territoire de l'État d'accueil (la clause de la nation la plus favorisée). À l'inverse, le caractère absolu désigne l'absence de critère comparatif. Il caractérise le standard de traitement minimum (de plus en plus précisé dans les accords d'investissement) et le standard de traitement juste et équitable. D'autre part, ces standards ou règle de traitement s'accompagnent presque toujours de règles de protection. La règle de sécurité et de protection pleine et entière, l'interdiction d'exproprier directement ou indirectement les biens étrangers sans fournir de compensation adéquate, l'interdiction de l'arbitraire constituent le corps des règles de protection. En somme, ces règles formulent des obligations dans un sens unique : ces obligations sont imposées à l'État qui s'engage à permettre à l'investisseur d'atteindre les profits escomptés de son investissement.

Dans un second temps, à partir des années 2000, la source conventionnelle tend à rendre compte des changements récents au plan juridique et social international. Cette tendance est marquée par la prise en compte dans les récents traités d'investissement des dispositions relatives au développement durable et à d'autres considérations sociales. Ainsi, dès le début des années 2000 et à la suite de la mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), les États-Unis d'Amérique ont inséré dans leur nouveau modèle de traité d'investissement de 2004 des dispositions relatives à l'environnement et aux droits sociaux respectivement aux articles 12 et 13. À titre d'exemple, l'article 12.2 précise que « *Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.* »³⁶. De nombreux accords d'investissement ont suivi cette nouvelle pratique

³⁵ L'utilisation du terme standard sert seulement à évoquer le caractère flexible du contenu des normes conventionnelles désignées (voir la définition du standard : LAGELLE A., *Les standards en droit international économique: Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Paris, Editions L'Harmattan, 2014, p. 54). Elle ne préjuge pas de leur requalification possible en règles et/ou en principes que les tribunaux peuvent opérer en fonction de l'objectif visé par leur argumentation (dans ce dernier sens : MITSU M., *The decision-making process of investor-state arbitration tribunals*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, spec. Chapitre 2, p. 29 ss).

³⁶ 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. Voir GAGNÉ G. and MORIN J.-F., « The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT », *Journal of International Economic Law*, vol. 9 (2006), n° 2, p. 357-382.

conventionnelle en insérant des références sociales dans les préambules et dans le corps des TBI.

En raison de cette importance de la source conventionnelle, la prédilection pour cette source dans la suite de l'analyse paraît justifiée³⁷. La source conventionnelle se présente en effet comme un outil moins rigide que la source coutumière et, en cette qualité, elle facilite à une plus grande échelle que la source contractuelle l'adaptation du droit international à l'évolution des enjeux sociaux. C'est ainsi qu'elle influence le contentieux arbitral relatif aux droits sociaux.

2. L'accent mis sur la phase de la recherche de la responsabilité de l'État dans le contentieux arbitral relatif aux investissements

L'organisation de la procédure contentieuse qui conduit (ou non) au constat de la responsabilité de l'État par un tribunal arbitral présente pour l'État des contraintes pesant significativement sur la protection des droits sociaux. Cette organisation donne un aperçu presque complet des enjeux que soulève la protection des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement.

D'une part en effet, les contraintes découlant des engagements pris par l'État dans les accords d'investissement sont accentuées par le contrôle du respect de ses engagements conventionnels par les tribunaux arbitraux. L'effectivité de la protection de l'investissement organisée par le traité d'investissement est garantie par la reconnaissance exclusive d'un droit procédural au bénéfice de l'investisseur. En vertu de ce droit, l'investisseur peut demander la constitution d'un tribunal arbitral à l'effet de faire trancher un différend qui l'oppose à l'État d'accueil et qui est relatif au respect par ce dernier des règles de protection décrites. Dans la pratique, cette saisine est fortement facilitée par plusieurs facteurs. Les plus significatifs sont

³⁷ L'analyse mettra l'accent sur les dispositions conventionnelles de protection des investissements en tant de paix. L'application des accords d'investissement en période de conflit armé soulève des questions qui relèvent à la fois du droit des conflits armés et du droit international des investissements. Bien que la protection des droits sociaux soit en jeu dans ces circonstances, l'inclusion des périodes de conflit armé dans l'analyse à une extension des développements qui fait courir le risque de perdre le fil de la démonstration. En tout état de cause, la littérature sur ce point devient progressivement importante ; le sujet fait déjà l'objet de productions scientifiques intéressantes qui donnent un aperçu général des enjeux qu'elle soulève. Voir à titre indicatif : ACKERMANN T. and WUSCHKA S. (eds.), *Investments in conflict zones: the role of international investment law in armed conflicts, disputed territories, and « frozen » conflicts*, Leiden, The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2021; FACH GÓMEZ K., GOURGOURINIS A. and TITI C., *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, Cham, Springer International Publishing, 2019; ZRLIC J., *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

le contournement de l'obligation de saisine préalable du juge national ou de l'épuisement des voies de recours internes et l'institutionnalisation de l'arbitrage d'investissement³⁸.

La création en 1965 du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements par la Convention de Washington a donné un souffle nouveau au droit international des investissements. La Convention prévoit un système autonome qui permet au Centre d'assister les parties, depuis la constitution du tribunal arbitral qui appliquera les règles du Centre d'arbitrage jusqu'à la sentence finale que la Convention rend exécutoire sur le territoire de chaque État partie. L'activité du Centre est devenue très importante grâce à la « jurisprudence » arbitrale relative au consentement à l'arbitrage CIRDI. Depuis les affaires *SPP et APPL*³⁹, le consentement de l'État à la compétence du centre n'est plus soumis à l'exigence d'un consentement individuel pour chaque affaire. Ces affaires ont apporté une révolution dans l'appréciation du consentement de l'État à l'arbitrage CIRDI. Le consentement décalé (*arbitration without privity*) renvoie à la considération que l'État fait une offre permanente d'arbitrage dans sa loi nationale ou le traité d'investissement et qu'il suffit à l'investisseur d'accepter cette offre à tout moment en mettant en mouvement la procédure arbitrale⁴⁰. Outre la particularité de la procédure, l'interprétation par le tribunal arbitral de règles au contenu imprécis est de nature à renforcer et à faciliter l'admission de la responsabilité de l'État.

D'autre part, il n'a pas été jugé pertinent de consacrer des développements spécifiquement à la réparation, dont certains aspects seront néanmoins traités. Certes, la réparation comme conséquence de la reconnaissance de la responsabilité de l'État présente une problématique entière et importante pour les droits sociaux en raison des lourdes condamnations financières imposées à l'État perdant. Un auteur en parle en termes de

³⁸ RIVIER R., « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 413-483.

³⁹ On désigne par ces sigles les sentences rendues dans les affaires suivantes : *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, *Decision on Jurisdiction*, 14 April 1988; *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, 27 Juin 1990. Voir PAULSSON J., « The Tipping Point », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEKAIN M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2015, p. 85-95.

⁴⁰ PAULSSON J., « Arbitration Without Privity », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 10 (1995), n° 2, p. 232-257.

« *crippling compensation* » pour marquer le caractère excessif de certaines condamnations⁴¹, témoignant du fait que l'un des enjeux de la réparation des violations de traités sur les droits sociaux réside dans la forme de la réparation et le choix des méthodes de calculs⁴². Toutefois, ces aspects n'ont pas encore révélé une influence suffisamment directe sur la protection des droits sociaux pour justifier que de longs développements spécifiques leur soient consacrés⁴³. Cette influence indirecte s'explique en partie par l'absence de règles conventionnelles relatives à la réparation : les règles de réparation du comportement illicite de l'État ne sont pas conventionnellement prévues par les traités d'investissement. L'absence de traitement spécifique conduit les tribunaux à appliquer le droit international coutumier⁴⁴. Les règles d'évaluation des dommages ne sont pas non plus conventionnellement spécifiées, sauf dans le cas de l'expropriation.

En outre, les atténuations possibles de l'importance du montant de la réparation ne sont pas dissociables des déterminations du tribunal sur les questions juridiques soulevées, notamment au fond de l'affaire. Par exemple, dans le cas de l'expropriation, l'atténuation résultant de la prise en compte du caractère légal de l'expropriation conduit certains tribunaux à considérer que la licéité de l'expropriation dépend du comportement de l'Etat. Si l'État accepte l'obligation de payer ou s'il prend des mesures en ce sens⁴⁵, les tribunaux peuvent estimer, comme le tribunal dans l'affaire *Tidewater v. Venezuela*, que « *an expropriation only*

⁴¹ PAPANISKIS M., « Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor-State Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (2021), p. 1-24.

⁴² Voir les travaux de Diane Desierto notamment : DESIERTO D.A. and DESIERTO D.A., « Investment Pricing and Social Protection: A Proposal for an ICESCR-adjusted Capital Asset Pricing Model », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28 (2013), n° 2, p. 405-419; DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law: The ICESCR in Trade, Finance, and Investment*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁴³ Par ailleurs, des travaux auxquels on peut se référer ont déjà été consacrés à cette question. Voir notamment LIBERTI L., « The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in assessing Compensation », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 556-564 ; BONNITCHA J., « Democracy, Development and compensation under Investment Treaties : The Case of Transition from Authoritarian Rule », in SCHILL S., TAMS C.J. and HOFMANN R. (eds.), *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 285-308 ; MARBOE I., « Compensation and Damages in International Law : the Limits of « Fair Market Value » », *Journal of World Investment & Trade*, vol 7 (1), 2006, p. 723-759.

⁴⁴ RUBINS N., SINHA V. and ROBERTS B., « Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration », in BEHARRY C.L. (dir.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2018, p. 171-204, spec. p.172.

⁴⁵ Comme le resumait un auteur, « *if the State has made efforts to pay compensation, has started negotiations, has established a commission to determine the amount of compensation, or has made an offer of compensation in good faith, the State should not be blamed for unlawful behavior, even if it had not paid compensation* » (MARBOE I., « Assessing Compensation and damages in expropriation versus non-expropriation cases » in BEHARRY C.L. (dir.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, op. cit., p. 111-141, spec., p. 132).

wanting fair compensation has to be considered as a provisionally lawful expropriation, precisely because the tribunal dealing with the case will determine and award such compensation »⁴⁶. C'est ainsi que certains principes limitant le montant de la réparation sont bien entendu traités dans la thèse (la faute contributive, les demandes reconventionnelles, l'état de nécessité). Outre le fait que ces principes atténuants sont, dans une certaine mesure, généraux et ne concernent pas spécifiquement les droits sociaux, leur impact pratique sur la réduction de l'indemnisation due par l'État n'est pas toujours évident. Dans le cas de l'état de nécessité, l'article 27 des Articles de la Commission du droit international (CDI) sur le fait intentionnellement illicite ne dispense pas l'État de l'obligation d'indemnisation en cas d'invocation réussie de l'état de nécessité⁴⁷. Dans la pratique, il est arrivé toutefois que les tribunaux prennent en compte l'état de nécessité invoqué par l'État au niveau de la réparation du dommage⁴⁸.

Regardant spécifiquement les droits sociaux, leur influence dans le choix de la méthode de calcul du dommage est encore attendue⁴⁹. Un des aspects de la réparation le plus pertinent en termes de prise en compte des droits sociaux est la considération du niveau de développement, le point étant que les condamnations à des sommes importantes peuvent avoir un impact négatif sur la capacité de l'État à répondre à ses obligations relatives aux droits sociaux. Toutefois, la prise en considération de ce point au stade de la réparation n'est pas sans difficulté. En effet, en pratique, il est difficile de trouver des affaires qui attestent la prise en compte du niveau de développement⁵⁰. En outre, la prise en compte pourrait requérir des tribunaux une appréciation difficile du niveau du développement de l'Etat en question⁵¹.

⁴⁶*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, 13 March 2015, para. 141.*

⁴⁷Projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001). Documents officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, Cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10).

⁴⁸*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, para. 226-228, 267.*

⁴⁹Certains auteurs citent l'affaire *Urbaser v. Argentina Republic* (voir FACCIO S., *Indirect Expropriation in International Investment Law: Between State Regulatory Power and Investor Protection*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 237-239), mais la prise en compte par le tribunal du fait qu'il s'agit d'un litige relatif au droit à l'eau n'a pas concerné le calcul du dommage, mais a plutôt porté sur la répartition des coûts de la procédure.

⁵⁰Voir dans le cas du traitement juste et équitable, les positions opposées de TUDOR I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, OUP Oxford, 2008, p. 228 et de PAPANIKOLAOU M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 9.

⁵¹BONNITCHA J., « Democracy, Development and compensation under investment treaties: The case of transition from authoritarian rule », in SCHILL S., TAMS C.J. AND HOFMANN R. (eds.), *International Investment Law and Development: bridging the Gap, op. cit.*

Pour toutes ces raisons, la prise en compte de certains aspects de la réparation (l'évaluation du dommage et le calcul de l'indemnisation) conduit davantage à formuler des vœux. A ce propos, la professeure Diane Desierto propose que le respect continu des obligations de l'Etat soit considéré comme un risque pour l'investisseur dans l'évaluation de ses attentes légitimes et que ce risque soit pris en compte dans le calcul de l'indemnisation⁵².

La précision de l'objet de l'étude et du cadre juridique de l'analyse permet de présenter dès à présent les enjeux de l'étude.

Paragraphe 2. L'intérêt du sujet

L'étude de la protection des droits sociaux en droit international des investissements présente un intérêt à travers la contribution au traitement de deux problématiques spécifiques du droit international. Elle apporte en effet des éléments de réponse à la question de l'application des obligations étatiques en matière de droits sociaux **(A)** et à celle de la responsabilité sociale des entreprises en droit international **(B)**.

A. La contribution à l'étude des obligations relatives aux droits sociaux

De façon générale, l'apport de l'étude tient avant tout à l'affirmation que les préoccupations sociales suscitées par les activités d'investissement peuvent être traitées par le recours à des moyens juridiques fondés sur la défense des droits sociaux. L'ambition de la thèse est de rendre compte de la pertinence de recourir aux droits sociaux pour répondre aux préoccupations sociales suscitées par les activités d'investissement. Cette orientation conduit à appréhender la protection des droits sociaux à la fois comme un moyen visant à répondre aux préoccupations sociales suscitées par les activités d'investissement et comme un objectif de l'évolution du droit international des investissements. De ce point de vue, l'étude vise à montrer que les droits et obligations des instruments internationaux de protection des droits sociaux, notamment ceux du PIDESC peuvent être mis en œuvre dans un cadre juridique qui, *a priori*, s'y prête peu. Cet apport est mieux compris lorsqu'on l'inscrit dans l'évolution du débat autour des obligations du PIDESC.

⁵² DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law : The ICESCR in Trade, Finance, and Investment*, Oxford University Press, 2015, p. 352-365.

Les critiques relatives au caractère programmatique des obligations du PIDESC et au déni du caractère de droits de l'Homme aux droits sociaux en raison des difficultés que soulève leur mise en œuvre sont encore fréquentes. Récemment, un auteur définissait encore les droits sociaux par leurs limites supposées⁵³. Ce n'est pas le lieu de discuter les critiques sur le contenu des droits sociaux – dont certaines sont bien fondées⁵⁴. Le constat qu'il convient de relever est le caractère surmontable de ces critiques au regard de la pratique qui a enrichi et qui a fait évoluer le débat sur la mise en œuvre des obligations en matière de droits sociaux.

D'une part, depuis l'adoption du PIDESC, la critique relative au contenu programmatique des droits sociaux a suscité des réponses convaincantes non seulement dans la doctrine⁵⁵, mais aussi et surtout dans la pratique. En droit interne, les droits sociaux connaissent aujourd'hui une effectivité juridictionnelle, en partie grâce à l'activisme des ONG et associations et aux stratégies judiciaires des avocats⁵⁶. Les actions judiciaires ont incité les juges à adopter des approches novatrices qui donnent lieu, à certains égards, à des jurisprudences heureusement surprenantes⁵⁷. Une étude pragmatique des décisions des cours constitutionnelles observait certes que certaines cours continuent de se retenir d'apprécier les arguments relatifs à la disponibilité des ressources financières et d'ordonner des réparations

⁵³ « *Once a right is interpreted as requiring means unavailable in many States or requiring the setting up of priorities between different rights or different categories of persons, they qualify as social rights* ». (BOSSUYT M., *International Human Rights Protection : Balanced, Critical, Realistic*, Cambridge, Antwerp, Intersentia, 2016, p. 20). En conséquence, « *when recognising the competence of international courts to verify the respect of treaty in the field of human rights, the transfer of competences from the national legislator to the international judge is much greater with respect to social rights than respect to civil rights and fundamental freedoms* » (*Ibid.*, p. 23).

⁵⁴ Bien que défendant les droits du Pacte, certains auteurs reconnaissent les limites rédactionnelles du PIDESC. Sepulveda critique ainsi la formulation de certains droits dans des « *shorthand titles* » : le droit au travail (SEPULVEDA C.M.M., *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 7). Sans réfuter la justiciabilité des droits sociaux, un autre auteur estime que certaines conditions préalables doivent être remplies avant la mise en œuvre du rôle du juge : par exemple l'établissement de standards généralement acceptés en matière d'éducation, de santé, de logement ; ou encore les décisions politiques préalables en matière de redistribution de richesse (GHAI Y.P. and COTTREL J., « *The role of courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights* », in GHAI Y.P. and COTTREL J. (eds.), *Economic, social & cultural rights in practice: the role of judges in implementing economic, social & cultural rights*, London, Interights, 2004, p. 58-89, p. 60).

⁵⁵ Voir par exemple VAN HOOFF G.J.H., « *The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some Traditional Views* », in ALSTON P. and TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1984, p. 97-110.

⁵⁶ KLARE K., « *Critical Perspectives on Social and economic rights, democracy and separation of powers* », in ALVIAR GARCÍA H., KLARE K. and WILLIAMS L.A. (eds.), *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*, London, Routledge, 2015, p. 3-22.

⁵⁷ ROMAN D. (dir.), « *Droits des pauvres, pauvres droits ?* » *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010 ; LANGFORD M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; BARAK-ÈREZ D. (ed.), *Exploring Social Rights*, *op. cit.* ; COOMANS F. (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen, Intersentia, 2006.

financières. Elle concluait cependant que le constat général était la justiciabilité des droits sociaux⁵⁸. Cette attitude des cours constitutionnelles ne nie pas le fait que les capacités limitées d'un État ne doivent pas être prises en compte, elle soutient seulement que cette prise en compte peut être le fait du juge qui trouvera un équilibre entre les enjeux en présence lorsque l'État a manqué à ses obligations.

D'autre part, en droit international, l'approche par les obligations s'inscrit dans une logique de dépassement des obstacles théoriques par la mise en œuvre concrète des droits sociaux. Elle consiste à identifier et à considérer les obligations de l'État en matière de droits sociaux dans un contexte juridique particulier. À la suite de l'adoption du PIDESC, certaines positions de défense des droits sociaux se sont focalisées sur la détermination du contenu des droits sociaux et la « théorisation » de leur normativité. Estimant que les conditions du suivi du respect des dispositions du Pacte par le système de rapport n'étaient pas encore remplies, Audrey Chapman s'est toutefois démarquée de cette tendance. Elle a d'abord constaté que la démarche de conceptualisation des droits sociaux comme préalable à l'opération de suivi du respect de ces droits est un parcours long et peu évident⁵⁹. Elle a ensuite proposé une alternative consistant en l'adoption d'une approche centrée sur les violations des obligations. Le fond de son argumentation est d'éviter de faire de l'absence de conceptualisation des droits sociaux un obstacle à leur effectivité. Dans un contexte relativement différent, marqué par l'émergence de la « jurisprudence » du CODESC et par une œuvre doctrinale importante⁶⁰, Carmona Sepulveda s'est inscrite dans cette démarche. Son étude sur la nature des obligations du PIDESC adopte

⁵⁸ « *As a general rule, however, the courts (...) appear much less preoccupied with these concerns than academics and traditional jurists in the older constitutional democracies might imagine. At times, courts issue blunt orders that impose considerable costs on the public fisc. In other instances, courts seek a middle ground between aggressive and rubber-stamp complacency (...) Courts feel authorized and competent to engage with and review resource-allocation decisions made by government at least to some, undefined extent; and courts assume a role in assessing legislative trade-offs about the allocation of public resources* » (WILLIAMS L. A., « Resource questions in social and economic rights enforcement. A Preliminary view », in ALVIAR GARCÍA H., KLARE K. and WILLIAMS L.A. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice: Critical Inquiries*, op. cit., p. 43-64, p. 60).

⁵⁹ CHAPMAN A.R., « A "Violations Approach" for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 18 (1996), n° 1, p. 23-66.

⁶⁰ Il suffit de rappeler le travail auquel a abouti la réunion des experts sous l'égide de trois institutions (la commission internationale des juristes, le Centre des droits de l'Homme de l'université de Limburg à Maastricht et la Urban Morgan Institute for Human Rights de l'Université américaine de Cincinnati). Ces experts ont été réunis en 1986 pour étudier la nature et l'étendue des droits sociaux. Leurs travaux ont abouti à la formulation des principes de Limburg repris comme documents officiels des Nations Unies. Ces institutions ont poursuivi le travail en 1997, cette fois, en vue d'identifier les différentes violations des droits sociaux. Ainsi virent le jour les lignes directrices de Maastricht sur les violations des droits économiques, sociaux et culturels. Les principes de Maastricht reprennent les trois niveaux des obligations et classent les violations entre les violations par action et violations par omission.

une approche fondée sur les obligations des États⁶¹. Ces travaux conduisent à relativiser l'argument justifiant la réticence des États à mettre en œuvre leurs obligations en matière de droits sociaux par le fait que ces obligations sont vagues ou progressives⁶².

Ce raisonnement ne vise pas à nier l'importance de poursuivre les recherches en vue de la clarification du contenu des obligations⁶³. L'évolution décrite justifie seulement l'opportunité de passer à une étape supérieure, celle de la mise en œuvre de ces obligations. Ainsi, en droit international des investissements, la professeure Diane Desierto s'est intéressée à la manière dont les États pourraient prendre en compte, de façon préventive, dans le droit conventionnel et dans les contrats, leurs obligations en tant que parties au PIDESC⁶⁴. Cette position s'appuie sur les observations générales et les conclusions du CODESC. Elle est également confirmée par l'Observation générale n° 24 de ce Comité⁶⁵.

La contribution de notre étude s'inscrit dans cette évolution. Elle considère que les obligations en matière de droits sociaux sont non seulement susceptibles d'application en droit international des investissements, mais aussi que ces obligations sont prises en compte à certains égards. En ce sens, la dernière version du projet de traité révisé sur les entreprises et les droits de l'Homme reprend une interprétation des traités de droits de l'Homme relativement à leurs obligations dans le cadre de leurs relations économiques internationales⁶⁶. L'article 14.5

⁶¹ SEPÚLVEDA CARMONA M.M., *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 4.

⁶² Voir pour une position qui défend la spécificité de ces caractéristiques des obligations de droits sociaux : PUTTI C., *Les obligations internationales des États en matière de droits économiques, sociaux et culturels : L'édification d'un régime obligataire spécifique aux droits à réalisation progressive*, thèse de doctorat en droit public soutenue le 14 février 2020, Aix-Marseille Université, 592 p.

⁶³ Voir GHAI Y.P. and COTTREL J., « The Role of Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights », *op. cit.* Ces auteurs énumèrent les facteurs conditionnant à leurs avis la pleine réalisation des droits sociaux : « *the complexity and interconnectedness of ESCR; b) the need for elaborating standards (for defining obligations/entitlements) and benchmarks for targeting, measuring and monitoring; c) the need for implementation to be specific to the circumstances of nation and culture; (d) the need to identify the causes of lack of rights; (e) the need to identify the nature of obligations and holder of obligations/entitlements; (f) the need for appropriate institutions for different tasks (scientists, agriculturalists etc. as well as monitoring bodies, and so on); g) the need for international cooperation (connected to debt relief as well as conditionalities); h) the role of international monitoring or supervision; and i) the diverse ways in which the right can be implemented, not all requiring actual provision of services by the state* » (*Ibid.*, p. 65).

⁶⁴ Voir DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law*, *op. cit.* Certains travaux antérieurs ont abordé le sujet de manière relativement moins détaillée : DUMBERRY P. and DUMAS-AUBIN G., « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITS », in SAUVANT K.P. (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*. Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 569-600.

⁶⁵ *Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises*, 2017, E/C.12/GC/24.

⁶⁶ *Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises With Respect to Human Rights (OEIGWG), Revised draft of a legally binding instrument to regulate, in*

du projet prévoit que les futurs États parties doivent s'assurer d'une part que les accords de commerce et d'investissement existants sont interprétés et appliqués d'une manière conforme à leurs obligations en matière de droits de l'Homme. Ils doivent s'assurer, d'autre part, que leurs futurs traités de commerce et d'investissement sont compatibles avec ces obligations. Notre étude fournira de premiers éléments de réponse à la question de savoir si les États prennent adéquatement en compte leurs obligations en matière de droits sociaux dans les traités et projets de traités existants.

Ainsi, une jurisprudence croissante montre l'évolution importante de la justiciabilité des droits sociaux dans les droits internes. Les actions à entreprendre par les États pour se conformer à leurs obligations sont désormais assez bien définies. Elles ont donné lieu à des conclusions et à des décisions des organes de contrôle des traités. Sur la base de ces constatations, le CODESC a adopté des observations générales très détaillées sur les obligations des États⁶⁷. Il ne reste plus alors qu'à analyser la mise en œuvre par les États de ces obligations dans la pratique de leurs relations économiques dont l'investissement international sert de cadre illustratif.

B. La contribution à la recherche de solution à la responsabilité sociale des entreprises en droit international

Cette thèse s'inscrit dans l'actualité du droit international en matière de responsabilité juridique des entreprises transnationales. Cette actualité peut être illustrée par le projet de traité

international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, 2019. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

⁶⁷ Observation générale n° 2 relative aux mesures d'assistance internationales, d'assistance technique, 1990, document E/1990/23. ; Observation générale n° 3 relative à la nature des obligations des États, 1990, document E/1991/23 ; Observation générale n° 4 relative au droit à un logement suffisant, 1991, document E/1992/23. ; Observation générale n° 5 relative aux personnes souffrant d'un handicap, 1994, document E/1995/22. 132 ; Observation générale n° 7 relative au droit à un niveau de vie suffisant, 1997, document E/1998/22. ; Observation générale n° 8 relative à l'application du PIDESC, 1997, document E/C. 12/1997/8. ; Observation générale n° 9 relative à l'application du PIDESC au niveau national, 1998, E/C. 12/1998/24., *op. cit.* ; Observation générale n°12 relative au droit à une nourriture suffisante, 1999, E/C.12/1999/5 ; Observation générale n°14 relative au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, E/C.12/2000/4 ; Observation générale n°15 relative au droit à l'eau, 2002, E/C.12/2002/11 ; Observation générale n°18 relative au droit au travail, 2006, E/C.12/GC/18 ; Observation générale n°19 relative au droit à la sécurité sociale, 2008, E/C.12/GC/19 ; Observation générale n° 20 relative à la non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2009, E/C.12/GC/20 ; Observation générale n°21 relative au droit de chacun de participer à la vie culturelle, 2009, E/C.12/GC/21 ; Observation générale no 22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 2016, E/C.12/GC/22 ; Observation générale no 23 sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 2016, E/C.12/GC/23 ; Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, 2017, E/C.12/GC/24, *op. cit.*

juridiquement contraignant pour les entreprises en matière de droits de l'Homme. Outre le fait qu'il est encore au stade de projet, ce projet peut lui-même faire l'objet d'une analyse sur le point de savoir dans quelle mesure ses dispositions peuvent être prises en compte par un tribunal arbitral. C'est dire toute l'importance de l'analyse directe de la protection des droits sociaux dans le droit international des investissements.

L'encadrement difficile des activités transnationales des entreprises multinationales est la preuve de l'existence d'une zone grise dans la protection des droits sociaux dans le contexte de l'investissement international. L'échec en droit international de l'adoption d'un instrument contraignant pour les entreprises multinationales en matière de droits de l'Homme a conduit dans la pratique à des initiatives isolées des États. Ces pratiques consistent, pour l'État d'origine, à faire reposer sur la société mère (domiciliée sur le territoire de cet État) la responsabilité des actions de ses filiales opérant à l'étranger. Ces dernières initiatives étatiques individuelles font écho aux Principes directeurs des Nations Unies sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme⁶⁸.

En raison de leur caractère isolé, ces initiatives étatiques ne répondent pas de façon satisfaisante à l'absence d'obligation, pour l'État de nationalité, de réglementer les activités de ses entreprises à l'étranger. En droit international, l'application extraterritoriale du principe de due diligence (*no-harm rule*) à la matière des droits de l'Homme peut être débattue parce que l'application de ce principe en dehors du droit de l'environnement est encore discutée⁶⁹. En droit international des droits de l'Homme, si l'extraterritorialité des obligations des États paraît acceptée, elle demeure conditionnée par l'existence d'un lien territorial⁷⁰. L'extraterritorialité

⁶⁸ *Conseil des Droits de l'Homme, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies. Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie. A/HRC/17/31, 21 mars 2011.*

⁶⁹ Voir KRAJEWSKI M., « Home State Regulation of Transnational Corporations to protect human Rights », in VÁRADY T., JOVANOVIĆ M.A. and ZDRAVKOVIĆ A. (eds.), *Human rights in the 21st century*, The Hague, Eleven International Publishing, 2020, p. 179-200, spec. p. 188-189. L'affirmation vaut même s'il est possible de voir dans la *due diligence* appliquée en matière de droits l'homme, une obligation en développement (BERKES A., « Extraterritorial responsibility of the home States for MNCs' violations of Human Rights », in YANNICK RADI (ed.), *Research handbook on human rights and investment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 304-343, spec. 334).

⁷⁰ En dehors de dispositions expresses dans certains traités regardant des situations spécifiques, l'extraterritorialité des droits de l'Homme progressivement admise est exceptionnelle en ce qu'elle se limite à des situations qui impliquent un lien de contrôle effectif (généralement physique) avec l'Etat dont la responsabilité est en cause (situations occupation, d'opérations militaires) (BANTEKAS I. and OETTE L., *International human rights law and practice*, Third edition. Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 84, 315). Un tour d'horizon des textes et de la pratique juridique a permis de faire le constat suivant : « *The general state consensus on extraterritorial human/social rights obligations of states in relation to corporate activities is weak- even if*

des obligations étatiques en matière de droits sociaux est également soutenue par la doctrine⁷¹, mais elle semble être également soumise à la condition relative au critère territorial évoqué⁷². De même, il paraît difficile de justifier en droit une législation extraterritoriale de l'État de nationalité par le motif fondé sur l'incapacité matérielle de l'État du lieu d'exécution des activités⁷³.

De même, si le cadre de l'étude conduit à considérer seulement la responsabilité sociale des entreprises telle qu'elle est traitée dans le cadre juridique international de l'investissement, il convient de noter les développements intéressants qui s'opèrent en dehors du droit international des investissements à propos de la responsabilité sociale des entreprises⁷⁴ et de l'importance de la *soft law*⁷⁵. Le développement de la notion de « *Business and Human Rights* »⁷⁶ rend compte de l'engagement de tous les acteurs pour le respect des droits de

international human rights organs have indicated such obligations do exist » (SCHÖNSTEINER J., « Corporations and social rights », in BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights*, op. cit., 2020, p. 340-354, spec. p. 345).

⁷¹ Il est vrai que développement relativement insuffisant des affaires sur la question (en raison de l'admission tardive de plaintes individuelles devant le CODESC) justifie parfois un traitement spécifique de l'extraterritorialité des obligations en matière de droits sociaux (GONDEK M., *The reach of human rights in a globalising world: extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, Intersentia, 2009, p. 291 s). Mais le silence du PIDESC sur son champ territorial d'application ainsi que l'idée de coopération internationale pour la réalisation des droits sociaux servent de base à la réflexion sur le sujet (*Ibid.*, p. 316ss; LANGFORD M., COOMANS F. and ISA F.G., « Extraterritorial Duties in International Law », in LANGFORD M. (ed.), *Global justice, state duties: the extraterritorial scope of economic, social, and cultural rights in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 51-113). Voir *Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises*, 2017, E/C.12/GC/24, op. cit.

⁷² Voir L'article 9 des Principes de Maastricht sur l'application extraterritoriale des obligations de l'Etat (*Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, ETO Consortium for human rights beyond border, 2013) ; voir également : *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J., 9 juillet 2004, *Recueil 2004*, p. 136, para. 112; Voir DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law*, op. cit., p.126-127, 134; GONDEK M., *The reach of human rights in a globalising world*, op. cit., p. 315.

⁷³ Comme le relevait un auteur : « *justifying the duty of home states to protect against human rights violations in transnational business contexts only with the deficiencies of the regulatory and judicial system of host states ignores a crucial element of the argumentative basis of home state responsibility: Home states bear an independent obligation to regulate, because of their own responsibility* » (KRAJEWSKI M., « Home State Regulation of Transnational Corporations to protect human Rights », in VÁRADY T., JOVANOVIĆ M.A. and ZDRAVKOVIĆ A. (eds.), *Human rights in the 21st century*, The Hague, Eleven International Publishing, 2020, p. 179-200, spec. 187.

⁷⁴ NYSTUEN G., FOLLESDAL A. and MESTAD O. (dir.), *Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 ; LINDER B., *Human Rights, Export Credits and Development Cooperation: Accountability for Bilateral Agencies*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2019 ; NOLAN A. and BOHOSLAVSKY J.P. (eds.), *Human Rights and Economic Policy reform*, London New York, Routledge, 2022.

⁷⁵ DEUMIER P. et SOREL J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018 ; AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017.

⁷⁶ CLAPHAM A., *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; ZIERO G.W., *Business, Compliance and Human Rights Law: the Effectiveness of Transnational private Regulations for Vulnerable Stakeholders*, London, Routledge, 2022 ; CERNIC J.L., *Corporate Accountability under Socio-Economic Rights*, London, Routledge, 2020 ; LETNAR CERNIC J. and CARRILLO-SANTARELLI N. (eds.), *The Future of*

l'Homme par les acteurs privés dans les relations économiques internationales. En ce sens, les règles d'arbitrage de La Haye sur les droits de l'homme et l'entreprise constituent une initiative encourageante. Ces règles qui s'appuient sur l'expérience de l'arbitrage des accords de Bangladesh⁷⁷ organisent l'arbitrage relatif aux atteintes aux droits de l'homme entre les opérateurs économiques entre eux, d'une part, et les victimes des violations des droits de l'homme et les opérateurs économiques, d'autre part. L'idée est d'adapter les règles de l'arbitrage CNUDCI à un objet spécifique (la question des atteintes aux droits de l'homme) et à la présence d'une partie faible (les victimes des atteintes aux droits de l'homme) par un traitement particulier des question problématiques telles que l'arbitrabilité des litiges relatifs aux droits de l'homme et la reconnaissance de la sentence, l'égalité des armes, la confidentialité, les pouvoirs de l'arbitre en matière de preuve et pour déterminer la forme de la réparation...⁷⁸. Pour cette raison, ces règles peuvent être positivement appréciées comme apportant une contribution à la question du traitement juridictionnel de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme⁷⁹ ainsi qu'à celle de l'adaptation de l'arbitrage à cette question⁸⁰. Les règles suscitent toutefois des doutes quant à leur effectivité et à leur efficacité⁸¹. La préoccupation la plus importante de ce point de vue est l'acceptation de ces règles par les entreprises (sous la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire dans un contrat) et par les États (notamment dans la clause de règlement des différends dans les accords internationaux d'investissement). Il reste à voir comment la pratique permettra de répondre à ces défis de l'effectivité et d'efficacité des règles de la Haye.

Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty, Antwerp, Intersentia, 2018 ; ANDRÉ-DUMONT A.-P. and DE MEULENEERE I. et PIJCKE A.-S. (eds.), *The increasing impact of human rights law on the financial world*, Antwerpen, Intersentia, 2016. Pour une approche théorique : GREENE J. and YOUSSEF S. (eds.), *Human Rights after Corporate Personhood*, Toronto, University of Toronto Press, 2020.

⁷⁷ PCA Case No. 2016-36 and PCA Case No. 2016-37 in the matter of Arbitration commenced pursuant to the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh and the United Nations Commission on International Trade Law Arbitration Rules 2010 ; LEVINE J. and AMBAST A., « Responsibility Rising From the Rubble: Lessons From the Bangladesh Accord for Arbitration of Business and Human Rights Disputes », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 18 (2021), n° 3.

⁷⁸ Voir GLÄBER U. AND KUČEK C., « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration – A Balancing Act », *German Arbitration Journal*, vol. 18 (2020), n°3, p. 124-133.

⁷⁹ VIDAK-GOJKOVIC, E., BLAIR C., MEUDIC-ROLE A., « The Medium Is the Message : Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 35 (2018), n° 4, p. 379-412.

⁸⁰ YIANNIBAS K., « The Adaptability of International Arbitration : Reforming the Arbitration Mechanism to provide Effective Remedy for Business-related Human Rights Abuses », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 36 (2018), n° 3, p. 214-231.

⁸¹ SACHS E. L., JOHNSON L., CORDES K., COLEMAN J. AND GÜVEN B., « The Business and Human Rights Arbitration Rule Project : Falling Short of its Access to Justice Objectives », 2019. Disponible sur : https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/152.

Si cela est bien l'état du droit international, la possibilité qu'offre le droit international des investissements qui permet, à l'occasion d'un litige, de rechercher également la responsabilité de l'entreprise multinationale constitue une contribution importante. Une affaire relative à l'environnement qui a, toutefois, des implications pour les droits sociaux peut illustrer cette idée. Dans l'affaire *Burlington Resources*⁸², des populations locales, notamment communautés autochtones, se sont opposées à l'activité de l'investisseur qui entraînait la pollution de leurs terres et de leurs lieux d'habitation. Les manifestations physiques de la contestation ont conduit l'investisseur à introduire une requête en arbitrage contre l'État équatorien. Ce dernier a été reconnu responsable de la violation du traité d'investissement, mais il a eu l'opportunité (peu commune) d'introduire une demande reconventionnelle contre l'investisseur. Par ce biais, l'État a reproché à l'investisseur d'avoir pollué l'environnement à un niveau qui porte atteinte à la santé des populations. Dans les débats, le droit des populations à un environnement sain protégé par le droit équatorien a été invoqué par l'État et discuté par la partie adverse. Le tribunal a condamné l'investisseur au paiement d'une indemnité d'un montant de près de quarante millions de dollars américains pour les réparations environnementales.

Au regard de cette possibilité de sanction de l'investisseur qu'illustre l'affaire *Burlington Resources*, la contribution de l'étude de la protection des droits sociaux qui inclut la recherche de la responsabilité de l'investisseur pour atteintes aux droits sociaux paraît évidente. Ce constat invite à la présentation de la problématique.

Paragraphe 3. Méthodologie et présentation de la problématique

Dans son analyse sur la méthodologie en droit international, Sundhya Pahuya a défini la méthodologie comme « *the practice of writing about how we do our research* »⁸³. Elle entend largement la méthodologie comme le lieu où le chercheur doit préciser l'angle d'approche et

⁸² *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), *Decision on Ecuador's Counterclaims*, 7 February 2017.

⁸³ PAHUJA S., « Methodology : Writing about how we do Research », in DEPLANO R. and TSAGOURIAS N.K. (eds.), *Research methods in international law: A handbook*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 60-77, spec., p. 61-62.

l'objet de l'étude adopté. La précision de ces éléments devrait concourir à mettre en évidence l'apport de la recherche, le « *so what* »⁸⁴.

En ce qui concerne l'angle d'approche de la question, il s'agit d'une exigence de réflexibilité entendue comme l'attitude à évaluer à quel point notre manière de penser influence notre travail de recherche⁸⁵. Si tant est que le travail du chercheur en droit international est traditionnellement vu comme consistant à exprimer ou à démontrer un sens, une unité ou une cohérence selon l'idée qu'il se fait du droit international⁸⁶, il le fait avec ses propres bagages culturels⁸⁷. Cette attitude permet de rendre compte du contexte de la présente recherche. Il suffira pour ce faire d'indiquer la « famille théorique » dans laquelle s'inscrit la recherche. A ce propos, le professeur Olivier Corten fait comprendre qu'on est libre du choix méthodologique, mais à la condition de rester dans la méthode⁸⁸. Aussi, le travail de recherche qui vise à saisir comment comprendre la place des droits sociaux en droit international des investissements peut être appréhendée sous une approche de positivisme objectiviste et à partir d'une notion précise : la socialisation.

Le recours à un positionnement objectiviste se justifie par les insuffisances de l'approche positiviste volontariste pour étudier la question. En adoptant une démarche binaire, cette dernière peine à convaincre de la considération précise donnée aux droits sociaux en droit international des investissements ; elle tend à donner une connotation négative de l'état et de la perspective de la place droits sociaux en international des investissements. L'analyse doctrinale relative à la place des droits sociaux en droit international des investissements s'écarte rarement de cette approche majoritaire. Elle n'est pas très diversifiée dans le contenu, dans la démarche et dans le résultat.

⁸⁴ Ceci peut servir à donner une idée du « *so what* » : « *the idea is to craft a good fit, between the question you are trying to answer, the objet you choose to analyse, and the way you do it, so that at the end, the significance, or « so what » of the piece, is to explain why looking at this thing, in this way, help us see something differently than before* » (Ibid, p. 75).

⁸⁵ BIANCHI A., *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, New York, Oxford University Press, 2016, p. 4.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁷ Voir BOURDIEU P., « The specificity of the scientific field and the social conditions of the progress of Reason », *Social Science Information*, Vol. 14 (1975), n° 6, p. 19-47.

⁸⁸ « on peut, en droit international, dire à peu près n'importe quoi, mais on ne peut certainement pas le dire n'importe comment » (CORTEN O., *Méthodologie du droit international public*, 2^e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2017, p. 81).

Dans le contenu, elle adopte une approche générale des droits de l'homme, non centrée sur les droits sociaux. Elle tend à inclure ces droits dans une catégorie de valeurs qu'elle oppose aux droits de l'investisseur (« *non-investment concerns* », les biens publics ou l'intérêt général)⁸⁹, même si certaines analyses incluent les droits de l'investisseur dans l'étude du rapport entre les droits de l'homme et l'investissement international⁹⁰. Dans la démarche, la réflexion est rarement théorique⁹¹, même si l'approche majoritaire est positiviste⁹². Elle opte souvent pour des commentaires (critiques ou non) des sentences arbitrales⁹³. Dans le résultat, lorsqu'elle s'intéresse aux dispositions relatives aux droits de l'homme dans les accords d'investissement, elle aboutit le plus souvent au constat de leur absence⁹⁴, même si elle relativise le conflit entre les obligations de droit de l'homme et les obligations découlant du

⁸⁹ SACERDOTI G., ACCONCI P., VALENTI M. and DE LUCA A. (eds.), *General interests of host states in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 ; TREVES T., SEATZU F. and TREVISANUT S. (dir.), *Foreign investment, International Law and Common Concerns*, Abingdon, Routledge, 2014.

⁹⁰ DANIC O., « droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 531-579 ; KRIEBAUM U., « Human Rights and International Investment Law », in RADI Y. (ed.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing Limited, 2018, p. 13-40.

⁹¹ Sauf quand elle s'inscrit dans une étude des rapports entre droit international économique et droits de l'homme : GARCIA F.J., *Global justice and international economic law: three takes*, New York, Cambridge University Press, 2013. Quelques auteurs font exceptions. C'est le cas du professeur Petersmann : PETERSMANN E.-U., « Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 137-194. S'inspirant de la théorie du Constitutionnalisme du professeur Petersmann : QIAN X., *Water Services Disputes in International Arbitration: Reconsidering the Nexus of Investment Protection, Environment, and Human rights*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2020 ; CALAMITA N.J., « International human rights and the interpretation of international investment treaties: constitutional considerations », in BAETENS F. (dir.), *Investment Law within International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 164-184.

⁹² Pour une approche sociologique : HIRSCH M., « Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (dir.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 97-114. Pour une approche comparée des deux branches : BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017.

⁹³ POLANCO LAZO R. and MELLA R., « Investment Arbitration and Human Rights cases in Latin America », in RADI Y. (dir.), *Research handbook on human rights and investment, op. cit.*, p. 41-92., STEININGER S., « What's Human Rights got to do with it? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration », *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018), n° 1, p. 33-58.

⁹⁴ BALCERZAK F., *Investor-state Arbitration and Human Rights*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2017 ; CAZALA J., « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », *Cahiers de l'Arbitrage*, numero 4, 2012, 899-906, KAHN Ph., « Investissements internationaux et droits de l'homme », in HORCHANI F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement: désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, p. 95-109 ; DE BRABANDERE E., « Human Rights and International Investment Law », in KRAJEWSKI M. and HOFFMANN R.T. (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 619-645.

droit international des investissements⁹⁵. Seuls quelques rares auteurs estiment que le droit international des investissements prend déjà suffisamment en compte ces droits⁹⁶.

Les analyses traitant spécifiquement des droits sociaux (y compris les droits sociaux des travailleurs) s'inscrivent également dans une approche positiviste volontariste qui conduit à constater l'insuffisante prise en compte des droits sociaux et la possibilité que le respect de ces droits soit effectif en droit international des investissements⁹⁷. Dans cette dernière catégorie, l'ouvrage de la professeure Desierto est particulier par sa focalisation sur l'étude du PIDESC⁹⁸. Elle confirme la conclusion précédemment faite en admettant que les obligations du PIDESC sont suffisamment précises pour être mises en œuvre. Partant de cette conviction, l'auteure soutient la possibilité pour les États de prendre en compte leurs obligations en vertu du PIDESC et s'attache à identifier les lieux de prise en compte des obligations en matière de droits sociaux⁹⁹.

⁹⁵ Voir TANZI A., « Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector » in TREVES T., SEATZU F. and TREVISANUT S. (eds.), *Foreign investment, international law and common concerns*, op. cit., p. 318-335 ; DUPUY P.-M. and VIÑUALES J.E., « Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress », in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. and REINISCH A. (eds.), *International Investment Law*, Nomos, 2015, p. 1739-1767 ; MECKENSTOCK C.A., *Investment Protection and Human Rights Regulation: Two Aims in a Relationship of Solvable Tension*, Baden-Baden, Nomos, 2011 ; COLEMAN J., CORDES Y. K. and JOHNSON L., « Human Rights Law and the Investment Treaty Regime », in DEVA S. and BIRCHALL D. (eds.), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 290-314.

S'inscrit toujours dans cette logique l'analyse qui étudie la hiérarchie entre le droit international des investissements et les droits de l'homme : KARAMANIAN S., « Human Rights Dimensions of Investment Law » in DE WET E. and VIDMAR J. (eds.), *Hierarchy in international law: the place of human rights*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, p. 236-271.

⁹⁶ FRY D. J., « International Human Rights Law in Investment Arbitration : Evidence of International Law's Unity », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 18 (2007), p. 77-149 ; BRAY H.L., « ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup: 2013 ICSID Review Student Writing Competition », *ICSID Review*, vol. 29 (2014), n° 2, p. 474-483.

⁹⁷ DE BRABANDERE E., « International Investment Law and Social Rights : Interactions and Encounters », in BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, p. 414-439 ; BRUGNATELLI S., « International Investment Law and International Protection of workers Rights », in TREVES T., SEATZU F. and TREVISANUT S. (eds.), *Foreign investment, international law and common concerns*, op. cit., p. 298-317 ; PRISLAN V. and ZANDVLIET R., « Mainstreaming sustainable development into international investment agreements : what role for labor provisions ? », in SCHILL S., TAMS C.J. and HOFMANN R. (eds.), *International Investment Law and Development: bridging the Gap*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 390-422.

⁹⁸ DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law : The ICESCR in Trade, Finance, and Investment*, Oxford University Press, 2015. Il ne s'agit pas seulement d'une réflexion sur la mise en œuvre de coopération internationales visée à l'article 2.1 du PIDESC (CARMONA M.S., « The obligations of 'international assistance and cooperation' under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A possible entry point to a human rights based approach to Millennium Development Goal 8 » *The International Journal of Human Rights*, vol. 13 (2009), n° 1, p. 86-109).

⁹⁹ Voir DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law*, op. cit. Certains travaux antérieurs ont abordé le sujet de manière générale : LIBERTI L., « Investissements et droits de l'homme » in KAHN Ph. and WALDE Th.(dir.), *Les Aspects nouveaux du droit international des investissements- New Aspects of International Investment Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, p. 791-852 ; DUMBERRY P. and DUMAS-AUBIN G., « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines

Le présent travail de recherche s'inscrit dans cette approche positiviste, mais il assume une perspective objectiviste. Cette dernière perspective permet de saisir non seulement l'état de la prise en considération des droits sociaux, mais également d'expliquer qu'il existe en droit international des investissements des raisons d'affirmer que cette considération devrait avoir lieu. Contrairement à la démarche binaire largement partagée dans la doctrine¹⁰⁰, il est proposé ici de considérer la protection des droits sociaux comme un processus. Ce processus que l'on désignera sous le terme de « socialisation » ne désigne pas seulement la présence de références ou d'arguments relatifs aux droits sociaux. Il permet encore de remarquer des degrés d'intensité variable de la manifestation des droits sociaux.

Appréhender la protection des droits sociaux comme un processus de socialisation permettra ainsi de saisir l'entièreté de la protection des droits sociaux en droit international des investissements et de prendre la mesure des acquis et des défis de cette protection. En effet, la socialisation est couramment entendue comme un processus d'intériorisation de « normes, valeurs et modèles de comportement de la société dans laquelle il grandit »¹⁰¹. De même, par socialisation des obligations positives du droit à un environnement sain, une auteure semble identifier le processus d'intégration de ces obligations dans les actions courantes de l'État par leur énumération précise par l'organe de contrôle¹⁰². Ce processus d'intégration ou d'intériorisation des normes qui s'applique aussi aux acteurs étatiques est étudiée dans le cadre de la socialisation des États en matière de droits de l'homme¹⁰³.

for the Amendment of BITs », in SAUVANT K.P. (ed.), *Yearbook on International Investment law & Policy 2011-2012.*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 569-600.

¹⁰⁰ CAZALA J., « Le respect des droits de l'Homme comme justification de la violation d'un traité d'investissement » in BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse, op. cit.*, p. 319-342 ; KRIEBAUM U., « Privatizing Human Rights – The Interface between International Investment Protection and Human Rights », *Transnational Dispute Management*, vol. 3 (2006), n° 5, 27 p.

¹⁰¹ KOURILSKY-AUGEVEN C., « Socialisation juridique et modèle culturel », in KOURILSKY-AUGEVEN C., *Socialisation juridique et conscience du droit: attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, Paris, LGDJ, 1997, p. 11-31, spec. p. 12.

¹⁰² BENTIROU-MATHLOUTHI R., « Le ralliement du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe à la dynamique des ordres juridiques européens dans l'élaboration de ses décisions sur le bien-fondé en matière environnementale » in AILINCAI M., CHEVALLIER-GOVERS C., EDJAHARIAN-KANAA V., DUBOUIS L. et SCHNEIDER C. (dir.), *Les Europes: de l'intérieur vers l'extérieur: mélanges en l'honneur du Professeur Catherine Schneider*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 107-119, spec. p. 110-113.

¹⁰³ JINKS D. and GOODMAN R., « How to Influence States : Socialization and International Human Rights Law », *Duke Law Journal*, vol. 54 (2004), n°3, p. 621- 703.

Dans le présent contexte, la socialisation du droit international des investissements vise à désigner l'imprégnation à des degrés divers du droit international des investissements par les références et des arguments relatifs aux droits sociaux. Cette définition permet, dans le cadre de cette étude, de distinguer la socialisation, phénomène dynamique, de la dimension sociale du droit international des investissements qui peut inclure d'autres aspects de l'intérêt général relatifs à la concurrence, à la responsabilité des investisseurs, à la protection de la partie faible (travailleurs et consommateurs) et aux flexibilités relatives au développement¹⁰⁴. Elle vise donc à désigner cette dimension sociale lorsque celle-ci se rapporte à la protection des droits sociaux.

Par suite, cette orientation conduit, du point de vue de la méthode, à privilégier la dogmatique juridique qui se conjuguera, par moments, à une démarche de sociologie juridique. La dogmatique juridique renvoie à l'interprétation des sources formelles du droit¹⁰⁵, essentiellement des accords internationaux, des contrats et des lois d'investissement pour ce qui concerne cette recherche¹⁰⁶. Le choix de ces sources prend en compte, notamment pour ce qui des accords d'investissement dont le nombre total est très élevé, l'ancienneté de la source formelle (ce qui permet de constater la présence ou l'absence d'une évolution entre les accords anciens et les accords les plus récents), la situation économique des États parties (accords conclus par des pays développés et accords conclus par des pays en développement), ainsi que la présence de références directes ou indirectes aux droits sociaux. Les décisions jurisprudentielles étudiées sont essentiellement des sentences d'arbitrage d'investissement, pour la plupart disponibles sur le site *italaw.com*.

À l'étude de ces sources formelles s'ajoute l'analyse de sources matérielles qui permettent de comprendre le contexte d'émergence des règles de protection des investissements et l'utilité de ce contexte dans la compréhension de leur relation avec les droits sociaux. Cette perspective justifie le recours à une démarche de sociologie juridique.

L'ensemble de ces considérations conduisent à proposer un éclairage particulier de la place des droits sociaux en droit international des investissements. Elle n'est plus envisagée

¹⁰⁴ ORTINO F., « The Social Dimension of International Investment Agreements : Drafting a New BIT/MIT Model ? », *International Law FORUM du droit international*, vol. 7 (2005), n°4, p. 243-250, spec. p. 246.

¹⁰⁵ CORTEN O., *Méthodologie du droit international public*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁶ Les lois nationales et les accords d'investissement ont été consultés sur le site de la CNUCED <https://investmentpolicy.unctad.org> (notamment *International Investment Agreements Navigator* et *Investment Laws Navigator*). Les contrats, pour leur part, ont été consultés principalement sur deux sites animés par le Columbia Center for Sustainable Development : *openlandcontracts.org* et *opencommunitycontracts.org*.

selon une logique binaire (prise en compte ou non prise en compte des droits sociaux), mais présentée comme un processus non uniforme obéissant à une évolution propre. Il est ainsi possible de distinguer un niveau d'intensité faible de la socialisation qui correspond à la simple présence de références et d'arguments relatifs aux droits sociaux, et un niveau d'intensité élevée de la socialisation qui correspond à la mise en œuvre efficace des moyens d'effectivité des droits sociaux par les organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels saisis¹⁰⁷. Entre les deux se situent des niveaux d'efficacité variables de la protection des droits sociaux qui sont tous susceptibles d'amélioration et d'évolution.

Conformément à l'approche objectiviste, la différence entre ces niveaux de socialisation n'est pas seulement analysée à l'aune de l'efficacité réelle ou potentielle des références et des arguments relatifs aux droits sociaux lorsque ceux-ci sont confrontés à la pratique arbitrale. Est également prise en compte l'analyse de l'effectivité de ces références et de ces arguments lorsqu'ils sont appliqués par des organes de contrôle quasi-juridictionnels ou encore lorsqu'ils sont examinés à l'aune des droits et obligations du PIDESC. La définition de l'effectivité évite également la logique binaire puisqu'elle renvoie au « degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité »¹⁰⁸. Comme le résume Céline Fercot, analyser une norme en termes d'effectivité revient, certes, « soit à étudier le degré de concrétisation de ladite norme par des règles inférieures, soit à s'intéresser à l'existence – ou à l'absence – de mécanismes et de procédures, notamment juridictionnels destinés à permettre une réalisation concrète de la norme en question ». L'étude de l'effectivité peut également conduire à la question de savoir comment la norme est reçue au sein de la société, et, partant « est-elle suivie d'effets ? »¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Voir pour une priorisation de l'effectivité juridictionnelle comme la forme d'effectivité achevée des droits de l'homme : RASPAIL H., « L'effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in DUBOUT É., TOUZE S. et ALOUPI N. (dir.), *Refonder les droits de l'homme: des critiques aux pratiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 2019, p. 117-150. Voir pour une approche générale de l'effectivité des droits de l'homme : CHAMPEIL-DESPLATS V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 11-26.

¹⁰⁸ BETAÏLLE J., « Le concept d'effectivité, proposition de définition », in BRIMO S. et PAUTI C. (dir.), *L'effectivité des droits: regards en droit administratif*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2019, p. 21-37, spec. p. 37. Voir dans ce sens, la définition donnée à l'effectivité des droits de l'homme entendue « comme la réalisation sociale, jusqu'à un certain degré, de ce que ces notions de droits recouvrent », Millard E., « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., RIALS S. et SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 277-279, spec. p. 277. Ainsi, l'effectivité se distingue de l'efficacité qui renvoie à l'idée que les effets de la norme ont atteint l'objectif qu'elle vise.

¹⁰⁹ FERCOT C., « Soft Law, droits de l'homme et effectivité », in AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, op. cit., p. 55-73, spec. p. 59.

Suivant cette logique, la « protection » n'est pas à considérer seulement sous l'angle de droits subjectifs. En présence d'un cadre d'étude (le droit international des investissements) qui fait peu de place aux particuliers, il convient d'entendre la protection comme visant également à montrer la contribution du cadre juridique des investissements à l'efficacité des références et des arguments relatifs aux droits sociaux¹¹⁰. Cette perspective permet également de mettre l'accent sur l'effectivité des obligations de l'État en la matière. Suivant cette définition de la protection, la question principale qui sous-tend cette thèse est la suivante : le droit international des investissements, dans ses aspects substantiels et contentieux, favorise-t-il une prise en compte effective des droits sociaux ? Elle appelle deux interrogations importantes et corrélées. La première vise d'abord à comprendre l'étendue de la socialisation de ce droit ainsi que la portée de cette socialisation. La seconde peut être formulée comme suit : la socialisation du droit international des investissements correspond-elle à une mise en œuvre effective par les États de leurs obligations en matière de droits sociaux ?

La thèse défend l'idée que la prise en compte effective des droits sociaux par les États en droit international des investissements ne doit pas seulement se traduire par une « simple » socialisation du droit international des investissements, sans égard à la portée réelle de ce processus. Elle soutient que le droit international des investissements peut favoriser une effectivité des droits sociaux (et des obligations correspondantes) qui peut se manifester à différents niveaux.

Pour ce faire, les deux aspects du droit international des investissements ont été étudiés séparément : le droit matériel et le contentieux d'investissement. Outre la difficulté à les traiter séparément de manière rigoureuse sans introduire par moments des considérations relevant de l'un au cours de l'analyse de l'autre, la distinction pourrait laisser entendre qu'il s'agit d'étudier le droit applicable, d'une part, et le droit tel qu'il est appliqué, d'autre part. Cette impression ne correspond cependant pas à l'analyse et aux développements proposés. En effet, la plupart des accords récents n'ont pas encore donné lieu à des affaires contentieuses ; à l'inverse, la majorité des affaires contentieuses étudiées se sont élevées à propos des dispositions des accords de première génération. La présentation distincte de ces deux aspects permet par ailleurs de préciser la forme de socialisation qui les caractérise respectivement. La première partie de la

¹¹⁰ On s'inspire sur ce point de la définition de la protection adoptée par Laurence Dubin dans son étude : DUBIN L., *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

thèse est consacrée à la recherche des enseignements que pourrait livrer l'étude des accords d'investissement relativement à la protection des droits sociaux. En prenant en compte la dimension évolutive du contenu des accords d'investissement, il est possible de constater que la socialisation du droit conventionnel des investissements présente un caractère plus direct que la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements. Cette caractéristique facilite l'évaluation de l'état de la socialisation, qui paraît encore très relative (**Première Partie**). Par suite, l'étude du contentieux arbitral relatif aux investissements a suivi une approche plus prospective touchant à la recherche des moyens de renforcement de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements. Nous verrons que celle-ci présente un caractère perfectible (**Deuxième Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE.

LA SOCIALISATION RELATIVE DU DROIT CONVENTIONNEL DES INVESTISSEMENTS

Les travaux de recherche contemporains sur la protection internationale des investissements semblent montrer que les États tentent de « reprendre le contrôle » sur le développement du droit international des investissements. Certains auteurs se demandent s'ils assistent à une réaffirmation de l'État¹¹¹, d'autres évoquent un retour de l'État¹¹². Ces travaux pointent du doigt une dynamique en cours, une tendance générale des États à adopter de nouveaux accords internationaux (ou de nouveaux modèles d'accords) d'investissement contenant des dispositions relativement nouvelles par rapport aux dispositions des premières générations d'accords.

Cette dynamique ne suscite pas seulement de l'intérêt par son ampleur¹¹³. Alors que les anciens accords d'investissement réglementent essentiellement la protection des investissements, les nouveaux accords ne semblent plus considérer uniquement les droits de l'investisseur et les intérêts étatiques. Ils tendent à prendre en compte des préoccupations de la société largement entendue, incluant les préoccupations relatives à la protection de l'environnement et à celle des droits sociaux des populations locales. Cette affirmation ne se fonde pas seulement sur la lecture du contenu des accords, elle se base également sur le discours politique tenu dans le contexte de leur adoption ou de leur conclusion. À titre d'exemple, l'ancienne secrétaire d'État américaine, Hilary Clinton, avait qualifié l'accord de Partenariat transpacifique (Trans-Pacific Partnership) de « *gold standard* »¹¹⁴. Un autre exemple peut être fourni par le nouveau modèle d'accord d'investissement du Canada¹¹⁵. Le gouvernement canadien a, en effet, adopté un nouveau modèle d'accord bilatéral d'investissement qu'il présente comme étant le résultat de la révision la plus significative de son modèle d'accord depuis 2003. Selon le gouvernement canadien, ce modèle qui servira de base aux négociations

¹¹¹ EL GHADBAN T., MAZUY C.-M. et SENEGACNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?* Paris, Pedone, 2018.

¹¹² KULICK A. (ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2017.

¹¹³ Voir le nombre de plus en plus important des nouveaux accords et modèles d'accords recensés par la CNUDCED (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>). Certains de ces accords couvrent de vastes zones géographiques. C'est le cas du Partenariat économique global régional (Regional Comprehensive Economic Partnership- RCEP) conclu en 2020 entre les États de l'Association des Nations d'Asie du Sud-Est (Association of South-East Asian Nations- ASEAN) d'une part, et la Chine d'autre part. D'autres ont suscité des débats intenses dans la société civile en rapport avec les préoccupations sociales que soulève le contenu de ces accords. Un exemple récent est l'Accord économique et commercial global (AECG. Le signe anglais CETA signifie : Comprehensive Economic Trade Agreement) conclu entre l'Union européenne et le Canada en 2016.

¹¹⁴ Elle est toutefois revenue plus tard sur son propos, expliquant que l'Accord n'était en fait plus susceptible d'améliorer les conditions des travailleurs américains. À la suite de l'élection de Donald Trump, les États-Unis se sont retirés des négociations de l'accord. Voir pour un commentaire : ALVAREZ J.E., « Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the New "Gold Standard"? » *IILJ Working Paper 2016/3*, p. 1-47. Consulté en ligne (le 10/01/2022) : https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Alvarez_IILJ_2016_3-MegaReg.pdf.

¹¹⁵ *2021 Model FIPA (Canada)*.

de futurs accords lui permet de s'assurer que les bénéfices du commerce et de l'investissement seront largement redistribués à l'intérieur qu'à l'extérieur du Canada. Précisément, « *Canadians, including women, indigenous peoples (...) are able to benefit from these agreements* »¹¹⁶.

La prétention des États de prendre en compte, à travers la révision de leurs accords, des préoccupations sociales larges dans le droit conventionnel des investissements est donc explicite. Elle suscite alors un questionnement relatif à la forme, au fond ou encore à l'étendue de la prise en compte des préoccupations sociales.

La considération des préoccupations sociales prend-elle la forme d'une consécration de droits sociaux ou celle d'une affirmation des obligations visant la protection des droits sociaux ? Si la prise en compte des droits sociaux est l'une des manifestations du « retour » de l'État, quel est l'impact ou la portée possibles de cette prise en compte sur la situation des personnes tierces à l'opération d'investissement et dont les droits sociaux sont menacés par l'activité d'investissement ?

La première question relative à la forme de la prise en compte des droits sociaux est déterminante pour apprécier la prise en compte des droits sociaux à un double point de vue. D'abord, la formulation des préoccupations sociales en termes de droits sociaux peut avoir des implications juridiques pour l'État, car elle peut consister en un renvoi à des obligations conventionnelles préexistantes. Les références expresses à des traités de protection des droits de l'Homme ou à des normes externes posent également un enjeu d'interprétation pour le tribunal arbitral. Ces considérations conduisent à regarder l'intégration des dispositions relatives aux droits sociaux directement dans le texte des accords d'investissement comme un premier point de réflexion pour l'étude de la socialisation du droit substantiel des investissements (**Titre 1**). En effet, un traitement intégré des droits sociaux ne permet pas seulement de saisir la manière dont ces droits sont présentés dans les accords internationaux de protection des investissements. Il permet également de comprendre les implications pour les parties prenantes à l'arbitrage d'investissement et qui découlent de la forme de ces droits.

¹¹⁶ Voir la note introductive du modèle d'accord sur le site du gouvernement du Canada : <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?lang=eng> (consulté le 20/01/2022).

La seconde question relative à l'impact de la prise en compte des préoccupations sociales sur la situation des titulaires de droits sociaux touche directement à la portée et à l'étendue de la socialisation. Elle évoque la possibilité que l'introduction des références aux droits sociaux ne suffise pas à changer positivement la situation de ces titulaires qui sont des tiers à l'arbitrage d'investissement. En évoquant le caractère restreint de l'arbitrage d'investissement du point de vue du champ personnel, l'interrogation conduit à un second point de réflexion relatif au traitement que les accords d'investissement réservent aux litiges relatifs aux droits sociaux. Il s'agit du contentieux qui pourrait s'élever à propos des conséquences des activités d'investissement sur les droits des populations. Son traitement permet de répondre à la question de l'étendue de la prise en compte des droits sociaux. Le traitement de ce contentieux des droits sociaux représente alors une variable incontournable dans l'appréciation de la portée de la socialisation. Or, dans le droit conventionnel, le traitement du contentieux des droits sociaux par la voie de l'arbitrage d'investissement est rarement affirmé. Au contraire, un traitement spécifique de ce contentieux est parfois, sinon souvent, explicitement prévu dans les accords d'investissement. L'étude du traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux s'impose alors, afin d'avoir une vue complète de la socialisation du droit conventionnel des investissements (**Titre 2**).

TITRE 1. LE TRAITEMENT INTÉGRÉ DES DROITS SOCIAUX DANS LE DROIT SUBSTANTIEL

L'étude du traitement intégré des droits sociaux vise à cerner d'abord les droits sociaux reconnus dans les accords internationaux de protection des investissements. Ce traitement consiste en l'introduction de références relatives aux droits sociaux directement dans le texte de l'accord d'investissement. Toutefois, le seul constat du traitement conventionnel intégré n'inclut pas toutes les manifestations de la socialisation du droit matériel des investissements. Il n'apporte pas non plus de précision sur la portée de cette socialisation. L'analyse de ces deux éléments constitue l'objet de ce titre.

Pour bien comprendre les problèmes relatifs à la forme et à la portée de la socialisation du droit matériel, il faut au préalable resituer dans son contexte la dynamique de réforme conventionnelle qui favorise aujourd'hui la prise en compte explicite des droits sociaux. Il suffit de comparer les dispositions des TBI conclus au cours des années 1980-1990 et celles des accords récents pour se rendre compte que les dernières sont plus précises. Cet effort a été motivé par la pratique résultant de l'application et de l'interprétation des premiers accords d'investissement. Les précisions de dispositions conventionnelles par les États semblent indiquer que ces derniers n'ont pas été satisfaits de l'interprétation parfois extensive de certaines dispositions. Cette interprétation extensive a en effet engendré des contraintes que les États parties n'avaient pas envisagées au moment de la conclusion du traité¹¹⁷.

L'étude du droit conventionnel permet de constater l'attitude que les États ont adoptée en réaction à l'alourdissement des contraintes qui ont découlé de l'interprétation des traités d'investissement. Toutefois, la précision du contenu des accords d'investissement ne suppose pas automatiquement la prise en compte (ou la prise en compte adéquate) de toutes les problématiques soulevées par l'interprétation extensive de certains tribunaux. Pour prendre l'exemple de l'affaire *Tecmed*, le litige s'est formé autour de l'opposition des populations au

¹¹⁷ Par exemple, dans l'affaire *Tecmed*, le tribunal a donné l'interprétation suivante du standard du traitement juste et équitable : « *The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations* » (*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154*).

traitement de déchets toxiques par l'investisseur. Cette opposition s'expliquait par les préoccupations relatives à la santé publique et à l'environnement que soulevait l'activité de l'investisseur. Cette observation suscite une question qui intéresse globalement la prise en compte des droits sociaux des populations et qui explique l'objet de ce titre : les préoccupations sociales qui ont conduit à des interprétations critiquables des dispositions conventionnelles par les tribunaux sont-elles explicitement prises en compte dans la révision des traités d'investissement ?

Une réponse négative conduit à la formulation d'une première hypothèse : si les préoccupations sociales ne sont pas prises en compte explicitement au travers des références aux droits sociaux, elles peuvent l'être autrement. L'hypothèse conduit à se demander si la prise en compte des droits sociaux peut être implicite dans des dispositions conventionnelles. Elle intéresse beaucoup les anciens traités d'investissement. En effet, il paraît difficile de considérer sans une analyse sérieuse que ces traités n'incluent pas dans leur champ général la prise en compte des droits sociaux ou des préoccupations sociales soulevées par l'activité d'investissement. Cette analyse fera l'objet du premier chapitre (**Chapitre 1**). Elle permettra de comprendre dans quelle mesure le droit conventionnel relatif à la protection des investissements, globalement considéré, prend en compte les préoccupations sociales ou les droits sociaux. L'intérêt de l'analyse est double, car celle-ci offre un début de compréhension sur le point de savoir si les États ont manqué de prendre en compte les obligations en matière de droits sociaux dans leurs relations économiques internationales. Elle permet, en outre, de préciser les formes de prise en compte des droits sociaux en droit international des investissements.

Une réponse positive à la question de savoir si les droits sociaux sont pris en compte de façon explicite conduit à analyser la portée juridique de cette prise en compte. Cette seconde analyse sera l'objet du deuxième chapitre (**Chapitre 2**). Elle vise à déterminer si les références aux droits sociaux peuvent avoir un impact effectif, par exemple en servant de fondement justifié à une action de l'État visant à protéger les droits sociaux de certains membres ou de certaines catégories de sa population.

CHAPITRE 1. LA DIMENSION SOCIALE DE LA SOURCE MATÉRIELLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

La détermination de la place des droits sociaux dans le droit conventionnel exige de répondre à la question de savoir sous quelle forme les droits sociaux peuvent être identifiés dans les traités d'investissement. A défaut de termes explicites désignant les droits sociaux, faut-il considérer que ceux-ci ne sont pas protégés dans le droit conventionnel des investissements ? Cette interrogation qui questionne l'utilité de prévoir des dispositions expresses relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement renferme un intérêt pratique. De nombreux accords en vigueur ne comportent pas de références expresses aux droits sociaux. Cette situation doit-elle conduire à écarter la prise en compte des droits sociaux dans l'interprétation des dispositions de ces accords ?

La réponse à cette question ne paraît pas résider dans une analyse au cas par cas des accords d'investissement. Cette analyse serait limitée par les exigences de l'interprétation littérale. Elle conduirait facilement à une réponse négative si le contexte général de l'évolution des accords internationaux d'investissement n'était pas pris en compte. En considérant ce contexte général, l'étude de la source matérielle des investissements permet de montrer la présence ou l'absence des préoccupations sociales à chacune des grandes étapes de l'évolution du droit des investissements.

La source matérielle du droit peut être définie comme l'ensemble constitué par « les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridique, que ce soit les intérêts et les besoins pratiques des États ou les exigences idéales qui découlent à un moment donné, de la science sociale, des idéologies prévalant dans la communauté internationale »¹¹⁸. L'importance de cette source est différemment appréciée. En général, elle fait l'objet de peu d'attention dans les études sur les sources du droit international¹¹⁹. Elle est souvent reléguée en

¹¹⁸ SØRENSEN M., *Les sources du droit international : étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, Copenhague, E. Munksgaard, 1946, spéc. p. 13-14). Pour une définition différente de la source matérielle : THIRLWAY H.W.A., *The sources of international law*, Second edition, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 6-7). La source matérielle est différente de la source formelle qui renvoie au « procédé technique de formalisation de ou de la consécration des règles » (ABI-SAAB G., « Les sources du droit international : essai de déconstruction », in RAMA-MONTALDO M. (dir.), *Le droit international dans un monde en mutation. En hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, vol. I, p. 29-49, spéc. p. 31.

¹¹⁹ HORCHANI F., *Les sources du droit international public*, 2^{ème} édition augmentée, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 71 ; WOLFRUM R., « Sources of International Law », in WOLFRUM R. (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 9, p. 299-313; DEHAUSSY J., *Propos sur les*

dehors du droit pour être classée dans la philosophie, la morale ou encore la sociologie. Cette faible attention n'occulte pas cependant l'intérêt de la source matérielle, dont l'actualité est celle du débat même sur les sources du droit international¹²⁰. Indépendamment des positions pouvant être soutenues, un point constant tient à l'absence de cloison étanche entre la source matérielle et la source formelle. La distinction entre les sources n'est pas tranchée¹²¹. Une critique de la théorie traditionnelle des sources du droit international constate, à juste titre, que le droit international « ne surgit pas toujours de l'univers juridique par un big bang »¹²² et qu'il résulte d'une « croissance progressive et imperceptible, à travers le processus de l'émergence des valeurs en société »¹²³. Ce processus, loin de connaître une délimitation claire dans ses étapes, implique une « zone grise qui sépare la valeur sociale émergente de la règle du droit bien établie »¹²⁴. Le passage à l'étape de la règle de droit suppose au préalable l'acceptation large de cette valeur sociale. L'analyse de la source matérielle permet de saisir cet assentiment autour de la valeur sociale candidate à la règle de droit.

Lorsque l'on prend en compte ces considérations dans l'étude du développement du droit international des investissements, on se rend à l'évidence que les règles du droit international n'ont pas toujours été acceptées par tous les États. Il en découle une incertitude autour de l'existence même de ces règles. Or, cette incertitude ne permet pas de cerner les contraintes que ces règles sont supposées imposer à un État. Partant, elle ne permet pas d'affirmer que l'application de ces règles soulève des préoccupations sociales. En conséquence, elle rend difficile l'appréciation du défaut de prise en compte par l'État des préoccupations sociales et dans la protection du bien-être de sa population vis-à-vis de l'application de ces règles.

sources du droit international: l'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier, Paris, Pedone, 2017, p. 23.

¹²⁰ FUENTES C.I., *Normative plurality in international law: a theory of the determination of applicable rules*, Cham, Springer, 2016; INSTITUT DES HAUTES ETUDES INTERNATIONALES (dir.), *Grandes pages du droit international*, Paris, Pedone, vol.2. Les sources, 2016 ; D'ASPROMONT J. and BESSON S., *The Oxford handbook on the sources of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

¹²¹ Par exemple la source matérielle de la coutume, la pratique peut être constituée par des traités bilatéraux ou les actes unilatéraux : JENNINGS R. and WATTS A. (eds.), *Oppenheim's international law*, 9. ed., Harlow, Longman, vol. 1., 1996, p. 23; BESSON S., *Droit international public : abrégé de cours et résumés de jurisprudence*, 2e éd., Berne, Stämpfli, 2013, p. 183.

¹²² ABI-SAAB G., « Les sources du droit international : essai de déconstruction », *op. cit.*, p. 47-48.

¹²³ *Ibid.*, p. 48.

¹²⁴ *Ibid.*

L'objet du chapitre est de démontrer, en suivant l'évolution du droit international des investissements, que la prise en considération des questions sociales ou de protection des droits sociaux n'était pas totalement absente au moment de l'adoption des premiers accords d'investissement. Ce sont les tensions politiques qui ont entouré l'évolution et la formation du droit international des investissements qui ont empêché l'expression explicite des considérations sociales dans la source formelle conventionnelle. L'intérêt de la démonstration est de comprendre les raisons de la socialisation (explicite) tardive du droit international des investissements et de saisir les implications de cette socialisation tardive sur la manière de présenter la socialisation du droit international des investissements.

Pour ce faire, il convient d'analyser l'évolution du droit international des investissements en distinguant deux étapes principales. La première correspond à la période antérieure aux traités bilatéraux d'investissement. Elle correspond également à un moment marqué par l'incertitude sur l'existence de normes de protection des investissements. Les contraintes que l'exigence de protection de l'investissement impose à l'État étaient alors faibles. En conséquence, le traitement des préoccupations sociales ne paraissait pas justifié (**Section 1**). La seconde période correspond à l'avènement des TBI. Pour cette période, la question porte moins sur le besoin de traitement des préoccupations sociales que sur la manière dont les préoccupations sociales sont désormais traitées (**Section 2**).

SECTION I. LE BESOIN REDUIT DU TRAITEMENT DES CONSIDERATIONS SOCIALES AVANT L'ADOPTION DES TBI

Avant l'avènement des TBI, l'absence d'accord entre les États sur les règles des investissements semble justifier le silence des États sur les considérations sociales. Les contraintes supposées découler des règles de protection des investissements étaient inexistantes ou faibles dans ce contexte de droit coutumier.

Le traitement de l'étranger a évolué depuis les usages fondés sur l'hospitalité dans l'Antiquité¹²⁵. L'ouverture des Nations européennes aux autres Nations à partir du XVe siècle a donné lieu à des rapports juridiques de nature conventionnelle dont deux types sont

¹²⁵ Voir HAILBRONNER K. and GOGOLIN J., « Aliens », in WOLFRUM R. (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol. 1, p. 285-294, spéc. p. 286-287.

significatifs en l'occurrence. Le premier concerne les conquêtes territoriales au sujet desquelles il a été soutenu que des accords valides étaient formellement conclus entre puissances coloniales et les entités politiques locales¹²⁶. Le second porte sur les accords non territoriaux à but commercial ou d'exploitation de ressources naturelles conclus avec les Nations non européennes. Les traités d'amitié et de commerce en constituent un avatar parmi d'autres.

La longue pratique de ces accords juridiques n'a pas permis l'émergence de règles coutumières de protection des investissements. La raison principale réside dans l'usage de la force qui a accompagné l'adoption et la mise en œuvre de ces accords. Par la suite, l'affirmation répétée de l'existence de règles coutumières par certains États occidentaux et leur contestation par des États du sud aux XIXe et au XXe siècle ont rendu difficile l'identification d'un contenu précis du droit international coutumier de protection des investissements, si tant est qu'il se soit formé.

L'absence d'un contenu précis du droit international coutumier de protection des investissements n'était pas compensée par l'existence de traités conclus entre États. Il en a résulté un cadre juridique embryonnaire de protection des biens étrangers marqué par une absence de contraintes juridiques particulières sur l'État. Avec ces caractéristiques, le droit coutumier ne s'est pas présenté comme une source de préoccupations sociales. En conséquence, la prise en compte des préoccupations sociales dans le cadre du traitement des biens étrangers n'a pas été perçue comme une question urgente. Ainsi, dans ce contexte de protection imparfaite des investissements par le droit coutumier (**Paragraphe 1**), l'absence de règles clairement établies semble expliquer l'intérêt modeste pour les préoccupations sociales (**Paragraphe 2**).

¹²⁶ HEBIE M., *Souveraineté territoriale par traité : une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, Presses universitaires de France, Paris, 2015.

Paragraphe 1. La protection imparfaite des investissements par le droit coutumier

Dans un article sur la responsabilité des États publié en 1946, Philip Jessup affirmait que « *(t) he history of the development of the international law on the responsibility of state for injuries to aliens is thus an aspect of the history of « imperialism »* »¹²⁷. L'affirmation que le développement du droit international des investissements est le fruit d'un rapport de force est un lieu commun qu'il convient seulement de rappeler pour faire comprendre l'ancienneté du désaccord des États sur les règles de protection des investissements. Ce désaccord conduit parallèlement à la déduction que l'absence de contraintes sérieuses pour les États justifie l'absence de considérations particulières pour les préoccupations sociales que peuvent susciter la présence ou les activités de l'étranger.

La pratique des accords conclus entre les puissances européennes et les nations non européennes révélait, au-delà de leur forme juridique, un rapport de forces inégales en faveur des premières. Le rapport de force a entretenu une confusion autour de la naissance d'un droit coutumier de la protection des investissements. L'incertitude entourant le contenu ou l'existence du droit coutumier tient à l'absence de consentement réel de toutes les parties prenantes aux institutions juridiques qui avaient été mises en place dans le contexte colonial (A) ou qui sont nées dans un contexte non colonial (B)

A. Le contexte colonial

L'usage du champ lexical « impérialiste » par certains auteurs pour caractériser ce rapport de force qui a prévalu pendant la période coloniale va souvent au-delà du cadre de protection des étrangers¹²⁸. Il a servi de prisme de conceptualisation du droit international vu comme un outil de légitimation de la force¹²⁹. Cette vision s'explique par l'Histoire. Dès les premières heures de l'ouverture de l'Europe vers le monde, des violences ont, en effet, marqué les rapports juridiques avec les nations non européennes depuis les traités d'amitié et de

¹²⁷ JESSUP P.C., « Responsibility of States for Injuries to Individuals », *Columbia Law Review*, vol. 46 (1946), n° 6, p. 903-928, spéc. p. 905.

¹²⁸ BENTON L.A., *Law and colonial cultures: legal regimes in world history, 1400 - 1900*, Repr. Cambridge University Press, 2010; ANGHIE A., *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, Transferred to digital print. Cambridge, Cambridge University Press, 2008; MILES K., *The Origins of international investment law*, *op. cit.*

¹²⁹ Voir ANGHIE A., *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, *op. cit.*

commerce et le recours par les États occidentaux aux sociétés commerciales privées. Ces dernières bénéficiaient de certaines compétences de souverains dont celles de conclure des traités¹³⁰. Les manifestations de la force étaient constituées non seulement par des techniques insérées dans les traités (ces derniers ont été qualifiés plus tard de traités déséquilibrés - *unequal treaties*) et consistant à soustraire les étrangers à la compétence législative et juridictionnelle des États d'accueil (le régime de la capitulation, l'application extraterritoriale des lois des puissances coloniales et les juridictions consulaires). Elles étaient patentes aussi dans l'exploitation de l'environnement, des ressources humaines et des ressources naturelles. La perception de l'importance de l'État d'accueil qui en découlait en faisait tout sauf un État partenaire. Selon un auteur, « *this commercial culture in the imperial era, which viewed the natural resources of colonised nations or the host state as commodities for the use of Western interests, shaped the core relationship between the international investor and the environment, conceptualising it as an object to be controlled and used by foreign entity* »¹³¹. La suite de l'histoire du droit international des investissements donne raison à cette opinion.

B. Le contexte non colonial

Les institutions juridiques qui ont vu le jour dans le cadre des relations entre les États européens et les États latino-américains entre XVIIIe siècle et le XIXe siècle ont été ainsi le résultat de « *repetitive assertions of power and responses to power* »¹³². Dans ce contexte, l'affirmation des règles coutumières qui imposeraient des contraintes librement acceptées par les États doit être prise avec une certaine réserve. On comprend alors que certains auteurs voient dans la doctrine de la protection diplomatique et de la règle de traitement minimum une forme de légitimation de la force¹³³.

En premier lieu, l'évolution de la protection diplomatique vers l'institution des commissions de réclamations mixtes reflète toujours une forme d'« impérialisme ». Dans sa forme juridique¹³⁴, la protection diplomatique consiste pour l'État dont l'étranger est le national

¹³⁰ C'est le cas, au XVIIIe siècle ; des Compagnie des Indes orientales de chacune de ces puissances coloniales : la Hollande (Vereenigde Oostindische Companie), France (Compagnie française des Indes orientales) et l'Angleterre (East India Company).

¹³¹ MILES K., *The Origins of international investment law*, op. cit., p. 46.

¹³² BENTON L.A., *Law and colonial cultures*, op. cit., p. 11.

¹³³ MILES K., *The Origins of international investment law*, op. cit., p. 24.

¹³⁴ Une alternative était l'usage explicite de la force connue comme la « diplomatie de la canonnière » (*gunboat diplomacy*). Il s'agissait du recours à la force armée pour l'exécution des engagements contractuels.

à porter une réclamation contre l'État d'accueil sur le territoire duquel l'étranger a subi un dommage. Sur le plan de l'efficacité, la protection diplomatique était insuffisante pour assurer une protection adéquate des investissements et des investisseurs en raison de la lourdeur de la procédure et du pouvoir discrétionnaire de l'État qui se décidait en prenant en compte ses propres intérêts en jeu¹³⁵. Juridiquement, l'État exerce un droit propre différent de celui de son national lésé à l'étranger¹³⁶. En conséquence, la réparation était due à l'État et non au particulier ; le dommage subi par ce dernier n'en servait que la mesure¹³⁷. Insatisfait par cette institution juridique dans laquelle il y a vu un inconvénient majeur de la conception traditionnelle du droit de la responsabilité internationale, le premier rapporteur de la Commission du droit international des Nations unies a voulu y remédier en proposant que le particulier soit reconnu comme un sujet passif de la responsabilité, doté de la capacité d'introduire une réclamation individuelle¹³⁸. Ce vœu sera réalisé plus tard avec l'avènement des TBI.

Avant cette issue, une étape intermédiaire a été constituée par l'institution des commissions mixtes dans lesquelles les causes particulières étaient jugées par des tiers. Ces commissions étaient cependant toujours instituées dans le cadre des relations interétatiques. L'acceptation de ces commissions par les États latino-américains apparaissait comme leur contrepartie à un compromis. Les États européens renonçaient à l'usage explicite de la force connue comme la « diplomatie de la canonnière » (*gunboat diplomacy*) qui consistait au recours à la force armée pour l'exécution des engagements contractuels. Le non-recours à cette méthode

¹³⁵ BISHOP R.D., CRAWFORD J. and REISMAN W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Second edition, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2014, p. 3.

¹³⁶ La Cour permanente de justice internationale a reconnu le principe dès ses premiers arrêts « En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre États. » (*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt, CPJI, 30 août 1924, Série A, n° 2*, p. 12).

¹³⁷ Selon la Cour permanente de justice internationale, « il est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité correspondant au dommage que les ressortissants de l'État lésé ont subi de l'acte contraire au droit international. Mais la réparation due à un État par un autre État ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournira la mesure. Les règles de droit qui déterminent la réparation sont les règles de droit international en vigueur entre les deux États en question, et non pas le droit qui régit les rapports entre l'État qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi le dommage. Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'État auxquels le même acte peut porter atteinte. Le dommage subi par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'État subira ; il ne peut que fournir de mesure convenable de la réparation. » (*Affaire de l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond) (Allemagne c. Pologne), arrêt CPJI, 13 septembre 1928 fond, série A, n° 17*, para. 27, 28).

¹³⁸ Voir « Responsabilité internationale: rapport de F. V. Garcia Amador, rapporteur spécial. Document A/CN.4/96. », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1956), p. 175-231, spéc. p. 194.

de résolution des différends commerciaux a été négocié par les États américains dans la Convention de La Haye sur le recouvrement des dettes contractuelles dites Convention Drago-Porter¹³⁹.

Toutefois, l'acceptation des commissions mixtes par les États latino-américains voilait à peine le caractère « impérialiste » de ce nouveau type de rapport. Le professeur Frédéric Megret rappelle que sous ce régime: « *Pheriphery states were sovereign enough, in other words, that they could require the mediation of mixed claims commissions, although probably not sovereign enough that they could avoid the imposition of them. Capital-exporting countries, by contrast, were not in a position to impose consular jurisdiction and the application of their national law, but they could continue to rely on special arrangements such as mixed claims commissions to put pressure on capital-importing countries* ». Lorsqu'elles ne sont pas imposées à la suite de conflits armés, leur création ne résulte pas du « *normal operation of imperial politics: that is, in a context of strong power differentials, in which the possibility of force was implicit and did not actually have to be used* »¹⁴⁰. Dans ce contexte, la contestation du caractère coutumier des règles dégagées par les commissions mixtes est tout à fait compréhensible¹⁴¹.

¹³⁹ L'article 1^{er} de cette convention disposait que : « Les puissances contractantes sont convenues de ne pas avoir recours à la force armée pour le recouvrement de dettes contractuelles réclamées au gouvernement d'un pays par le Gouvernement d'un autre pays comme dues à ses nationaux » (18 octobre 1907). Une interdiction complète de l'usage de la force a été convenue dans le Pacte Briand-Kellog conclu à Paris le 20 août 1928.

¹⁴⁰ MEGRET F., « Mixed Claim Commissions and the Once Centrality of the Protection of Aliens », in DE LA RASILLA I. and VIÑUALES E. J., *Experiments in International Adjudication*, Cambridge University Press, 2019, p. 127-149, spec. p. 129.

¹⁴¹ L'article II des articles adoptés en première lecture par la Troisième commission de la Conférence de La Haye dispose que « les obligations internationales visées par la présente Convention sont celles qui (en vertu du droit conventionnel ou coutumier, ainsi que des principes généraux du droit) ont pour objet d'assurer aux personnes et aux biens des étrangers un traitement conforme aux règles admises par la communauté internationale ». Dans la jurisprudence, la Commission mixte siégeant dans le cadre de l'affaire *Neer* a exprimé l'idée selon laquelle la violation de la norme internationale de justice serait constituée par un défaut de diligence raisonnable. Cette violation devait constituer « un outrage, une manifestation de mauvaise foi, une négligence intentionnelle ou une intervention du gouvernement tellement insuffisante compte tenu des normes internationales que tout homme raisonnable et impartial en reconnaîtrait immédiatement l'insuffisance » (Affaire *Neer*, Commission générale des réclamations États-Unis-Mexique, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, 1926, p. 61-62). La même idée ressort de l'affaire *Mecham* dans laquelle, la Commission mixte recherchait si l'acte de l'État révélait « à un tel degré, la négligence, une administration défectueuse de la justice ou la mauvaise foi que la procédure suivie peut être considérée comme ne répondant pas aux normes du droit international » (Affaire *Mecham*, Commission générale des réclamations États-Unis-Mexique, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 443). Dans l'affaire *Hopkins*, la Commission de réclamations générales États-Unis — Mexique expliquait que la règle de l'égalité de traitement ne satisfait pas toujours aux exigences impliquées par le standard de traitement minimum dans les termes suivants : « *If it be urgent that under the provisions of the Treaty of 1923 as construed by this Commission the claimant Hopkins enjoys both rights and remedies against Mexico which it withholds from its own citizens under its municipal laws, the answer is that it not infrequently happens that under rules of international law applied to controversies of an international aspect a nation is required to accord to aliens broader and more liberal treatment than it accords to its own citizens under its municipal laws. The reports of decisions made by arbitral tribunals*

En second lieu, l'intervention de l'État sous la forme de protection diplomatique ou non était fondée sur l'appréciation du comportement de l'État d'accueil vis-à-vis du standard de traitement minimum. C'est donc autour de la norme internationale de justice que les confrontations ont été vives sur le plan juridique. Elle a émergé progressivement à la fin du dix-neuvième siècle sous l'impulsion des pays exportateurs de capitaux dans un contexte où les États latino-américains défendaient l'application à l'étranger des règles nationales de l'État d'accueil (la règle de l'égalité de traitement). En particulier, les commissions de réclamations mixtes l'ont appliquée dans différentes affaires¹⁴² ; ce qui tend à faire admettre un assouplissement des positions sud-américaines sur le principe de l'existence d'un traitement minimum. Toutefois, cela n'enlève pas de l'intérêt aux questionnements juridiques relativement à son contenu et à son statut de règle coutumière¹⁴³. La Convention de Montevideo conclue entre les États américains affirme clairement à l'article 9 que la « juridiction des États dans les limites du territoire national s'applique à tous les habitants. Les nationaux et les étrangers ne pourront pas prétendre à des droits différents ni plus étendus que ceux des nationaux »¹⁴⁴.

Ainsi, dans le contexte colonial, l'absence de consentement réel des entités colonisées n'a pas permis la formation de règles de protection de la propriété étrangère. Dans le contexte non colonial, l'émergence des règles dans la pratique est accompagnée de sérieuses controverses. Ce cadre juridique en construction n'a pas rendu nécessaire des échanges ou une réflexion sérieuse sur la prise en compte des préoccupations sociales dans les débats sur l'évolution des règles des investissements. Les travaux sur la responsabilité internationale de l'État pour atteinte aux droits de l'étranger au sein de la Commission du droit international attestent cette affirmation.

long prior to the Treaty of 1923 contain many such instances. There is no ground to object that this amounts to a discrimination by a nation against its own citizens in favor of aliens. It is not a question of discrimination, but a question of difference in their respective rights and remedies » (Affaire Hopkins, Commission générale des réclamations États-Unis-Mexique, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, 1926, p. 47).

¹⁴²DUMBERRY P., *The formation and identification of rules of customary international law in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 62–64.

¹⁴³ Selon Edwin Borchard, la norme a émergé à partir des principes généraux du droit. En effet, « *long before article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice made the 'general principles of law recognized by civilized states' a source of common international law, foreign offices and arbitral tribunal had relied on such general principles to work out a loose minimum which they applied constantly in interstate practice* » (BORCHARD E., « The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens », *Michigan Law Review*, vol. 38 (1940), n° 4, p. 445-461, spéc. p. 448–449).

¹⁴⁴ Convention concernant les droits et devoirs des États, adoptée par la septième Conférence internationale américaine. Signée à Montevideo, le 26 décembre 1933, elle est entrée en vigueur le 26 décembre 1934.

Paragraphe 2. L'intérêt modeste pour les préoccupations sociales

L'intérêt de l'analyse de la place des préoccupations sociales dans les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État ne consiste pas à revenir sur les débats sur la formation du standard de traitement minimum. Il est évident que les travaux de la Commission n'ont pas épuisé le débat qui s'est poursuivi après la période de décolonisation.

Le cadre de la Commission du droit international présente une spécificité par rapport à l'évolution décrite et qui tient à son caractère légitime ou représentatif découlant de la diversité des essais de codification de la condition des étrangers (des essais américains, européens, asiatiques et africains y ont été discutés). En outre, les discussions au sein de la Commission ont pris en compte l'évolution du droit international, en particulier la dimension « droits de l'Homme ».

Toutefois, dans les grandes lignes, il est possible de retenir de ces travaux que la Commission est restée attachée à la conception traditionnelle du droit international que n'ont pas pu renverser les idées révolutionnaires du premier rapporteur de la Commission du droit international. Cette attitude a empêché une protection absolue de l'étranger et de ses biens (réticence à l'admission des réclamations individuelles, caractère exceptionnel des obligations internationales d'origine contractuelle, l'opposition, sous l'influence latino-américaine, à un traitement particulièrement privilégié de l'étranger et de ses biens par rapport aux nationaux et à leurs biens).

Certes, le statut de l'étranger a été abordé sous un seul angle, celui du bénéficiaire de droits. L'étranger en tant que sujet actif de la responsabilité (ce qui suppose également des obligations à la charge des individus) n'a pas fait l'objet de développements importants¹⁹². Toutefois, il n'a pas été accepté de lui reconnaître des droits particuliers. C'est le rapporteur spécial de la Commission du droit international qui a explicitement abordé la question en récusant la conception traditionnelle du droit international¹⁹³ et en considérant qu'un individu

¹⁹² La Déclaration sur les données fondamentales et les grands principes du droit international moderne prévoit au titre VII les devoirs de l'étranger auxquels elle consacre un article (31) : « tout étranger est soumis à la loi et aux autorités du pays sur le territoire duquel il réside ».

¹⁹³ Il critique ainsi le Sous-comité du Comité d'experts de la SDN pour la codification progressive du droit international qui affirmait dans son rapport que « l'individu n'étant pas sujet de droit international, la violation

pouvait être sujet actif de la responsabilité internationale¹⁹⁴. Non seulement il a fini par limiter cet aspect à la responsabilité pénale qui sera écartée après discussions au sein de la Commission, mais également il a semblé considérer seulement l'individu en tant que ressortissant de l'État d'accueil, écartant ainsi l'étranger.

Concernant donc les droits de « l'investisseur », il est difficile de relever une évolution notable de ces droits. Ainsi qu'il a été rapporté, une partie de la Commission « s'est déclarée opposée à l'idée que l'individu puisse être considéré comme titulaire de droits subjectifs internationaux, faire admettre une responsabilité internationale pour la violation de ces droits, et présenter en son propre nom des réclamations devant des juridictions internationales. Des réserves ont aussi été exprimées à propos de prendre comme critère déterminant d'une responsabilité internationale pour dommages aux étrangers la violation de l'un des droits fondamentaux de l'homme »¹⁹⁵.

Tout cela explique le constat suivant lequel les préoccupations sociales n'ont suscité que peu d'attention. Celles-ci ont été simplement évoquées dans le cadre des discussions.

De façon particulière, la place des nationaux n'a pas mérité une mention particulière dans les essais de codification. Mis à part le cas où le traitement de ces derniers est supposé servir de mesure à celui de l'étranger, c'est le point sur les droits de l'homme qui aurait pu permettre cette mention particulière. Mais la liste des droits fondamentaux de l'homme ne concernait que les droits civils et politiques¹⁹⁶.

d'une règle de ce droit n'entraîne pas une responsabilité à l'égard d'un individu. Parallèlement, le droit international n'imposant des devoirs qu'aux États, l'individu ne saurait se rendre coupable d'une violation de droit international » (« Premier rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, rapporteur spécial: Historique de l'œuvre accomplie jusqu'ici en ce qui concerne la codification du sujet de la responsabilité internationale des États. Document A/CN.4/217 et Add.1 », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1969), p. 129-162, p.189 para. 76)

¹⁹⁴ V. Base de discussion n° II (« Responsabilité internationale : rapport de F. V. Garcia Amador, rapporteur spécial. Document A/CN.4/96. », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1956), p. 175-231, spéc. p. 220).

¹⁹⁵ « Premier rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, rapporteur spécial : Historique de l'œuvre accomplie jusqu'ici en ce qui concerne la codification du sujet de la responsabilité internationale des États. Document A/CN.4/217 et Add.1 », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1969), p. 129-162, spéc. p.137, para. 50.

¹⁹⁶ Voir l'article 6 de l'avant-projet d'articles proposé par le rapporteur dans son deuxième rapport (« Responsabilité internationale: deuxième rapport de F. V. Garcia Amador, rapporteur spécial. Document A/CN.4/106 », *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1957), p. 119-146, spéc. p. 128) qui liste, comme « droits fondamentaux de l'homme », les droits à la vie, à la liberté et à la sûreté, l'inviolabilité de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit à la propriété, le droit au juge et les garanties pénales.

De même, au cours des discussions autour du premier rapport du premier Rapporteur spécial de la Commission, il a été évoqué l'intérêt général de l'État qui pourrait justifier l'intervention de l'État en cas de dommages aux biens de ses nationaux. Cet intérêt général se présente cependant comme celui de l'État d'origine vis-à-vis des préjudices subis par ses nationaux à l'étranger¹⁹⁷.

Enfin, aucune considération particulière n'a été accordée aux charges sociales de l'État d'accueil et à l'impact des activités de l'étranger sur les droits des nationaux. Quelques membres de la Commission ont abordé la question sans que cela ait retenu particulièrement l'attention du rapporteur spécial dans le rapport suivant. En effet, un commentaire a insisté sur le caractère non absolu de la règle selon laquelle un État est tenu de respecter les biens des étrangers. Il a en effet relevé qu'il est admis des exceptions et que le droit international ne devrait pas restreindre la liberté déjà très limitée de l'État à cet égard. Parmi les exceptions pouvant permettre une atteinte aux biens privés, le commentaire mentionne « la perception des impôts, les mesures de police, la protection de la santé des populations et l'utilité publique, ou encore la réalisation de changements fondamentaux dans la structure politique et économique de l'État ou l'exécution d'amples réformes sociales »¹⁹⁸. Appuyant ce point de vue, un autre commentaire revient sur la règle du traitement national et reconnaît également qu'il est admis des limites aux droits que l'État doit accorder aux étrangers en matière de droit civil et commercial, en particulier de droits de propriété. Notamment, il explique qu'« en raison de l'importance économique de la terre par exemple, le droit interne de nombreux États réserve aux nationaux le droit de la posséder, et on n'a jamais considéré qu'une telle disposition était contraire au droit international. De même, certaines professions ou certains métiers sont interdits aux étrangers pour protéger la main-d'œuvre ou les intérêts nationaux, et certains n'autorisent que leurs ressortissants à être propriétaires de navires battant leur pavillon. On voit donc qu'il y a de nombreuses exceptions (...), on peut même dire qu'il résulte du concept même de nationalité que les nationaux doivent avoir des devoirs spéciaux envers l'État et des droits spéciaux correspondants »¹⁹⁹. Cette conclusion aurait pu conduire à approfondir la discussion

¹⁹⁷ Voir sur ce point, la discussion au sein de la Commission du droit international sur l'État comme sujet passif de la responsabilité internationale (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol.1 (1956), p. 252, para.7 ; p. 253 para.12 ss).

¹⁹⁸ *Annuaire de la Commission du droit international*, vol.1 (1957), p.168.

¹⁹⁹ *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 1 (1957), p.172, para. 39.

sur le caractère principal de la liberté de réglementer de l'État, qui présente ici le statut d'une simple exception à la règle de protection des étrangers et de leurs biens.

Pour tout dire, il n'y a pas eu un véritable débat sur les préoccupations sociales en lien avec la définition des règles des investissements. Cet état de fait ne signifie pas ces préoccupations sociales n'étaient pas présentes dans l'esprit des gouvernants (les échanges diplomatiques évoqués dans l'introduction à propos de l'égalité de traitement montrent le contraire). Il témoigne seulement du point que l'absence de règles établies et contraignantes de protection des biens de l'étranger ne donnait pas encore un caractère urgent à ces préoccupations.

Conclusion de la section

Suivre l'évolution du droit de la protection de l'étranger jusqu'à la première moitié du XIXe siècle a permis de constater un désaccord sur la protection de l'étranger telle qu'elle avait été souhaitée par certains États. Ce constat justifie l'absence de contraintes juridiques particulières sur l'État et permet de conclure que la prise en compte des considérations sociales dans le cadre de l'encadrement de la présence et des activités de l'étranger n'était pas encore une préoccupation majeure.

Concernant notamment le standard de traitement minimum, il est difficile de considérer qu'il a été accepté par les États non européens. À le supposer établi, il restait difficile de trouver un contenu précis des droits substantiels et procéduraux reconnus à l'étranger en vertu de la norme internationale de justice²⁰⁰. Aussi, « aucun des organes internationaux qui l'ont admise et appliquée n'a jamais pu la définir ; ou bien ils ne l'ont pas tenté ; ou bien, lorsqu'ils l'ont fait, ils n'ont guère réussi. Ils se sont simplement bornés à rappeler la norme en question pour fonder leur décision ou à l'appliquer à des situations particulières dont ils ont voulu dégager des

²⁰⁰ Borchard qui défend l'existence de la norme et son caractère coutumier admet tout de même qu'elle est un standard « *mild, flexible and variable according to circumstances* » en parlant de son contenu matériel qui, selon lui est associé à certains « *elementary privileges of human existence which every state admitting aliens may be deemed to extend-mainly rights to life and the elementary liberties connected with the earning of a living* » (BORCHARD E., « The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens », *Michigan Law Review*, vol. 38 (1940), n° 4, p. 445-461, spéc. p. 458). À propos du contenu procédural, l'auteur se veut plus rassurant même s'il doit se contenter de principes généraux relatifs à la *due process* et au déni de justice (« *fair courts, readily open to aliens, administering justice honestly, impartially, without bias or political control, seem essential of international due process* » (*Ibid.*, p. 460).

conclusions générales par voie d'induction»²⁰¹. Deux faits marquants de l'histoire de la contestation de la norme en question confortent cette conclusion.

Dans un premier temps, il a été déjà mentionné l'attitude contestataire des États d'Amérique du Sud qu'ils ont justifiée par les dérives de la protection diplomatique²⁰². Particulièrement, la critique n'a pas manqué de soulever l'iniquité de son application dans un contexte marqué par des rapports de force entre États. Il a notamment été observé que, « par la discrimination qu'elle implique en faveur des éléments étrangers de la population et par l'atteinte qu'elle porte au principe de l'égalité des nations, la norme a choqué l'opinion publique et la conscience juridique de pays intéressés ! À ces divers égards donc, la norme internationale de justice apparaît comme nettement imparfaite et d'une utilité fort relative »²⁰³.

Dans un second temps, les nouveaux États issus de la décolonisation ont affirmé ne pas être liés par des règles, furent-elles coutumières, à l'élaboration desquelles ils n'ont pas participé. Aussi ont-ils accompagné, cette affirmation de l'adoption d'instruments qui ont contesté certaines règles (comme l'interdiction de l'expropriation sans compensation) considérées comme coutumières jusqu'alors²⁰⁴. Cette contestation dans le contexte de vagues

²⁰¹ « Responsabilité internationale : rapport de F. V. Garcia Amador, rapporteur spécial. Document A/CN.4/96. », in *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1956), p. 175-231, spéc. p. 203. Voir aussi Sir Gerald Fitzmaurice à propos de l'indéfinition de la norme (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 1 (1956), p. 262, para. 40 ss).

²⁰² « *At times, diplomatic protection in the hands of dominant powers has oppressed weak states, I venture to say that the shoe is now on the other foot* » (BORCHARD E., « The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens », *Michigan Law Review*, vol. 38 (1940), n° 4, p. 445-461, spéc. p. 449).

²⁰³ *Responsabilité internationale : rapport de M. F.V. Garcia Amador, op. cit.*, p. 203, voir aussi Sir Gerald Fitzmaurice à propos de l'indéfinition de la norme (*Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 1 (1956), p. 262, para. 40ss).

²⁰⁴ Un épisode non négligeable pour la compréhension du droit international des investissements est la période de contestation de l'ordre juridique, économique et politique des années 60-70 par les pays en développement dont le nombre s'est agrandi après les indépendances des années 1960. Ces pays ont trouvé dans les institutions onusiennes la tribune idéale pour l'expression de leur vision des relations internationales et du droit international. C'est ainsi qu'ils ont appelé à l'instauration d'un nouvel ordre économique international dont les grands principes sont sous-tendus par les idées de souveraineté économique des États, d'égalité réelle entre États et d'inégalité compensatrice. Les textes principaux, dans le prolongement de la doctrine Calvo, remettaient en cause le principe de l'indemnisation en cas d'expropriation et la compétence d'un juge international pour connaître des litiges mettant en cause un État et une entreprise étrangère. Par exemple le point 4 de la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles soumet le principe de l'indemnisation en cas d'expropriation, de nationalisation ou de réquisition de l'investissement au droit de l'État d'accueil et au droit international. Ce qui est n'est pas convenable aux États et aux investisseurs des États du Nord. Le point 4 (e) de la Résolution 3201 (S-VI) de l'Assemblée générale des Nations Unies portant déclaration sur l'établissement d'un nouvel ordre économique international présente le droit de nationaliser et de transférer aux nationaux de la propriété étrangère comme l'expression de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles de l'État. L'article 2 (c) de la Résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la Charte des droits et devoirs économiques des États affirme sans ambiguïté par rapport à la résolution 1803 qui implique simultanément le droit national et le droit international et prévoit la possibilité de recourir à l'arbitrage pour tout litige relatif à l'expropriation après épuisement des voies de recours

d'expropriations opérées au Sud et à l'Est a conduit les pays développés à se tourner résolument vers une source plus certaine de règles de protection des investissements. Ce sera le TBI²⁰⁵.

SECTION 2. LE BESOIN ACCRU DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX DEPUIS L'ADOPTION DES TBI.

Avec l'avènement des TBI, on est passé d'une absence de protection conventionnelle adéquate à une protection conventionnelle très libérale. L'absence de protection conventionnelle adéquate est devenue manifeste avec l'occurrence de nouvelles atteintes aux investissements à l'exemple des nationalisations russes à la sortie de la Seconde Guerre mondiale. Le cadre juridique conventionnel présentait des déficiences à deux égards : les insuffisances des traités d'amitié et de commerce et l'échec des projets de traités multilatéraux.

Les traités bilatéraux de commerce et d'amitié, pour leur part, étaient généraux et comportaient des dispositions peu étoffées sur la protection des investissements. Existant depuis le XVIII^e siècle, ces traités qui visaient à établir des relations commerciales bilatérales entre deux États avaient un objectif plus large que la protection de la propriété étrangère²⁰⁶. Ils étaient perçus comme de moyens de création et de renforcement des relations diplomatiques entre États²⁰⁷. Leur fonction commerciale était d'assurer à l'étranger, dans un contexte de traitement inégalitaire défavorable, un statut légal comparable à celui des nationaux de l'État

internes) le droit de nationaliser, d'exproprier et de transférer les biens étrangers. Dans ces cas, l'indemnisation se fait en tenant compte des lois et réglementations de l'État qui prend ces mesures. En cas de contestation, elle est réglée en vertu du droit interne de cet État et devant ses tribunaux à moins que d'autres moyens pacifiques soient recherchés. Du point de vue de leur valeur juridique, celle-ci a été contestée par les États du Nord. En pratique, l'arbitre unique, Jean-René DUPUY dans l'affaire *Texaco/Calasiatic* n'a reconnu la valeur de droit positif qu'à la seule résolution 1803 parce qu'elle codifiait le droit coutumier. Il s'appuie, pour ce faire sur l'analyse des votes aux moments de l'adoption de ces résolutions. Il conclut alors contrairement à la position égyptienne (qu'il rejette) selon laquelle la validité d'une mesure de nationalisation s'apprécie en vertu du droit national et non du droit international (*Texaco-Calasiatic c. Gouvernement Libyen, Sentence arbitrale au fond, 19 janvier 1977*, para. 80 ss).

²⁰⁵ VANDEVELDE K.J., « A Brief History of International Investment Agreements », *U. C.-Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12 (2005), p. 167-170.

²⁰⁶ Les aspects couverts étaient ainsi variés et allaient des droits de l'homme au commerce en passant par la propriété intellectuelle, la protection de l'investissement, l'immigration, la navigation, la fiscalité, la compensation des travailleurs, héritage et l'établissement (COYLE J.F., « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51 (2013), n °2, p. 302-359).

²⁰⁷ Voir SCHILL S.W., *The multilateralization of international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 29. Ainsi le recours des États-Unis à ces instruments dans ses relations avec des États européens puis américains s'explique par le besoin d'établir rapidement, en tant que nouvel État, des relations politiques et commerciales avec ont été des pionniers dans l'utilisation de ces traités.

d'accueil²⁰⁸. Ce n'est que plus tard, à partir des années 1920, que des traités modernes se sont véritablement orientés vers la protection des investissements et ont prévu l'essentiel des standards actuels de traitement : la règle de la constante protection et sécurité, le traitement national, la clause de la nation la plus favorisée, les dispositions relatives à l'expropriation²⁰⁹. Ils sont toutefois apparus rapidement inadaptés dans les relations avec les nouveaux États issus de la décolonisation, réticents à des relations politiques et commerciales étroites. Par ailleurs, si les traités modernes ont eu le mérite de prévoir un système de règlement des différends, il s'agit seulement d'un règlement interétatique devant la Cour internationale de justice. Pour toutes ces raisons, ces traités étaient moins protecteurs des investissements. Leur nombre a donc commencé à diminuer pendant que celui des TBI croissait, depuis le premier TBI conclu en 1959 entre le Pakistan et l'Allemagne.

S'agissant des projets de traités multilatéraux, l'histoire de leur échec est un témoignage du tournant radical de la protection des investissements²¹⁰. La raison principale de l'échec semble résider dans les dissensions sur les règles substantielles sur fond d'opposition entre les pays développés et les pays en voie de développement. Cela explique que les traités multilatéraux ayant pu voir le jour soient des traités dont l'objet principal porte sur la procédure plutôt que sur les règles substantielles. Ainsi, la Convention de New York sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États institue un Centre de règlement des différends investisseurs État (CIRDI) dont la fonction est celle d'une institution d'arbitrage²¹¹. Conformément à la Convention, le CIRDI facilite la mise en place de tribunaux *ad hoc* dans les litiges d'investissement impliquant des États ayant ratifié la

²⁰⁸ Voir COYLE J.F., « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *op. cit.*, p. 302-359, spéc. p. 319-323 qui donne l'exemple des législations nationales qui restreignent l'accès aux emplois pour les étrangers, notamment aux États-Unis d'Amérique.

²⁰⁹ Ce changement serait expliqué par l'évolution du cadre juridique des relations économiques internationales, notamment la création du GATT qui prenait désormais en charge la réglementation du commerce international. Toutefois, cette restriction du contenu de ces traités n'a pas été accompagnée dans la pratique d'un allègement de la procédure de leur conclusion caractérisée par la lenteur (VANDEVELDE K.J., *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce and navigation treaties*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 198.

²¹⁰ Sur l'histoire du multilatéralisme en matière d'investissement: SCHILL S.W., *The multilateralization of international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 31-40; FOOTER M.E., « International Investment Law and Trade: the relation that never went away », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 259-280.

²¹¹ Sous les auspices de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), la Convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États a été adoptée le 18 mars 1965 à New York. Elle est entrée en vigueur le 14 octobre 1966. En 1979, des règles additionnelles ont été adoptées pour permettre le règlement de différends entre un investisseur et un État qui n'est pas partie à la convention.

Convention de New York. L'originalité de la Convention tient aux caractères spécifiques du Centre qu'il crée. La Convention exclut d'abord la protection diplomatique que pourrait exercer l'État du national parti au différend dès lors que l'État d'accueil a consenti à soumettre le différend au Centre²¹². Elle rend obligatoire dans tout État membre, et sans besoin de recourir à une procédure d'*exequatur* qu'elle supprime de ce fait, la sentence rendue sous l'égide du Centre²¹³. La Convention exclut enfin tout recours contre la sentence dans les ordres juridiques nationaux²¹⁴. De même, la Convention de Séoul créant une Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) ne vise pas à formuler des règles matérielles de protection²¹⁵. L'Agence garantit les investisseurs contre les risques politiques dans les pays en voie de développement²¹⁶ et subroge aux investisseurs en cas d'occurrence du risque garanti²¹⁷.

En dehors de ces deux traités, les tentatives d'établissement de règles matérielles communes par voie de traité multilatéral n'ont pas abouti. La Charte de La Havane créant l'organisation internationale du commerce²¹⁸, le projet de convention sur les investissements étrangers²¹⁹, le projet de convention sur la protection de la propriété

²¹² L'article 27 de la Convention de Washington qui pose la règle n'exclut pas définitivement la procédure de la protection diplomatique. Il réserve le cas où le différend devient interétatique à l'occasion par exemple de la non-exécution par l'État d'accueil, dont la responsabilité serait éventuellement reconnue, de la sentence arbitrale rendue par le tribunal institué sous l'égide du Centre (article 64 de la Convention).

²¹³ Voir l'article 54 de la Convention. Cet article soumet les sentences CIRDI relativement aux obligations financières de l'État reconnu responsable, au régime d'exécution qui est réservé, dans leurs ordres juridiques respectifs, aux jugements définitifs de leurs propres juridictions.

²¹⁴ L'article 53 de la Convention de Washington n'autorise que les voies de recours prévues dans la Convention. L'article 52 prévoit une procédure d'annulation devant un comité ad hoc et sur les motifs prévus pour la convention.

²¹⁵ La Convention a été adoptée sous l'égide de la Banque mondiale le 11 octobre 1985. Elle est entrée en vigueur le 12 avril 1988.

²¹⁶ Articles 11-14.

²¹⁷ Article 18.

²¹⁸ La Charte a été adoptée à la Conférence internationale sur le commerce et l'emploi tenu à La Havane du 21 novembre 1947 au 24 mars 1948. Son chapitre III était consacré au développement économique et à la reconstruction dont l'un des moyens était l'investissement international (voir l'article 12). La Charte ne contient pas de règles substantielles à proprement dit, mais seulement des engagements à encourager et à promouvoir l'investissement international. Mis à part la partie sur l'Accord général sur le commerce et les droits de douane, elle n'est jamais entrée en vigueur en raison de l'opposition du Congrès américain à l'intégration des dispositions relatives à l'investissement (HAHN M., « WTO Rules and Obligations related to investment », in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. and REINISCH A. (eds.), *International investment law: A handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 653-670, spéc. p. 653 ss).

²¹⁹ Ce projet qui date de 1959 est le résultat d'un travail mené par un comité mis en place par des hommes d'affaires et dirigé par le directeur général de la *Deutsche Bank*, Herman Abs et le *Lord Shawcross*, ancien directeur de Shell (d'où le nom de projet Abs-Shawcross). Selon le commentaire accompagnant le projet, celui-ci a pour but d'établir « *the fundamental principles of international law regarding the treatment of the property, rights and interests* ». Ce qui laisse penser que le projet se veut « *a restatement of lex lata in the form of multilateral convention* » (SCHWARZENBERGER G., *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969, p. 111). L'article I du projet impose d'accorder à la propriété étrangère un traitement juste et équitable, une protection et sécurité constante et un traitement par des mesures raisonnables et non discriminatoires. L'article III interdit

étrangère²²⁰, les textes adoptés dans le contexte du nouvel ordre économique international (NOEI), l'Organisation internationale du commerce²²¹, l'Accord multilatéral sur les investissements²²² sans oublier les principes directeurs de la Banque mondiale qui sont considérés comme une codification *soft* du droit international des investissements²²³ ont tous été des tentatives infructueuses sur fond d'opposition sur les règles substantielles.

En répondant à ces insuffisances du cadre juridique par l'adoption des TBI, les États ont donné un caractère libéral marqué à la protection des investissements. Contrairement au

l'expropriation sans compensation (mais sans la condition relative à l'intérêt public). L'article VII est consacré au règlement des différends par l'arbitrage d'abord.

²²⁰ Les deux versions du projet de convention sur la protection de la propriété étrangère (1962, 1967) préparées par l'OCDE sont une re-étude pour rendre acceptables pour les pays en développement, mais aussi pour les pays développés le projet Abs-Shawcross (SCHWARZENBERGER G., *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969, p. 137-138, 168-169). Dès le préambule, le projet relève que les États parties ont exprimé le souhait d'être rejoints par d'autres États. La relecture des dispositions n'a pas convaincu tout le monde et le projet est resté à l'état.

²²¹ Signés le 15 avril 1994 et entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995, les Accords de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'ont pas traité de l'investissement international dont l'introduction dans le champ de l'OMC a rencontré l'opposition des pays en développement qui ont défendu leur pouvoir de réguler l'investissement. Centré sur le commerce, il n'a abordé la question de l'investissement international que de façon incidente. L'Accord général sur les mesures concernant l'investissement et liées aux commerces (partie intégrante de l'Accord OMC, annexe 1A) vise précisément les « *distorting effects of investment measures* » (voir préambule) et non la réglementation de l'investissement. C'est l'Accord sur le commerce des services qui contient des dispositions relatives à l'investissement, mais seulement limitées au commerce des services, l'investissement pouvant entrer sans difficulté dans la définition de prestations de services de l'article I (la création d'une filiale à l'étranger étant considérée comme un service). De même, les droits de propriété faisant l'objet de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété liés au commerce (ADPIC) figurent également dans des accords d'investissement dans lesquels ils sont définis comme étant des investissements. La Conférence ministérielle de Singapour (1996) avait mis en place un groupe de travail chargé de réfléchir sur les liens entre l'investissement et le commerce. Aussi ce point était-il à l'ordre du jour du Cycle de Doha (2001) jusqu'en 2004. (BISMUTH R., « La contribution du droit du commerce international au droit des investissements », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux: perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 87-116 ; NANTEUIL A. de, « Droit international des investissements et droit de l'OMC », LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, op. cit.*, p. 581-611)

²²² Le projet est abandonné en 1999. Une des causes de l'échec tient au caractère libéral de l'approche qui a prédominé dans la rédaction du projet d'accord et qui a fait parler du projet comme une charte des droits des entreprises et des devoirs des États (JULLIARD P., « L'accord multilatéral sur l'investissement: un accord de troisième type ? », in SFDI (dir.), *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, p. 47-78, spéc. p. 56 ss). L'absence d'équilibre entre les droits des investisseurs et les devoirs de l'État a contribué à renforcer le sentiment de dépossession des prérogatives étatiques. Car, en « prévoyant peu ou pas d'obligations pour les investisseurs, mais pas non plus de droits pour les États de la sorte investis, l'AMI faisait du laissez-faire, laissez-passer propre au droit du commerce international une devise également partagée par celui des investissements » (DUPUY R.J., « Conclusions générales », SFDI (dir.), *Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, p. 131-13, spéc. 132).

²²³ Les Principes directeurs de la Banque Mondiale pour le traitement de l'investissement direct étranger (*Guidelines for the treatment of foreign direct investment*) ont été adoptés en 1992. Il s'agit bien de « best practice » dont la seule sanction en cas d'inobservation sera le reflux des investissements. C'est « un catalogue de mesures étatiques ou interétatiques qui a pour objet et effet d'encourager et non de décourager les investissements internationaux » (CARREAU D., FLORY T. et JULLIARD P., « Chronique de droit international public », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 38 (1992), n° 1, p. 757-807, p. 782). Par rapport au projet AMI qu'il précède, les Principes directeurs ont une approche équilibrée favorisant ainsi une acceptation du contenu matériel des principes.

contexte d'absence de règles consensuelles décrit dans la première section, la signature des TBI par les États marque leur consentement aux règles de protection des investissements. De même, la faible attention portée par les États sur les préoccupations sociales a été justifiée dans le contexte exposé dans la première section. La discussion et l'adoption des traités de droits de l'Homme au moment de l'avènement des TBI ainsi que le caractère libéral du contenu des TBI rendent difficilement compréhensible l'absence de prise en compte des droits sociaux ou simplement le silence sur les aspects sociaux de l'investissement. Cette situation conduit à la recherche d'une explication. L'absence de traitement intégré des droits sociaux ou des préoccupations sociales dans le corps des TBI a-t-elle été synonyme de négligence ou de rejet de ces considérations ? Si la réponse à la question est négative, elle permettra d'affirmer que l'interprétation des TBI peut prendre en compte les droits sociaux même si ces TBI ne comprennent pas des dispositions expresses afférentes. Elle amènera surtout à se demander si la présence de dispositions expresses relatives aux droits sociaux est la seule forme permettant d'identifier la prise en compte des droits sociaux dans le droit international des investissements.

L'analyse du contexte de signature des TBI par les États montre que ceux-ci ne se sont pas totalement désintéressés des aspects sociaux. L'intérêt pour ces considérations sociales était présent, mais il prenait la forme d'un objectif des traités d'investissement. Cette situation donne un caractère ambivalent à la socialisation (**Paragraphe 1**). Ce caractère ambivalent impose de retenir un critère d'identification large de la socialisation afin de pouvoir prendre en compte toutes les manifestations de la protection des droits sociaux en droit international des investissements (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le caractère ambivalent de la socialisation

L'ambivalence de la socialisation décrit sa présentation sous deux formes : la forme intentionnelle et la forme manifeste. Elle est dictée par le caractère libéral des TBI caractérisé par deux fonctions principales.

La première fonction des TBI est de donner une valeur juridique indiscutable aux règles coutumières contestées²²⁴. Il s'agit en particulier de la règle du traitement minimum et de la

²²⁴ Il est soutenu que les clauses contenues dans les TBI sont plus l'expression d'un « *explicit effort to provide investors with the traditional protections of customary law (...)* » (ALVAREZ J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Maubeuge, Brill, 2011, p. 275).

règle d'indemnisation en cas d'expropriation, dite règle de *Hull*. Un ancien membre du groupe de négociations des TBI américains et spécialiste de la politique juridique américaine en matière de TBI, a observé que « *the decision to negotiate TBI was very much motivated by a desire to create a network of treaties adopting the standard of prompt, adequate and effective compensation for expropriation (...) The United States therefore refused to conclude any BIT unless it adopted that standard explicitly* ». ²²⁵ Cependant, l'objet des TBI va au-delà de la confirmation de règles coutumières, car ils se présentent aussi comme de la *lex specialis* par rapport à la coutume ²²⁶.

La seconde fonction des TBI est alors la dépolitisation des relations entre l'investisseur et l'État d'accueil. Cette dépolitisation s'opère d'abord par le traitement égalitaire des investisseurs nationaux (ou des investisseurs d'autres nationalités) et des investisseurs du TBI concerné. Il s'agit ensuite, pour l'État d'accueil, de s'abstenir de comportement arbitraire et/ou déraisonnable. L'un des standards qui résument bien ce point est le traitement juste et équitable. Sa fonction principale est d'exiger de l'État d'accueil un cadre juridique prévisible d'investissement à l'investisseur pour que celui-ci soit en mesure de prévoir et de ne prévenir que les seuls risques économiques de son investissement. Enfin, la dépolitisation du règlement des différends entre investisseurs et États conduit à soustraire ces litiges à la compétence des tribunaux nationaux pour les soumettre à celle des tribunaux arbitraux internationaux.

Ces fonctions constituent la raison d'être et l'objet des TBI. Dans ce contexte originel, tout autre objectif prévu dans le TBI est au mieux superflu, sinon instrumental. Par exemple, les objectifs explicites relatifs au développement économique prévus dans le modèle TBI américain de 1987 ont pu être présentés comme des incitatifs dont la fonction est de faire accepter le standard libéral principal qu'est le standard du traitement juste et équitable ²²⁷. Il est ainsi possible d'affirmer que le caractère libéral des TBI exerce une influence sur les options politiques des États. Dès lors, rechercher les raisons qui ont poussé les États (notamment ceux

²²⁵ VANDEVELDE K.J., « A Brief History of International Investment Agreements », *U. C.-Davis Journal of International Law and Policy*, vol. 12 (2005), p. 167-170, spéc. p. 171.

²²⁶ BISHOP R.D., CRAWFORD J. and REISMAN W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, and Commentary*, Second edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, p. 753. Pour ces auteurs, les dispositions de TBI sont des « (p)rovisions that are *lex specialis* » et qui « *supersede any inconsistent customary international law and may embrace or exclude any incipient norms* ».

²²⁷ « *all the aspirational goals mentioned in the preamble, such as economic co-operation and economic development, are stated as merely desirable outcomes flowing from the real object and purpose of this treaty, which, as the preamble states, is to promote the "fair and equitable treatment of investment"* » (ALVAREZ J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Maubeuge, Brill, 2011, p. 263 ss).

du sud) à accepter le caractère libéral des TBI permet de comprendre la place qui y est réservée aux considérations sociales.

La réponse principale nous paraît résider dans la perception par les États de l'utilité de l'investissement international et du droit international telle qu'elle a été véhiculée par les représentations qui ont accompagné la promotion du caractère libéral des TBI. Cette perception a servi de justification à l'écartement des considérations sociales du texte des TBI. Ainsi, sans être absentes dans l'esprit des négociateurs, les considérations sociales n'ont pas été explicitement prévues dans le texte des accords d'investissement **(A)**. Cette intention de protéger indirectement les droits sociaux explique l'introduction tardive des références relatives aux droits sociaux **(B)**. Cette double forme de présence des considérations sociales justifie la qualification du caractère ambivalent de la socialisation.

A. La socialisation indirecte du droit conventionnel

Les développements suivants montrent que les considérations sociales sont restées un objectif indirect du droit des investissements. Cette affirmation découle de la perception positive que les États ont eue des conséquences sociales du droit conventionnel. L'idée de la perception ou de l'imaginaire découle des tentatives d'explication de l'acceptation des TBI, dans les années 1980, par les pays en développement, alors que ceux-ci contestaient, deux décennies auparavant, les règles coutumières que ces TBI cristallisent.

Pour s'en tenir à quelques auteurs, Andrew Guzman avance un postulat réaliste, expliquant le ralliement individuel des pays en développement aux normes conventionnelles libérales par le dilemme du prisonnier²²⁸. Individuellement marqués par un esprit de compétition pour attirer les investissements, ces États poursuivent des intérêts qui sont différents de ceux qu'ils défendent lorsqu'ils sont pris en groupe dans les enceintes onusiennes. Animés par cet esprit de compétition, ils trouvent dans le TBI un moyen d'attirer des investissements. Andrew Guzman trouve que, contrairement à d'autres explications qui avancent un changement dans la position de ces États vis-à-vis des règles mêmes de l'investissement, ces États ont toujours gardé leur position sur les règles des investissements.

²²⁸ Guzman A.T., « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38 (1998), p. 639-687.

Ils ont simplement été contraints, en quelque sorte, par la nécessité de développement économique qui les a poussés à entrer en compétition entre membres du groupe. C'est donc la foi dans les bienfaits supposés de l'investissement qui est à l'œuvre.

Le facteur « foi » est cependant peu présent dans la réflexion de Lauge Poulsen qui tend à contester l'argument de Guzman. Pour ce dernier, les États du Sud n'ont pas simplement cru aux avantages de l'investissement international et aux bénéfices des TBI. Leur foi n'est pas si aveugle qu'elle paraît, c'est seulement leur calcul rationnel des bénéfices de l'investissement et des TBI qui est insuffisant (« bounded rationality »)²²⁹. Pour Nicolas Perrone, la perception des effets positifs du droit international des investissements n'est pas le seul fait des États du sud, elle peut être valable pour tout État²³⁰. Cet auteur explique que l'évolution du droit international des investissements suit l'imaginaire partagé des professionnels du monde des affaires²³¹. Ces « *norms entrepreneurs* » tentent de, et réussissent progressivement à, mettre en pratique et faire interpréter le droit international des investissements tels qu'ils le conçoivent. À propos de la contestation opposée par les pays en développement dans les années 60 et qui représente un imaginaire concurrent, il montre qu'elle a été combattue par un retour de l'imaginaire des professionnels du monde des affaires tel que défendu à la sortie de la Seconde Guerre mondiale. Ce dernier imaginaire a été repris dans les idées pro-investisseur véhiculées par non seulement la CNUCED et la Banque mondiale, mais également par l'interprétation libérale des textes par certains arbitres et l'enthousiasme de certains universitaires des années 1990²³².

Dans la même logique, la considération des droits sociaux semble avoir été perçue comme un effet lointain de la pratique des TBI. Elle est réalisée par la contribution de l'investissement international au progrès social des peuples et à l'amélioration des conditions

²²⁹ POULSEN L.S., *Bounded rationality and economic diplomacy: the politics of investment treaties in developing countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

²³⁰ « *The legal imagination of the norm entrepreneurs is the product of both their theories and their practice-discussions, lobbying, and networking. Their ideas about international law matter, but so do « the collation of those ideas in the larger frame of foreign investment relations. These individuals and associations did not launch a detailed plan to impose a world project or directly addressed the struggles between either the West and East or the North and South. Instead, they focused on certain problems related to international development, that they, as practical people, had identified and for which they claimed to have good solutions. Their legal imagination is their specific way of thinking about foreign investor rights and investment relations, regardless of their concrete proposals* » (PERRONE N., *Investment treaties and the legal imagination: how foreign investors play by their own*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 4).

²³¹ Ces professionnels sont des banquiers, des chefs d'entreprises et des juristes et avocats.

²³² Voir Chapitre 4 « The rise of Investment Treaties and ISDS in the 1990 and Since » (*Ibid.*, p. 96-121).

de vie des populations, peu important que ce progrès soit effectif. Le droit des investissements étant un moyen privilégié (à côté des ressources diplomatiques) de promotion et de protection de l'investissement international, il sert de moyen de réalisation de l'objectif d'amélioration des conditions de vie des populations. Cet objectif indirect relève des politiques d'investissement, en ce sens qu'il n'apparaît pas toujours explicitement dans le traité. Par exemple, au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, les États-Unis d'Amérique ont dû traiter le problème du chômage que couraient des millions de ses citoyens du fait de la fin de l'économie de guerre. L'investissement international s'est présenté comme un moyen adéquat pour résoudre ce problème de chômage. Des avantages mutuels sont attendus et seront acquis d'une part à travers des réglementations qui viseront à traiter l'investissement de façon juste et équitable et non discriminatoire, d'autre part en refusant le soutien aux investissements indésirables²³³. Pour ce faire, le document de stratégies sur l'investissement étranger suggérait que l'investissement étranger « *should avoid monopolistic or privileged position and should adopt adequate labor standards, defined as those comparable to the most advanced standards practiced by similar enterprises in the country (...). Local participation in the investment was often desirable, particularly where nationalistic sentiment was strong. Foreign investment should not conflict with local mores and should be consistent with the general foreign policy of the United States* »²³⁴. Ainsi, les politiques d'investissement international peuvent poursuivre plusieurs objectifs (l'économie de plein emploi pour les États-Unis, l'accroissement du niveau de vie ailleurs) dont certains paraissent généraux (promotion de la paix, expansion des libertés en luttant contre le communisme)²³⁵. Ces objectifs lointains des politiques d'investissement sont en réalité des effets lointains attendus de l'investissement direct étranger. Cela explique les mentions cursives de ces objectifs dans les traités d'investissement. En conséquence, leur portée juridique est très limitée.

Une illustration est l'objectif de développement économique qui figure dans les préambules des anciens TBI. Il est souvent présenté comme un argument ayant motivé les pays en développement dans l'acceptation des TBI²³⁶. Toutefois, il est difficile de soutenir qu'il est

²³³ Ces investissements incluent ceux qui créent un ressentiment public dans le pays d'accueil ou qui causeraient une atteinte à la politique étrangère des États-Unis. Sont de ceux-là, à titre d'exemple, « those where the investor received special tax exemptions or exclusive concessions, those involving anticompetitive behavior, or those that exploited labor » (K. J. VANDEVELDE, *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce and navigation treaties*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 48-54).

²³⁴ *Ibid.*, p. 46.

²³⁵ Voir la doctrine Truman derrière le point IV du discours 20 janvier 1949.

²³⁶ La corrélation entre la conclusion des TBI et le flux des investissements n'est pas aussi certaine au regard de la divergence des chercheurs sur la question : sur l'affirmation d'une corrélation positive, voir NEUMAYER E., SPES

un objectif immédiat de l'investissement de sorte à en faire un argument de l'État dans le cadre d'une procédure²³⁷. Au regard des rapports de force qui ont prévalu tant lors des débats ouverts au plan international que dans le cadre des négociations bilatérales²³⁸, la mention du développement dans les préambules semble servir surtout à faciliter les négociations des TBI²³⁹.

En pratique, la mention du développement économique dans le préambule de la Convention de New York instituant le CIRDI a suscité des débats fort intéressants, mais la fortune du « développement économique » comme critère de définition de l'investissement dans le contentieux arbitral relatif aux investissements a fini par convaincre que le développement n'était pas l'objectif premier de la Convention et du système CIRDI²⁴⁰. Cela est d'autant moins surprenant que la Convention CIRDI présente le développement économique comme une conséquence de l'investissement et non comme une condition²⁴¹. En tout état de cause, l'objectif du développement suscite des débats passionnés, mais de façon concrète « (w)

L., « Do Bilateral Investment Treaties increase Foreign Direct Investment to Developing countries? » *Working paper, London School of Economics*, 2005, p. 1-30, spéc. p. 27. Disponible en ligne: <http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627> (consulté le 20 octobre 2019); SALACUSE J.W. and SULLIVAN N.P., « Do BITs really work? : an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain », *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), n° 1, p. 67-130. Pour une corrélation négative: HALLWARD-DRIEMEIER M., « Do Bilateral Investment Treaties attract FDI? Only a bit... and they could bite » *World Bank Policy Research Working Paper*, 2003, p. 18 et ss.; ROSE-ACKERMAN susan et TOBIN J., « Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties », *SSRN Electronic Journal*, (2005), p. 1-51, spéc. p. 22 ; AISBETT E., « Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation », *Munich Personal RePEc Archive*, MPRA Paper No. 2255 (2007), p. 1-48.

²³⁶ SCHILL S.W.S., « Tearing down the Great Wall - the new generation investment treaties of the people's republic of China », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 15 (2007), n° 1, p. 73-118, spéc. p. 89 ss.

²³⁷ « The principal rationale behind the conclusion of IIAs was (and still in a large extent) the protection of foreign investment abroad. Capital-exporting countries sought to ensure a certain level of treatment for their investors in host countries (...). Capital-importing countries, in turn, hope that assurances of this very treatment will promote and attract foreign investment in their content » (ALSCHNER W. and TUERK E., « The role of international investment agreements in fostering sustainable development », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, op. cit., p. 217-231, spéc. p. 218). Contra. MONEBHURRUN N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 69. L'auteur est de l'avis contraire. « la volonté du développement constitue l'une des raisons d'être de la recherche et de l'acceptation originelle des investissements internationaux et des accords relatifs à leur protection par les pays en développement », « l'une des finalités des accords relatifs à la protection des investissements ».

²³⁸ SCHWARZENBERGER G., *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969, p. 103.

²³⁹ Voir à ce propos cette conclusion tirée par la conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement: « Current BIT practice does not, in general, expressly deal with development matters beyond the inherent objective of BITs of investment protection. There is a need for further clarification of the interrelationship between existing standards of investor protection and investment promotion, on the one hand, and the best means by which development concerns can be (or should be) expressed in the future evolution of BITs, on the other hand » UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investments Rulemaking*, New York and Geneva, United Nations, 2007, p. XIV.

²⁴⁰ Voir GAILLARD E. and BANIFATEMI Y., « The long March towards a Jurisprudence constante on the Notion of Investment », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, op. cit., p. 97-125.

²⁴¹ Le préambule prend seulement en considération « la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique ».

hile arbitrators increasingly confront host states' invocations of development, they have not yet been fully receptive to its pragmatic force toward the (re) interpretation of current formulations of « investment » provisions and « essential security interests » clauses within TBI»²⁴².

Ainsi, l'influence principale exercée par le TBI est due à son caractère libéral. Son contexte d'émergence marqué par un discours libéral fort a permis de justifier et de tolérer le rejet des considérations sociales en dehors du texte des TBI. Cependant, il est progressivement apparu que la perception longtemps véhiculée sur les bénéfices des investissements étrangers et du droit international des investissements ne correspond pas à la réalité. En outre, les bénéfices espérés ne pouvaient pas compenser les effets négatifs des opérations d'investissement et les conséquences de la pratique du droit international des investissements. Cela a progressivement conduit à inclure des références relatives aux droits sociaux dans le texte des TBI.

B. La socialisation tardive du droit international des investissements

La socialisation tardive du droit international est due à la prégnance d'un imaginaire libéral, qui bute aujourd'hui contre ses propres contradictions. Un parcours en trois étapes peut être identifié. Il est d'abord possible de soutenir que le ralliement des États, autrefois contestataires, au TBI peut être analysé sous le prisme de la représentation, vraie ou fausse, que ces États se faisaient des bénéfices de l'investissement international. Dans cette représentation, les considérations sociales sont perçues comme des objectifs lointains des accords d'investissement. Ensuite, cette perception a influencé le comportement des États dans la mise en œuvre de leurs obligations (internationales ou non) en matière de droits sociaux. Enfin, le revers de la négligence des droits sociaux en présence d'un cadre juridique qui n'a pas anticipé cette conséquence conduit aujourd'hui à la critique du droit international des investissements et à l'introduction formelle des dispositions relatives aux droits sociaux.

L'introduction des références aux droits sociaux (et aux droits de l'homme) s'est faite de façon progressive. Dans un premier temps, elles ont été absentes dans des accords et des projets d'accord d'investissement. Aucune référence explicite ne figure dans les préambules

²⁴² DESIERTO D., « Deciding International Investment agreement applicability: the Development Argument in Investment », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives, op. cit.*, p. 240-256, spéc. p. 250.

des projets de convention *Abs-Shawcross* sur les investissements étrangers et du projet de convention OCDE sur la protection de la propriété étrangère²⁴³. Dans un second temps, les considérations sociales n'ont pas été directement intégrées dans les textes des accords internationaux d'investissement. À côté des normes d'investissement contenues dans des traités (parfois dans les projets inaboutis de traités) ont été adoptées des normes de droits de l'homme (le plus souvent de *Soft Law*) dont l'objectif est de résorber les conséquences sociales des activités d'investissement tant au plan multilatéral qu'au plan régional. Il en résulte une séparation entre les textes adoptés et comportant les normes sociales, d'une part, et les accords d'investissement, multilatéraux ou régionaux, d'autre part²⁴⁴.

Les premiers instruments qui contiennent des références explicites dans leurs préambules ou dans le corps du texte (lorsque les dispositions dans le corps du texte affirment énumérer explicitement ou non les objectifs et buts du texte) n'ont pas été spécialement élaborés en vue de la promotion, de l'encouragement ou de la protection des investissements. C'est le cas par exemple la Déclaration tripartite de l'OIT²⁴⁵ et du projet de normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme²⁴⁶. En outre, les accords ou projets de textes multilatéraux qui visent d'abord l'investissement international évoquent seulement le souhait de contribuer au développement économique et/ou au progrès social²⁴⁷.

Au niveau régional, cette séparation des normes se constate également. Les États membres de l'Union économique et douanière de l'Afrique centrale (UDEAC) ont adopté en

²⁴³ Le préambule évoque le progrès et le développement économique : « *The High Contracting Parties: «Believing that peace, security and progress in the world can only be attained and ensured by fruitful cooperation between all people on the basis of international law and mutual confidence; appreciating also the importance of encouraging commercial relations and promoting the flow of capital for economic activity and development »* »

²⁴⁴ Voir sur le sujet : MARCOUX J.-M., *International investment law and globalization: foreign investment, responsibilities and intergovernmental organizations*, London, New York, Routledge, 2019.

²⁴⁵ Voir la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (OIT), version révisée 2017*.

²⁴⁶ UNCTAD, *International investment instruments : a compendium*. 1. Multilateral instruments, New York, United Nations, 1996, p. 161.

²⁴⁷ Voir le Chapitre 12 intitulé Investissement international pour le développement et la reconstruction de la Charte de La Havane, notamment les points 1a, 1c (i) et 3 (UNCTAD, *International investment instruments : a compendium*, 1. *Multilateral instruments*, op. cit., p. 3 ss) ; le point 5.2 du projet de code de conduite sur le transfert de technologie négocié sous les auspices du CNUCED, mais non adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, version 1985 (UNCTAD, *International investment instruments : a compendium*, op. cit.). Il en est de même de critères pour la gestion du développement durable élaborés à la demande de l'ECOSOC qui recommande une politique d'entreprise de développement durable qui met en avant la croissance durable, la protection de l'environnement, l'utilisation durable des ressources, la sécurité des travailleurs et la prévention des accidents (UNCTAD, *International investment instruments : a compendium*. 1. *Multilateral instruments*, op. cit.).

1965 une convention commune sur les investissements qui a été suivie dix ans après par un code des entreprises multinationales²⁴⁸. Ce code ne mentionne pas explicitement les droits sociaux. Il retient cependant que la création d'une entreprise multinationale doit poursuivre entre autres un objectif de développement équilibré. Au sein de l'OCDE, l'absence de références aux droits sociaux dans les projets de convention de 1962 et 1967 a été corrigée par l'adoption d'une déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales dont l'annexe énumère à l'intention des entreprises multinationales, un ensemble de principes directeurs²⁴⁹. On peut enfin mentionner les principes directeurs sur l'investissement de l'APEC adoptés en 1994. Ces textes ne visent pas explicitement les droits sociaux dans leurs préambules ou dans leurs objectifs. Le plus souvent, ils se contentent de précisions relatives à un objectif de développement équilibré²⁵⁰, ou de la mention que l'investissement contribue au bien-être ou au progrès social²⁵¹ ou encore des indications relatives à la création d'emploi au niveau local²⁵² ou au contraire au traitement des travailleurs étrangers au même titre que les travailleurs nationaux. Ainsi de manière générale, les accords internationaux adoptés jusque dans les années 90 ne comportaient pas de dispositions explicites sur les droits sociaux. On peut noter cependant quelques exceptions.

La Convention entre l'Union européenne et les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (Accord de Lomé IV de 1990) mentionne explicitement les droits sociaux dans son préambule²⁵⁴. L'exception est toutefois atténuée par le fait qu'il s'agit d'un accord commercial global. Plus commercial que d'investissement, cet accord s'inscrit également dans la politique

²⁴⁸ *Code des entreprises multinationales de l'Union douanière économique de l'Afrique centrale (UDEAC), 1975.*

²⁴⁹ *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011.*

²⁵⁰ Voir le code des entreprises multinationales de l'UDEAC (*Code des entreprises multinationales de l'Union douanière économique de l'Afrique centrale (UDEAC), 1975* : Chapitre I (Purposes of Multinational Companies), l.c).

²⁵¹ Voir le préambule de la Charte sur un régime des entreprises industrielles multinationales (1990) dans la Zone de libre-échange des États de l'Afrique australe et orientale (devenue le marché commun de l'Afrique de l'Est et du Sud : COMESA) (UNCTAD, *International investment instruments : a compendium. 2. Regional Instruments, New York, United Nations, 1996*).

²⁵² The Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) Non-binding Investment Principles (1994)

²⁵⁴ « *Reaffirming their adherence to the principles of the said Charter and their faith in fundamental human rights, in all aspects of dignity and in the worth of the human person, as the central agent and beneficiary of development, in the equal rights of men and women and of nations, large and small*
Recalling the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; recognizing the need to respect and guarantee civil and political rights and to strive to bring about full enjoyment of economic, social and cultural rights. Welcoming the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe, the African Charter on Human and Peoples' Rights and the American Convention on Human Rights as positive regional contributions to the respect of human rights in the Community and in the ACP States » (voir The Fourth ACP-EEC Convention [Lomé IV) dans UNCTAD, *International investment instruments : a compendium, op. cit.*

étrangère de l'organisation d'intégration européenne en matière de promotion de l'état de droit, de la démocratie et des droits de l'Homme (assortie d'une politique de conditionnalité). Une deuxième exception est constituée par le TBI des États-Unis d'Amérique. La rédaction du préambule des TBI américains avant 1990 ne prenait pas en compte des aspects relatifs aux droits sociaux tels l'emploi, les droits des travailleurs²⁵⁵. Dans les années 90, bien que certains traités fassent exception²⁵⁶, presque tous les TBI ont fait mention de ces aspects. Outre la traditionnelle mention renvoyant à la contribution de l'investissement au développement ou plus tard à l'élévation du niveau de vie des populations²⁵⁷, il a été ajoutée une référence générale aux droits internationalement reconnus des travailleurs : « *Convinced that private enterprise operating within free and open markets offers the best opportunities for raising living standards and the quality of life for the inhabitants of the Parties, improving the well-being of workers, and promoting overall respect for internationally recognized worker rights* »²⁵⁸. La rédaction de cette disposition peut changer : « *Recognizing that the development of economic and business ties can contribute to the well-being of workers in both Parties and promote respect for internationally-recognized worker rights* »²⁵⁹.

Au milieu des années 90, la référence s'est élargie en intégrant des aspects allant au-delà des droits relatifs au travail et incluant des considérations relatives à la santé, sécurité, environnement : « *Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards. Recognizing that the development of economic business ties can promote respect for internationally recognized worker rights; Agreeing that objectives can be achieved without relaxing health, safety and*

²⁵⁵ *Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 13/12/1983.

²⁵⁶ *Treaty between The United States of America and the Republic of Tunisia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 15/05/1990 (date of entry into force: 07/02/1993).

²⁵⁷ Voir par exemple le TBI États-Unis— Bulgarie : « *Convinced that a free and open market for investment offers the best opportunity for raising living Standards and the quality of life for the inhabitants of the Parties* » (nous soulignons) (*Treaty between The United States of America and the Republic of Bulgaria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment* 23/09/1992 (date of entry into force: 02/06/1994)).

²⁵⁸ *Treaty between United States of America and the Czech Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment* 22/10/1991 (date of entry into force: 19/12/1992).

²⁵⁹ *Treaty between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 20/09/1991 (date of entry into force: 01/05/1993); *Treaty between The United States of America and The Republic of Moldova concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment* 21/04/1993 (date of entry into force: 26/11/1994); *Treaty between The United States of America and the Republic of Kazakhstan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 19/05/1992 (date of entry into force: 12/01/1994).

environmental measures of general applications »²⁶⁰. Cette dernière formulation a été suivie par de nombreux TBI américains dans les années 2000.

Une troisième exception est le projet AMI. Sa dimension sociale consistait également à des références à la Déclaration ILO, à la liberté réglementaire des États en matière de travail dans le préambule et le corps du texte. Le préambule fait référence également à des instruments de *Soft Law* (la Déclaration du Sommet mondial de Copenhague sur le développement social) et cite les normes internationales de travail reconnues au niveau international (la liberté syndicale, le droit d'organisation et de négociation collectives, l'interdiction du travail forcé, l'abolition des formes du travail des enfants qui constituent une exploitation et la non-discrimination dans l'emploi)²⁶¹.

Globalement, ces exceptions mises à part²⁶², le nombre de TBI qui ont adopté une rédaction intégrant une dimension sociale a commencé à croître au cours des années 2000. Un nombre croissant de TBI, indépendamment des régions des pays signataires, ont pris en compte des aspects sociaux dans leurs préambules. La rédaction préférée est celle par laquelle les États parties reconnaissent que l'atteinte des objectifs de l'investissement (et de la promotion du développement durable) peut se faire sans abaisser les standards ou mesures d'application générale relative à la santé, à la sécurité et à l'environnement²⁶³. Cette formulation est souvent (mais non toujours) précédée du vœu que l'investissement contribue au progrès social et à l'amélioration du niveau de vie des populations. Certains traités font des ajouts qui ne marquent

²⁶⁰ *Treaty between The United States of America and the Republic of Albania concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1995); Treaty between The United States of America and the Republic of Azerbaijan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1997); Treaty between The United States of America and the Republic of Croatia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1996); Treaty between The United States of America and the Republic of Bahrain concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1999); Treaty between The United States of America and the Republic of Salvador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1999).*

²⁶¹ Voir Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), L'accord multilatéral sur l'investissement. Projet de texte consolidé du 24 avril 1998. OCDE, DAF/MAI (98) 7/REV1, s.d.

²⁶² On peut noter quelques traités qui font exceptions en ce sens que la rédaction retenue n'est récurrente dans la pratique de ces États dans la décennie considérée (*Agreement between the Republic of Chile and the Republic of Austria for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 8 September 1997*).

²⁶³ Voir à titre d'exemples les préambules des accords suivants : *Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Arab Republic on the Promotion and Protection of Investments, 3 mars 2004; Agreement between the Republic of Finland the Republic of El Salvador for the Promotion and Protection of Investments, 20/02/2003; Agreement between Japan and the Kingdom of Cambodia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 14 June 2007*. La version française est formulée ainsi qu'il suit « Étant unanimes sur le fait que ces objectifs peuvent être atteints sans porter préjudice aux mesures applicables sur le territoire de chacune des Parties contractantes à la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement » (*Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le Royaume des Pays-Bas et la République du Burundi, 24 mai 2007*).

qu'une différence de rédaction sans approfondir ou affaiblir la portée de la référence. Il en est ainsi de l'ajout des droits des travailleurs internationalement reconnus²⁶⁴. D'autres formulations tendent au contraire à renforcer relativement la portée de la référence. Cette évolution touche également les dispositions du corps du TBI et sera étudiée dans le chapitre 2.

Ainsi, l'importance grandissante des références aux droits sociaux dans les accords internationaux d'investissement est un fait. Elle signifie peut-être un assouplissement du caractère libéral du TBI, mais elle rappelle surtout que l'introduction de ces références est un phénomène récent qui résulte d'une réaction contre le rejet initial des considérations sociales dans le texte des accords d'investissement²⁶⁶.

Au final, après un rejet initial de ces considérations en dehors des accords d'investissement, les références relatives aux droits sociaux deviennent de plus en plus nombreuses. Toutefois, aucune logique d'ensemble ne semble guider l'introduction de ces références. La disparité dans de la rédaction montre que certaines visent une grande portée juridique, alors que d'autres semblent répondre à un phénomène de mode. En outre, de nombreux accords conservent encore le mode traditionnel de renvoi indirect aux considérations sociales. La socialisation peut se présenter alors sous des formes différentes. Son identification nécessite d'accepter la possibilité d'une socialisation indirecte qui permet de prendre en compte des formes non explicites de socialisation du droit conventionnel des investissements.

²⁶⁴ Par exemple, la rédaction suivante élargit aux droits liés au travail : « *Convinced that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application as well as internationally recognized labor rights.* » (Agreement between the Republic of Turkey and Government of the Republic of Cameroon for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 24 April 2012. D'autres élargissements font référence aux engagements internationaux pris dans d'autres traités: "Bearing in mind their respective rights and obligations under WTO Agreement and other multilateral instruments of cooperation.» (*Investment Promotion and Protection Agreement between Japan, Republic of Korea and China*, 2012).

²⁶⁶ On parle de « *hitting claims* » (RADOVIC R., « Defending the undefendable : Asia's sovereignist battles against easy access to investment treaty arbitration », in NAKAGAWA J. (ed.), *Asian perspectives on international investment law*, Abingdon, Routledge, 2019, p. 55-82).

Paragraphe 2. La prise en compte d'une forme indirecte de la socialisation imposée par le caractère ambivalent de la socialisation

Les développements précédents conduisent au constat que la protection des droits sociaux peut être indirecte. Dans ce cas, elle ne découle pas des dispositions mentionnant explicitement les droits sociaux. Par exemple, elle peut résulter des dispositions qui visent à interdire les actes et pratiques qui ont des effets négatifs sur les valeurs protégées par les droits sociaux. De même, elle peut résulter d'une application des règles substantielles d'investissement favorisant la protection de l'intérêt général ou le développement durable.

Cette protection par l'intermédiaire de notions différentes impose de préciser le lien entre ces notions et les droits sociaux afin d'éviter d'inclure dans la socialisation tout le contenu de l'intérêt général. Avant de préciser ce lien à travers l'exemple de l'intérêt général social (B), il convient d'écarter de la suite de l'analyse sur des droits sociaux, certains aspects de la relation entre l'État et certains travailleurs en raison du lien tenu de ces derniers avec l'investisseur (A).

A. L'exclusion de certains aspects de la relation entre l'État d'accueil et les travailleurs étrangers de l'analyse de la socialisation

En raison de leur présence sur le territoire de l'État d'accueil, les travailleurs étrangers bénéficient de la protection de leurs droits sociaux qui incombe à l'État en vertu du PIDESC. En outre, en tant que travailleurs migrants, les travailleurs étrangers sont protégés par des conventions internationales²⁶⁷ qui imposent des obligations à l'État d'accueil. Ces obligations sont relatives aux droits de l'homme fondamentaux, ce qui inclut les droits protégés par le PIDESC et les conventions relatives aux droits sociaux conclues dans le cadre de l'OIT²⁶⁸. Toutefois, certains aspects de la relation entre l'État d'accueil et les travailleurs étrangers ne seront pas pris en compte dans l'analyse parce qu'ils tendent à être considérés comme des droits de l'investisseur. Cette exclusion est justifiée non seulement par la pratique conventionnelle

²⁶⁷ La Convention OIT (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1er juillet 1949 (entrée en vigueur le 22 janvier 1952) ; La Convention OIT (n° 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 24 juin 1975 (entrée en vigueur le 9 décembre 1978) ; La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée le 18 décembre 1990 (entrée en vigueur le 1er juillet 2003).

²⁶⁸ Voir une analyse détaillée de ces conventions et des décisions des organes de suivi dans le cadre de l'OIT : CHETAIL V., *International migration law*, Oxford, Oxford University Press, p. 208-209, 234-238.

(1), mais également par l'analyse de la justiciabilité des droits des travailleurs étrangers concernés (2).

1. La pratique conventionnelle relative aux aspects exclus de l'analyse

Dans la pratique conventionnelle, le traitement du personnel salarié employé dans le cadre des investissements constitués sous forme de sociétés fait l'objet de dispositions qui visent les droits d'entrée et de séjour des travailleurs étrangers. En général, les accords internationaux d'investissement renvoient au droit national pour la détermination des conditions d'admission²⁶⁹. Il n'y a donc pas de libéralisation du droit d'entrée et de séjour de ces travailleurs étrangers. Ce qui est parfois requis est la bonne foi de l'État dans l'examen des demandes d'entrée et de séjour. L'article 2 de l'Accord bilatéral entre le Liban et le Tchad stipule ainsi que « *(l) es Parties contractantes examineront avec bienveillance, dans le cadre de leur législation interne, les demandes d'entrée et d'autorisation de séjour, de travail, et de circulation introduite par des cadres ou du personnel technique de haut niveau, au titre d'un investissement réalisé sur le territoire de l'autre Partie contractante et quelle que soit leur nationalité* »²⁷⁰. De nombreux accords comportent des dispositions qui encadrent également le transfert des revenus de ces travailleurs étrangers. Ainsi, « *(l) es nationaux de chacune des Parties contractantes autorisés à travailler au titre d'un investissement sur le territoire de l'autre Partie contractante seront également autorisés à transférer une quotité appropriée de leur rémunération dans leur pays d'origine. 3. Les transferts seront effectués en monnaie librement convertible, au taux de change applicable à la date de ceux-ci aux transactions au comptant dans la monnaie utilisée. 4. Chacune des Parties contractantes délivrera les autorisations nécessaires pour assurer sans délai l'exécution des transferts, et ce, sans autres charges que les frais bancaires usuels* »²⁷¹.

Même si les accords semblent considérer le travailleur dans sa situation individuelle et semblent formuler des droits pour ce dernier, il apparaît que celui-ci ne peut pas se prévaloir de

²⁶⁹ « L'entrée, le séjour et le travail du personnel utilisé dans le cadre des investissements dans le territoire d'une Partie contractante, ainsi que l'entrée, le séjour et le travail des membres de la famille de ce personnel, sont soumis aux lois et règlements de cette Partie contractante » (article 2.4 du BIT BLEU- Congo).

²⁷⁰ Article 2.2 de l'Accord entre le gouvernement de la République libanaise et le gouvernement de la République du Tchad sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (15/06/2004).

²⁷¹ Article 8.2 de l' Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Republic of Panama on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (26/03/2009). Voir également l' Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Sultanate of Oman on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (16/12/2008).

ces dispositions conventionnelles. Car, la lecture des accords internationaux d'investissement montre que ces droits sont indissociables de l'investissement en tant qu'accessoires nécessaires à la réalisation de l'objet des accords internationaux d'investissement. L'article 7 de l'accord entre la Turquie et le Cambodge illustre bien ce caractère accessoire : « *Upon fulfillment of all tax obligations, each Contracting Party shall permit in good faith all transfers related to an investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include: (...) (e) salaries, wages and other remunerations received by the nationals of one Contracting Party who have obtained in the territory of the other Contracting Party the corresponding work permits related to an investment, (t) payments arising from an investment dispute* »²⁷².

À ce propos, ces droits des travailleurs étrangers font l'objet de dispositions textuelles contraignantes, contrairement aux références explicites relatives aux droits sociaux. En effet, les dispositions relatives aux travailleurs étrangers dans les TBI sont assez précises. En outre, elles ne sont parfois pas distinguées des dispositions énonçant les droits de l'investisseur. Par exemple, le Protocole annexé au TBI signé entre l'Italie et la Moldavie accompagne l'obligation des États parties de permettre à l'investisseur étranger « *to engage top managerial personnel of their choice, regardless of nationality, in accordance with the legislation of the host contracting Party* » de la précision que : « *e) According to its laws and regulations, each Contracting Party shall govern as favourably as possible the problems connected with the entry, stay, work and movement in its territory of nationals of the other Contracting Party, and members of their families, performing activities related to investments under this Agreement* »²⁷³.

De telles dispositions semblent refléter une pratique ancienne des traités d'amitié et de commerce dont l'objet était large et incluait des dispositions protectrices des travailleurs comme l'indemnisation des salariés étrangers²⁷⁴. Cette protection des droits des travailleurs étrangers s'expliquait, et s'explique encore dans une moindre mesure dans le contexte du TBI, par son importance pour la réalisation réussie de l'objectif de protection de l'investissement.

²⁷² *Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Kingdom of Cambodia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (21/10/2018).*

²⁷³ *Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Republic of Moldova on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 19/09/1997 (Date of entry into force 26/08/2001).*

²⁷⁴ COYLE J.F., « The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era », *Columbia Journal of Transnational Law*, *op. cit.*, p. 302-359, spéc. p. 304.

On comprend alors que certains accords vont au-delà de la prévision des droits d'entrée et de séjour des travailleurs étrangers. Le protocole annexe du TBI conclu entre l'Italie et la Moldavie énonce des droits de l'homme sociaux au profit des travailleurs. Le passage suivant illustre le caractère ferme des obligations dont découlent les droits pour les travailleurs étrangers. Ainsi : « *d) The nationals of either Contracting Party authorized to work in the territory of the other Contracting Party in connection with an investment as per this Agreement, shall have the right to adequate conditions for the carrying out of their professional activities, in accordance with the legislation of the host Contracting Party* ».

La question que soulève une telle obligation juridique ainsi fermement formulée est relative à la portée juridique de ces dispositions du point de vue de leur effectivité juridictionnelle. Les titulaires de ces droits peuvent-ils s'en prévaloir devant une juridiction internationale ou nationale ?

2. L'analyse de la justiciabilité des droits concernés

La réponse à la question relative au *jus standi* de ces travailleurs devant un tribunal arbitral ou une juridiction nationale relativement à ces droits conventionnels est *a priori* négative.

Devant un tribunal arbitral, la réponse s'explique par le fait que les traités limitent la reconnaissance à l'investisseur du droit de faire une réclamation devant une instance arbitrale. Dans une procédure arbitrale, les atteintes à ces droits constituent indirectement des atteintes à l'investissement et aux droits de l'investisseur. En conséquence, les droits des travailleurs en tant que droits sociaux violés s'effacent devant les droits de l'investisseur.

Devant une juridiction nationale, les dispositions conventionnelles relatives aux droits des travailleurs étrangers apparaissent superflues lorsqu'il s'agit de savoir si ces travailleurs visés par les accords internationaux d'investissement peuvent invoquer les dispositions les concernant devant les juridictions nationales. Ce point appelle néanmoins quelques observations relatives à l'existence des droits individuels dans le chef des travailleurs en vertu de ces dispositions visées dans les TBI et à l'opportunité de les considérer comme des droits de l'homme.

La réponse à l'existence de droits dont seraient titulaires les travailleurs étrangers en vertu des dispositions citées pourrait difficilement échapper à une analogie avec celle des droits de l'investisseur. Lorsqu'il s'agit de les invoquer devant les tribunaux nationaux, une incertitude entoure l'existence de ces droits de l'investisseur. À défaut de précision des accords internationaux d'investissement, la présomption majoritairement partagée au regard de la pratique des juridictions nationales est que les accords d'investissement, parce qu'ils traitent des obligations entre états, ne créent pas de droits dans le chef de l'investisseur (au mieux, il bénéficie des droits dans la sphère internationale ou d'un droit procédural). Cela constitue un obstacle procédural pour l'investisseur qui veut agir devant les juridictions nationales²⁷⁶. L'incertitude est renforcée par la lecture restrictive des conditions relatives à l'invocabilité et à l'applicabilité directes des normes internationales²⁷⁷. Si l'on ajoute à cela la pratique conventionnelle des clauses de « *no direct effect* »²⁷⁸ et parfois des dispositions législatives nationales qui interdisent l'invocabilité des accords d'investissement devant les juridictions nationales²⁷⁹, le succès de l'invocation des droits que l'investisseur tirerait directement des accords internationaux d'investissement devant les juridictions nationales est difficile à affirmer même si sur le plan théorique, cela n'est pas exclu²⁸⁰. Au regard du traitement juridictionnel des droits de l'investisseur dans le droit interne, un raisonnement *a fortiori* conduit logiquement, étant entendu que les investisseurs sont les premiers bénéficiaires des accords d'investissement, à réfuter l'invocabilité des droits des travailleurs.

²⁷⁶ Il ne s'agit pas d'un problème de compétence juridictionnelle qui appellerait des considérations relatives à l'interaction entre cours nationales et tribunaux internationaux d'investissement. Voir sur cet aspect : SCHREUER C., « Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law », *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (2010)* (2011), p. 71-94; et sur les problèmes y relatifs : BEN HAMIDA W., « L'arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51 (2005), n° 1, p. 564-602 ; WEHLAND H., « Domestic Courts and Investment Treaty Tribunals: The Effect of Local Recourse Against Administrative Measures on the Breach of Investment Protection Standards », *Journal of International Arbitration*, vol. 36 (2019), n° 2, p. 207-229.

²⁷⁷ Voir pour ce qui est du cas en France, CE, 8^e et 3^e sous-sections réunies, 8 octobre 2010, Décision 323046.

²⁷⁸ « *Neither Party may provide for a right of action under its domestic law against the other Party on the ground that a measure of the other Party is inconsistent with this Agreement.* » (article 21.15, Australia-United States Free Trade Agreement)

²⁷⁹ Suivant une étude menée dans le cadre de CNUCED, « *(t) he distinction between monist and dualist countries is not determinative the outcome of the application of an IIA by domestic courts* »

BISIANI L., « Application of International Investment Agreements by Domestic Courts (UNCTAD) », *Research Paper, Trade Law Clinic, 2011*, p. 62.

²⁸⁰ LAGRANGE E., « L'application des accords relatifs à l'investissement dans les ordres juridiques internes », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 485-573, spéc. p. 497-586.

Toutefois, il peut être remarqué que, contrairement aux droits de l'investisseur qui sont rarement formulés comme tels, les droits des travailleurs sont formulés sous forme de droits, voire de droits de l'homme. Cette formulation est de nature à régler, dans le cas des TBI qui retiennent de telles formulations, le point relatif à la reconnaissance de droits individuels par les accords, sans pour autant résoudre les problèmes liés à l'invocabilité et à l'application directe.

En tout état de cause, d'une part, il y a plus d'enjeux pour l'investisseur que le travailleur étranger à invoquer les droits des travailleurs étrangers prévus dans les accords d'investissement devant le juge national, le second aura plus intérêt à l'invocation du droit international des droits de l'homme et/ou du droit social national. D'autre part, les dispositions relatives aux droits des travailleurs étrangers ne semblent avoir de pertinence qu'en tant qu'éléments de protection de l'investissement globalement considéré²⁸². Elles ne peuvent donc être invoquées que dans le cadre d'une allégation d'atteinte à l'investissement. Or, dans ce cas, seul l'investisseur a un droit d'action dont l'existence est plus certaine dans la sphère internationale que nationale. Il est possible de conclure que ces dispositions relatives aux travailleurs étrangers ne prévoient que des droits nécessaires à la jouissance de l'investissement et dont les travailleurs étrangers sont seulement les bénéficiaires. Pour cette raison, les droits des travailleurs étrangers tels qu'ils ont été précisés dans les paragraphes précédents sont à soustraire donc de la catégorie des droits sociaux étudiés. Cette catégorie reste néanmoins étendue lorsqu'on appréhende les droits sociaux à travers les éléments visant leur effectivité.

B. La prise en compte de l'intérêt général à caractère social

Il découle des considérations précédentes que les droits sociaux sont des droits des tiers à l'opération d'investissement et les droits sociaux des travailleurs autres que ceux qui viennent d'être exclus. En principe, la jouissance et l'exercice des droits ne sont pas directement recherchés dans le cadre de l'application des règles relatives aux investissements. C'est plutôt la mise en œuvre des obligations relatives aux droits sociaux qui est en jeu. La question est de

²⁸² La protection du travailleur étranger peut être considérée comme relevant de l'obligation de l'État d'accueil de s'abstenir d'entraver la gestion ou la jouissance de l'investissement. L'article 2 du TBI entre le Tchad et le Liban intitulé « Encouragement, admission et protection des investissements » traitant également de la protection des travailleurs étrangers se termine par l'alinéa suivant : « chacune des Parties contractantes s'engage à assurer, sur son territoire, un traitement juste et équitable, conformément aux principes du droit international, aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante, excluant toute mesure injustifiée ou discriminatoire qui pourrait entraver, en droit ou en fait, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou la liquidation desdits investissements ».

savoir si l'application de ces règles de protection des investissements laisse toujours une place, lorsque les droits sociaux sont en cause, au respect et à la mise en œuvre par l'État de ses obligations y relatives. La question permet de rendre compte de l'impact positif ou négatif qu'exercent sur la prise en compte des droits sociaux des dispositions conventionnelles ou des arguments qui ne sont pas formulés directement et explicitement autour de la notion des droits sociaux. La protection de l'intérêt général constitue un de ces arguments immédiats.

Pour bien saisir le point sur la protection indirecte des droits sociaux, il convient de garder à l'esprit les deux précisions suivantes. La première s'inscrit dans la suite de l'idée soutenue selon laquelle le défaut de références aux droits sociaux dans les accords d'investissement ne signifie pas un rejet total de leur protection dans le cadre de la réglementation des investissements. Avant l'avènement des références et l'invocation d'arguments explicites relatifs aux droits sociaux, la protection des droits sociaux en droit international des investissements a été recherchée (et continue de l'être encore) à travers des notions intermédiaires, parfois prévus dans les accords d'investissements et auxquels les tribunaux arbitraux sont familiers. C'est le cas de l'intérêt général. Toutefois, il est bien entendu que ces notions intermédiaires ne sont pas assimilées aux droits sociaux en tant que composante des droits sociaux ni en tant qu'une famille ou une catégorie à laquelle les droits sociaux appartiendraient. Celles-ci ne sont donc pas incluses dans la définition et la délimitation des droits sociaux. Bien au contraire, l'intérêt général peut servir de prétexte visant à limiter la protection des droits sociaux. C'est dans cette distinction ou précision que réside le besoin de préciser dans quelle utilisation l'intérêt général est au service de la protection des droits sociaux. Lorsque les circonstances de cette utilisation permettent de viser indirectement la protection des droits sociaux, il sera question d'intérêt général social ou d'intérêt général à caractère social. Les développements suivants visent à montrer que cette qualification possible n'est pas sans fondement.

Le choix de l'intérêt général ne se justifie pas seulement par le fait que son contenu englobe des valeurs de droits sociaux telles la protection de la santé publique ou la protection d'un environnement sain. Il découle également de la dimension sociale forte qu'il puise dans les dispositions relatives aux droits de l'Homme. La démonstration de cette dimension est l'objet des paragraphes suivants. Toutefois, il ne s'agit pas d'établir une équivalence entre les droits sociaux et l'intérêt général. L'intérêt général est une notion difficilement saisissable, au contenu vaste. Ce contenu intègre plusieurs éléments dont le lien avec les droits sociaux peut

être éloigné, faisant courir le risque de vider la notion de tout intérêt en élargissant à l'excès son contenu. C'est pourquoi il est considéré ici que l'intérêt général est une construction, en ce qu'il a une définition ajustée à chaque contexte. Il convient dès lors de contextualiser l'intérêt général social en droit international des investissements en montrant son caractère dynamique (1) et la force de son lien avec les droits sociaux (2).

1. Le caractère dynamique du contenu de l'intérêt général droit international des investissements

Définir l'intérêt général en droit est « une tâche à peu près impossible »²⁸³. Car, « de tous les concepts sociaux, celui d'intérêt général est l'un des plus anciens, des moins précis et de ceux qui se laissent moins aisément définir »²⁸⁴. Il ne s'agira donc pas de donner une définition précise, mais plutôt de montrer le caractère dynamique du contenu de l'intérêt général. Ce caractère découle du processus d'identification de l'intérêt général qui fait intervenir l'État et des acteurs non étatiques. L'intervention de ces derniers permet de le rendre objectif. Le contexte théorique de l'émergence de l'intérêt général indique ce processus qui se vérifie en droit international des investissements.

a. Le contexte théorique de l'émergence de l'intérêt général

Les théories du contrat social ont particulièrement contribué à l'émergence des notions de bien commun et d'intérêt général à travers leur conception contractuelle du rapport peuple-souverain ayant conduit, dans la réflexion de Rousseau, au remplacement du souverain par la volonté générale²⁸⁵. Ainsi, en droit interne, c'est l'approche volontariste de l'intérêt général qui prévaut en politique et en droit français. Elle est fondée sur la conception rousseauiste de la volonté générale qui refuse de faire de l'intérêt général la somme des intérêts particuliers. L'intérêt général, « qui exige le dépassement des intérêts particuliers est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'État la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers »²⁸⁶. Dès

²⁸³ BOLGAR V., « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17 (1965), n° 2, p. 329-363, spéc. p. 330.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2011.

²⁸⁶ Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général. Rapport public, 1999*. Disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>.

lors, apprécié et mis en œuvre par l'État sous le contrôle du juge, il constitue le fondement et la finalité de l'action administrative. Ce qui veut dire que l'intérêt général s'impose alors aux individus et c'est au nom de l'intérêt général que ces derniers sont tenus d'accepter certaines limitations de leurs droits et libertés. Cependant, comme l'observe le rapport public du Conseil d'État de 1999, le développement et la prégnance des intérêts individuels ou catégoriels ont modifié l'approche volontariste de l'intérêt général qui a subi une redéfinition²⁸⁷. Ainsi si l'approche volontariste demeure prédominante, elle n'est pas non plus restée purement fidèle à la conception rousseauiste de la volonté générale. En d'autres termes, les intérêts particuliers sont aujourd'hui pris en compte dans la définition par l'État de l'intérêt général.

C'est au regard de toutes ces considérations que l'intérêt général peut être défini juridiquement comme « l'acceptation par l'individu de la coercition publique, d'une part, et les limitations dans lesquelles les tribunaux enferment la coercition publique, de l'autre »²⁸⁸. Cette définition valable en droit interne reflète trois réalités : la prérogative de la désignation de ce qui est d'intérêt général par l'État, le contrôle de cette prérogative par le juge et la contribution indirecte de l'individu à la désignation qui est entre autres la raison de l'acceptation de la coercition. Elle montre que l'intérêt général est contingent.

b. L'intérêt général en droit international des investissements

L'intérêt général en droit international des investissements peut être identifié à travers les expressions « general interest », « public purpose » ou « public interest ».

De prime abord, ce qui frappe l'attention est le caractère contingent du contenu de l'intérêt général en droit international. Traitant de la notion en droit international des investissements, Walid Ben Hamida en donnait une définition qui soulignait le caractère circonstanciel : l'« intérêt public se réfère au bien public général. Il englobe les intérêts de tous les citoyens. Il s'agit d'un équilibre des intérêts économiques, environnementaux et sociaux qui change en fonction de l'évolution des valeurs et des préférences de la société. Il s'oppose à l'intérêt privé d'une personne ou d'un ensemble de personnes »²⁸⁹. L'intérêt général est donc

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ BOLGAR V., « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17 (1965), n° 2, p. 329-363, spéc. p. 330.

²⁸⁹ HAMIDA W.B., « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, (2008), n° 4, p. 999-1033, spéc. p. 1001-1002.

difficilement décrit par un contenu précis. C'est bien le cas en droit international des investissements.

L'intérêt général en droit international des investissements est l'intérêt général tel que perçu par l'État (parfois même des acteurs non étatiques), mais interprété conformément au droit international. Cela est le cas même si, à propos du but d'intérêt public comme condition de licéité d'une expropriation, il a été remarqué à juste titre que « *(t) here are no useful objective criteria by which a state's own assessment of its purpose as a public one can be challenged* »²⁹⁰ et « *(t) tribunals have not been overly officious in imposing on expropriating states their own view of where the public interest lies* »²⁹¹. Aussi, la recherche d'une définition en droit international (entreprise, presque vaine) est un « *long-standing problem to which a solution has not yet been found* »²⁹². Ce qui est certain, c'est que l'intérêt général au sens du droit international n'est pas à identifier à l'intérêt ou aux intérêts de la communauté internationale²⁹³.

Dans son contenu, l'intérêt général se nourrit de ce que l'État considère comme intérêt général. Les accords d'investissement qui précisent la notion de « *public purpose* » marquent cette relation de dépendance lorsqu'ils précisent la proximité avec l'intérêt général tel que conçu en droit interne. Par exemple, l'accord entre la Colombie et le Japon précise ce que la Colombie entendait par « *public purpose* » (*a contrario*, le Japon pourrait l'entendre autrement) : « *The term « public purpose » (...) is a term used in international agreements and may be expressed in the domestic law of the Republic of Colombia using terms such as « public purpose » or « social interest »* »²⁹⁴.

²⁹⁰ HIGGINS R., « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 176 (1982), p. 259-391, p. 291.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 292.

²⁹² ACCONCI P., « The integration of non-investment concerns as an opportunity for the modernization of international investment law: is a multilateral approach desirable? », in SACERDOTI G., ACCONCI P., VALENTI M. and DE LUCA A. (eds.), *General interests of host states in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 165-193, spéc. p. 169.

²⁹³ Outre la doctrine, voir les dispositions relatives au déni de justice dans les accords internationaux. Celles-ci semblent traiter les droits de l'homme comme la sécurité internationale en tant qu'intérêt général de la communauté internationale : Voir à ce propos l'« *Article SERVIN.1.3 Denial of benefits* » du titre II sur l'investissement et les services de l'accord entre l'Union européenne et le Royaume-Uni : « *1. A Party may deny the benefits of this Title and Title IV [Capital movements, payments, transfers and temporary safeguard measures] of this heading to an investor or service supplier of the other Party, or to a covered enterprise, if the denying Party adopts or maintains measures related to the maintenance of international peace and security, including the protection of human rights, which: (...)* » (EU - United Kingdom Trade and Cooperation Agreement, 30/12/2020)

²⁹⁴ Article 11 de l'« *Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, 12/09/2011 (date of entry into force : 11/09/2015).

Dans le cas de l'article 8.7 de l'accord de libre-échange entre la Corée du Sud et la Colombie, les deux États comprennent le terme comme un concept du droit international avec une correspondance en droit interne : « *The term « public purpose» is a concept of public international law and shall be interpreted in accordance with international law. Domestic law may express this or a similar concept using different terms, such as « social interest» « public necessity» or « public use»* »²⁹⁵.

Ainsi, l'intérêt général en droit international des investissements est-il susceptible d'avoir un contenu évolutif. Il répond à la fois à la conception volontariste de l'intérêt général et à sa critique en y incluant des éléments d'une approche utilitariste. Ce processus implique d'abord que l'État canalise à travers l'intérêt général les intérêts des tierces parties différemment intéressées à l'opération d'investissement, dont les titulaires des droits sociaux. Ensuite, le contenu de l'intérêt général évolue au gré des interventions des tiers. Ces interventions contribuent à objectiviser l'intérêt général et à lui donner un sens protecteur des droits sociaux. Ces derniers nourrissent le contenu de l'intérêt général en droit international des investissements.

2. Le lien intrinsèque entre droits sociaux et intérêt général en droit international des investissements

La raison principale de la nécessité de spécifier ce lien tient au fait qu'on peut être facilement tenté de banaliser l'intérêt général en le logeant derrière tout acte de l'État. Or, sans nier l'idée que l'État est supposé poursuivre et réaliser l'intérêt général dans chacune de ses actions, qui plus est, dans ses relations économiques internationales, on ne peut naïvement penser qu'il s'y conforme toujours dans le fait ou encore que son argument fondé sur l'intérêt général dans le cadre d'une procédure arbitrale avait été préalablement considéré au moment de l'adoption de la mesure. Cela explique l'exigence pour l'Etat de prouver la pertinence du recours à la justification d'intérêt général dans le cadre de la défense contre certaines réclamations, d'une part ; et le refus éventuel du tribunal arbitral de le considérer comme fondé, d'autre part. En outre, s'il ne nous revient pas de considérer que certains intérêts de l'État sont plus essentiels que d'autres, il est néanmoins possible de se référer à ce que l'État pourrait considérer comme des questions d'intérêt général en jeu dans le cadre du droit international des

²⁹⁵ Note 5 article 8.7 du *Free Trade Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of Korea*, 21/02/2013 (date of entry into force : 15/07/2016).

investissements. Étant entendu, comme il a pu être précisé sur le caractère contingent du contenu de l'intérêt général, qu'il s'agit d'une indication susceptible d'évolution en fonction des circonstances de temps.

Il a été rappelé que l'intérêt général a intégré le droit positif sous la forme du « social »²⁹⁶. Cela semble être le cas en droit international des investissements avec les notions comme le développement durable, les objectifs publics légitimes à connotation « droits de l'Homme ». Certes, l'intérêt général a souvent perçu, dans le droit conventionnel, dans les exceptions relatives aux intérêts essentiels de sécurité. Celles-ci semblent toutefois renvoyer à l'intérêt national qui nous paraît plus large que l'intérêt général ou l'intérêt public envisagé ici et tel qu'il est exprimé dans le droit conventionnel et dans la procédure arbitrale relative aux investissements.

Ainsi dans un premier temps, c'est le droit conventionnel qui manifeste l'intérêt général étatique en jeu dans le droit international des investissements et illustre son lien avec les droits sociaux²⁹⁷. Globalement, l'intérêt général renvoie à la protection des droits de l'homme, des droits des travailleurs ou standards internationaux de travail, de l'environnement, de la santé publique, au bien-être des populations. Les droits de l'Homme tout en renvoyant implicitement ou explicitement aux droits sociaux des populations apparaissent ainsi clairement dans de nombreux accords. Les références afférentes sont contenues dans le préambule, des dispositions

²⁹⁶ BOLGAR V., « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17 (1965), n° 2, p. 329-363, p. 335. Cela passe par l'inscription de l'élément social pour les caractéristiques des gouvernements : « la République Fédérale d'Allemagne est « une fédération démocratique et sociale » ; « la France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale » ; le bien-être général est le but que s'assigne la constitution bavaroise ».

²⁹⁷ À ce propos, nous renvoyons le lecteur aux chapitres présente la croissance des références et des dispositions relatives aux droits sociaux et au développement durable dans les accords internationaux d'investissement

spécifiques, des dispositions relatives aux exceptions générales et de sécurité²⁹⁸, aux exceptions spéciales à certaines dispositions²⁹⁹ et enfin dans des réserves prévues dans des annexes.

À titre d'exemple, le préambule de l'Accord entre le Kirghizistan et la Hongrie énumère certains éléments d'intérêt général dont les États parties tiennent particulièrement à leur prise en compte dans la mise en œuvre de l'accord : « *Seeking to ensure that investment is consistent with the protection of health, safety and the environment, the promotion and protection of internationally and domestically recognised human rights, labour rights, and internationally recognised standards of corporate social responsibility; Desiring to promote investment that contributes to the sustainable development of the Contracting Parties* »³⁰⁰. C'est aussi le cas du préambule du TBI entre les États-Unis d'Amérique et les îles Fiji : « *Recognizing the importance of adopting and maintaining in each Party's respective laws and practices the fundamental labor rights as stated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up (1998), and of ensuring the effective enforcement by the Parties of their respective labor laws.* »³⁰¹. Le nouvel Accord de commerce et de coopération entre l'Union européenne et le Royaume-Uni précise en son article 1.1 au titre des objectifs et portée des dispositions relatives aux services et aux investissements : « (t) *he Parties reaffirm*

²⁹⁸ Voir l'article 15 de l' *Agreement between Japan and Georgia for the Liberation, Promotion and Protection of Investments*, 29/01/2021: « *Article 15 General and Security Exceptions: 1. Subject to the requirement that such measures are not applied by a Contracting Party in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination against, or a disguised restriction on investors of the other Contracting Party and their investments in the Territory of the former Contracting Party, nothing in this Agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures: (a) necessary to protect human, animal or plant life or health; (b) necessary to protect public morals or to maintain public order, provided that the public order exception may only be invoked where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society; (c) necessary to secure compliance with the laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to: (i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects of a default on contract; (ii) the protection of the privacy of the individual in relation to the processing and dissemination of personal data and the protection of confidentiality of personal records and accounts; or (iii) safety; or (d) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value. 2. Subject to paragraph 3 of Article 12, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting or enforcing measures: (a) which it considers necessary for the protection of its essential security interests: (i) taken in time of war, armed conflict, or other emergency in that Contracting Party or in international relations; or (ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons; or (b) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security. 3. Nothing in this Agreement shall be construed to require a Contracting Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests.* »

²⁹⁹ Voir l'accord régional asiatique (*Regional Comprehensive Economic Partnership*, 15/11/2020) à propos de l'article 10.4 sur le MFN : « *For greater certainty, whether the treatment is accorded in "like circumstances" under this Article depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives* ».

³⁰⁰ *Agreement Between the Government of Hungary and the Government of the Kyrgyz Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 29/09/2020.

³⁰¹ Préambule du *Trade and Investment Framework Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Fiji*, 15/10/2020.

the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as: the protection of public health; social services; public education; safety; the environment, including climate change; public morals; social or consumer protection; privacy and data protection or the promotion and protection of cultural diversity »³⁰². Dans la même veine, l'instrument interprétatif AECG fournit des clarifications détaillées relatives au droit de réglementer dans l'intérêt général y compris la promotion et la protection du développement durable, les droits de l'homme, les droits des travailleurs et l'environnement, la protection du travail³⁰³.

En tout état de cause, le contenu de l'intérêt général en droit international des investissements est une construction dont les États sont les acteurs, mais qui prend en considération les enjeux et les préoccupations sociaux soulevés par l'investissement international et vécus par les populations au quotidien. Dans cette construction, les droits sociaux constituent un vivier de l'intérêt général, soit directement, soit à travers les valeurs dont la protection constitue leur raison d'être.

Dans un second temps, la caution par le « juge » de la présence d'un intérêt général avancé par un État ou une tierce partie confirme le caractère social de l'intérêt général. Cette caractérisation de l'intérêt général a été ainsi reconnue par des tribunaux arbitraux. On en veut pour preuve l'exigence d'un intérêt public comme l'admission d'une demande d'*amicus curiae*. Or, il est possible de constater que de nombreux droits sociaux ont été plaidés dans le cadre de demandes d'*amicus curiae* admises³⁰⁴. Il suffit de rappeler que dans l'affaire *Suez (Vivendi)* qui concernait un litige s'étant élevé à propos d'une concession de distribution d'eau aux populations d'une province argentine, le tribunal avait reconnu que, parce qu'il impliquait l'approvisionnement en eau des populations, le litige portait entre autres sur des questions de droit de l'homme (on pense tout naturellement au droit à l'eau) et soulevait alors des enjeux d'intérêt général. Pour le citer encore, le tribunal affirmait que : « *(t) he factor that gives this case particular public interest is that the investment dispute centers around the water distribution and sewage systems of a large metropolitan area, the city of Buenos Aires and*

³⁰² Article SERVIN1.1. (Title II. CHAPTER 1 du *EU - United Kingdom Trade and Cooperation Agreement*, 30/12/2020; article 3 de l'*Agreement between the Government of Hungary and the Government of the Kyrgyz Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 29/09/2020.

³⁰³ Voir l'*Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, Doc. 12865/1/16 REV 1 WTO 275 SERVICES 24 FDI 20 CDN 19, 27 octobre 2016, points 2-5, 7-9.

³⁰⁴ Voir le chapitre 5.

*surrounding municipalities. Those systems provide basic public services to millions of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the Claimants or the Respondent, has the potential to affect the operation of those systems and thereby the public they serve. »*³⁰⁵

De même dans l'affaire *Biwater Gauff* dans lequel était en cause un projet d'infrastructure d'eau, le tribunal a repris le passage précédent³⁰⁶ et a cité le tribunal dans l'affaire *Methanex*³⁰⁷ pour admettre la préoccupation d'intérêt général soulevée par les pétitionnaires. Or, ce que les pétitionnaires avançaient avait un rapport suffisant avec les droits sociaux et inscrivait l'enjeu d'intérêt général dans une perspective élargie de la situation prévalant à l'échelle d'un continent : *« It is therefore the Petitioners' position that this arbitration process goes far beyond merely resolving commercial or private conflicts, but rather has a substantial influence on the population's ability to enjoy basic human rights. Therefore, the process should be transparent and permit citizens' participation. In particular, the Arbitral Tribunal should hear from the leading civil society groups in Tanzania on these issues. The combination of natural resource and human rights issues is precisely that which the Tanzanian Petitioners focus on in their day-to-day work. They have the leading expertise to identify and discuss the various interests involved in this dispute from a civil society perspective and will be able to inform the Arbitral Tribunal about the implications of this dispute beyond the borders of Tanzania. How international investment agreements, which by and large share similar structures and substantive content, can be applied to govern foreign investments in major infrastructure projects is asserted to be of critical concern for the sustainable development of these countries. »*³⁰⁸.

Ce faisant, les tribunaux arbitraux reconnaissent la possibilité de la contribution des tierces parties à la détermination du contenu de l'intérêt général.

³⁰⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Order in Response to Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 19 May 2005, p. 9; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Order in Response to NGO Petition for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, 12 February 2007, para. 3.*

³⁰⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2 February 2007. Biwater, procedural order No. 5, para. 51.*

³⁰⁷ *Ibid.*, para. 32.

³⁰⁸ *Ibid.*, para. 14.

Ainsi, l'intérêt général en droit international des investissements est une construction à laquelle prennent part non seulement les États, mais également les tierces parties lorsque leur perception de ce qui est d'intérêt général est confirmée par les tribunaux arbitraux. Or, ces tierces parties à la procédure arbitrale trouvent généralement dans les droits sociaux un vivier important de préoccupations d'intérêt général. Leur participation ne peut qu'influencer et élargir la vision de l'intérêt général des États contractants aux accords internationaux d'investissement. En tout état de cause, l'intérêt général en droit international des investissements intègre aujourd'hui largement les droits sociaux. Comme il sera constaté dans les chapitres suivants, les références aux droits sociaux font des renvois à des sources internationales telles que les conventions internationales de protection des droits de l'homme. Il en découle que derrière l'invocation de l'intérêt général social, l'État peut être en train d'invoquer indirectement ses obligations en matière de droits sociaux.

Ainsi, ce paragraphe a visé donc à montrer que la socialisation du droit international des investissements a été influencée par le caractère libéral du droit conventionnel. Outre son aspect tardif, l'avènement des références aux droits sociaux est marqué par une pratique non uniforme. Cette présentation a nécessité une clarification de la notion qui a consisté à écarter les références aux droits sociaux des travailleurs étrangers, d'une part, et qui a permis d'inclure les références qui visent la protection de l'intérêt général dès lors que les valeurs protégées entretiennent un rapport plus ou moins étroit avec les sources des droits sociaux. La définition de la socialisation retenue est en conséquence large et ne se limite pas aux références directes et spécifiques aux droits sociaux.

Conclusion de la section

Au final, l'objet de la section a visé à présenter la situation des considérations sociales dans le contexte de l'avènement des TBI. Il a pu être constaté que l'avènement des TBI et la pratique de l'investissement direct étranger ont conduit les États à manifester le besoin de prendre en compte les considérations sociales dans les discussions sur l'évolution du droit international des investissements. L'adoption des instruments non contraignants pour prévenir et réguler les conséquences sociales indésirées de l'investissement direct étranger a été suivie par l'introduction de références directement dans les préambules des traités d'investissement. La prise en compte du lien indirect de certaines références avec les droits sociaux a conduit à préciser la nature de ce lien en adoptant un critère d'appréciation de la socialisation qui inclut

les références qui visent indirectement les droits sociaux, et non seulement les références expresses aux droits sociaux.

Conclusion du chapitre 1

Au terme de ce chapitre qui situe la place des droits sociaux dans l'évolution du droit international des investissements, il convient de noter deux observations. La première est le lien entre l'évolution des sources du droit international des investissements et celle de la place des droits sociaux. D'abord, l'absence de règles clairement établies de protection de l'étranger de ses biens a coïncidé avec un faible besoin de prendre en compte les considérations sociales dans le débat sur les sources formelles du droit des investissements. Ces considérations sont restées dans ce qu'on a considéré comme la source matérielle. Les préoccupations sociales ont été traitées de façon ambivalente à la suite de l'avènement des TBI à cause de la représentation que les États se sont faite de l'importance de l'investissement étranger et des TBI. L'introduction tardive des références aux droits sociaux correspond, ensuite, une période de remise en cause du caractère libéral des TBI. Pour toutes ces raisons, un critère large sera adopté pour apprécier l'importance de la socialisation du droit matériel des investissements.

La seconde observation consiste à relever en conséquence que la considération de la source matérielle permet de comprendre que l'idée de protection des droits sociaux a toujours été présente dans l'évolution du droit des investissements. Elle a été exprimée de différentes manières en fonction des enjeux en présence. Ainsi, il est possible de reprocher aux États d'avoir négligé les droits sociaux et les considérations sociales à l'occasion de l'adoption des accords d'investissement. Toutefois, cela ne semble pas pouvoir justifier une interprétation des accords d'investissement sans considération directe ou indirecte des droits sociaux. La pratique permettra de vérifier cette affirmation ainsi que d'apprécier la portée juridique de ces références expresses de droits sociaux prévues dans les accords. Il est nécessaire d'étudier l'effectivité des droits sociaux que ces références sont susceptibles de porter. Ce sera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE 2. LA PORTÉE LIMITÉE DE LA SOCIALISATION DU DROIT CONVENTIONNEL

Le droit matériel des investissements organise la protection des investissements à partir des règles internationales (coutumières et conventionnelles), contractuelles et législatives nationales. Dans le droit conventionnel, la protection des droits de l'investisseur a pendant longtemps présenté un caractère presque exclusif en raison de la place résiduelle des droits des tiers, en l'occurrence de leurs droits sociaux. Aujourd'hui, la problématique relative à la place des droits sociaux peut être autrement formulée. L'importance quantitative des droits sociaux ne peut être niée et peut être positivement appréciée au regard des références directes et indirectes visant les droits sociaux dans le droit conventionnel³⁰⁹.

Cette importance quantitative ne reflète pas l'impact de ces références. La protection effective des droits sociaux suppose que les dispositions textuelles qui les consacrent produisent un effet positif sur les valeurs protégées par les droits sociaux, surtout lorsque ces valeurs sont confrontées aux intérêts de l'investisseur. Cette affirmation questionne l'impact des références aux droits sociaux. Particulièrement, il est souvent soutenu que ces références peuvent avoir un intérêt dans le cadre de l'interprétation des dispositions des accords internationaux de protection des investissements, même si elles ne présentent pas un caractère contraignant. Si le principe n'est pas contesté, il convient toutefois de vérifier la réalité de l'affirmation.

Le choix de cet angle d'approche critique n'a pas pour effet de nier l'importance quantitative de la socialisation du droit matériel des investissements. Dans le contexte de réforme des accords d'investissement, il permet de donner des éléments de réponse à la question suivante : les dispositions relatives aux droits sociaux sont-elles de nature à permettre de protéger effectivement les droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif à l'investissement ? Cette question porte sur la qualité de la rédaction des références et leur interprétation dans la pratique. Ces deux éléments sont par ailleurs liés. La réponse générale est mitigée. D'une part, la qualité de rédaction n'empêche pas que les références produisent un effet juridique à travers l'interprétation. D'autre part, dans l'appréciation de l'étendue de cet effet, il faut tenir compte

³⁰⁹ Les traités récents ne comportent pas toujours des références aux droits sociaux. Certains traités n'en comportent pas du tout ou se contentent de simples invocations dans les préambules. Voir à titre d'exemples : *Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates*, 16/04/2018; *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Moldova for the Promotion and Protection of Investments*, 12/06/2018, *Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République du Congo*, 30/04/2018.

de la pratique arbitrale qui présente, sur ces certains points, des imperfections importantes qui peuvent réduire substantiellement l'effet attendu des références relatives aux droits sociaux. Ainsi, la portée pratique de la socialisation du droit matériel est relative en raison des limites liées à certains défauts rédactionnels (**Section 1**) et des limites liées à la pratique de l'interprétation des références aux droits sociaux (**Section 2**).

SECTION 1. LES LIMITES DE LA SOCIALISATION LIEES AUX DEFAUTS REDACTIONNELS

L'évolution quantitative des références visant les droits sociaux révèle des particularités dans les dispositions relatives aux droits sociaux. Elle renferme une ambivalence des références aux droits sociaux qui tient, d'une part, à la récurrence de celles-ci dans les accords internationaux d'investissement et, d'autre part, au fait que l'importance qualitative de ces références est sujette à caution. De l'autre, l'étude des limites liées à la rédaction des références vise alors à montrer que les références relatives aux droits sociaux ne permettent pas toujours une mise en œuvre, en droit international des investissements, des obligations de l'État en matière de droits sociaux. Cette affirmation repose sur deux raisons.

D'abord, elle ne s'explique pas simplement par l'absence de force contraignante³¹⁰ qui distingue ces références des autres dispositions des accords d'investissement. Si le choix rédactionnel joue un rôle important, son explication permet de douter du fait que ces dispositions sont toujours sérieusement pensées en vue de l'effectivité des droits sociaux. Le doute est renforcé par l'absence de sources formelles communes des droits sociaux. Le caractère hétérogène des sources est de nature à réduire l'impact des références sur la protection des droits sociaux.

³¹⁰ Deux précisions s'imposent à ce niveau. D'abord, il est fait une distinction entre la force contraignante ou le caractère obligatoire de l'instrument conventionnel et le caractère obligatoire de la référence contenue dans l'instrument conventionnel. A propos de ce dernier, le défaut du caractère obligatoire dépend de la rédaction choisie, indépendamment du caractère obligatoire pour les États parties du traité. Certains ont désigné ce type de disposition conventionnelle de *soft law* intralégislatif ou intraconventionnel (HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2010, n°5, p.15-64 ; CAZALA J., « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66 (2011), n°1, p. 41-84. Voir également la distinction faite entre *soft negotium* (contenu) et *soft instrumentum* (contenant). D'ASPREMONT J., « Softness in International Law: A self-serving Quest for New Legal Materials », *EJIL*, vol.19 (2008), n°5, p.1075-1093). La seconde précision tient au fait qu'admettre qu'une rédaction fait d'une référence relative aux droits sociaux une disposition de *soft law* ne veut pas dire que la disposition correspondante dans le PIDESC ou les dispositions du PIDESC est ou sont de la *soft law*.

Ensuite, l'affirmation est justifiée par le rapport interétatique que visent nombre de ces références. La création d'un rapport interétatique conduit à une protection indirecte des droits sociaux. Ce caractère indirect peut être négativement connoté, car il conduit à négliger la place des titulaires de droits dans le champ des normes que créent les dispositions en question.

Il en résulte que la prise en compte insuffisante des obligations des États en matière de droits sociaux se manifeste d'une part par l'absence d'uniformité des sources formelles des droits sociaux (**Paragraphe 1**) et par le caractère indirect de la protection des droits sociaux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'absence d'uniformité des sources formelles des droits sociaux

Une première caractéristique des dispositions relatives aux droits sociaux réside dans les sources visées. Celles-ci comprennent les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, mais aussi les législations nationales. *A priori*, cette diversité paraît enrichissante dans la mesure où les standards nationaux répliquent souvent à l'interne les règles internationales. La préoccupation apparaît lorsque la référence aux standards internationaux est vague et pourrait conduire à éloigner ces références à la fois du contenu et de l'interprétation des droits sociaux par les organes de contrôle reconnus en droit international. L'idée est que le renvoi à des sources communes est un gage d'efficacité des références et est de nature à favoriser l'atteinte d'une portée juridique plus grande de leur interprétation et de leur application. L'absence d'uniformité des sources de références aux droits sociaux peut avoir une incidence consistant, en particulier, à réduire la portée interprétative des références aux droits sociaux.

De façon concrète, il est possible de remarquer que ces références vagues se rencontrent tant dans le préambule que dans le corps des accords internationaux d'investissement. Elles sont portées par les dispositions qui s'adressent aux États parties comme par celles qui s'adressent aux investisseurs. Les premières dispositions manifestent une diversité des sources des obligations sociales de l'État (**A**), les secondes une diversité des sources de la responsabilité sociale de l'investisseur (**B**).

A. La diversité des sources des obligations sociales de l'État

La multiplication des références aux droits sociaux s'accompagne de formulations qui semblent accroître leur importance qualitative. Dans certains accords, cette évolution s'est poursuivie par un allongement de la liste des droits sociaux, englobant les droits sociaux internationalement reconnus au plan universel et au plan régional. L'évolution s'opère principalement par la référence aux sources conventionnelles ou simplement textuelles des droits sociaux ; certains TBI listant parfois seulement les droits concernés³¹¹.

Cette pratique conventionnelle est doublement qualitative. Elle a d'abord le mérite de la précision. En évitant les références plutôt vagues (comme celles qui visent les droits des travailleurs universellement reconnus) ou celles qui évoquent indirectement les droits de l'homme (en mentionnant la protection de la santé), elle traduit la volonté de certains États de faire clairement mention des droits sociaux. Indépendamment de la place de ces droits dans le corps des traités, leur mention dans le préambule qui définit l'objet et le but du traité peut avoir une portée interprétative significative. Le rappel des sources est généralement un rappel des engagements pris antérieurement et une invitation à leur mise en œuvre³¹². Il revêt une importance particulière dans le contexte des investissements en ce qu'il traduit une tendance vers une compréhension commune de la conception et du contenu des droits sociaux.

Toutefois, cette dynamique reste encore minoritaire. En outre, elle est menacée par la persistance de références divergentes aux droits sociaux. Cette divergence existe à un double niveau : au niveau des législations sociales nationales (1) et au niveau des droits sociaux internationalement reconnus (2).

1. *L'imprécision relative aux législations sociales nationales*

Une première imprécision réside dans les références qui visent les droits sociaux garantis par les législations nationales. La diversification des sources que cette imprécision

³¹¹ *Free Trade Agreement Between Canada and the Republic of Korea, 22 September 2014; Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its member states, of the one part, and the Republic of Iraq, of the other part, 11 May 2012; Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, 15 October 2018 ; Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17 juillet 2018; article 2 du Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 8 mars 2018.*

³¹² Sur la différence entre référence et renvoi, voir TURGIS S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012 (Partie I, Titre II, Chapitre I)

implique n'est pas un problème conceptuel *a priori*, car les législations nationales reprenant le plus souvent le contenu des conventions internationales relatives aux droits sociaux, que celles-ci soient conclues sous l'égide de l'ONU, de l'OIT ou d'une organisation régionale. Elles complètent parfois, pour certains droits ou standards, les conventions internationales³¹³.

Il reste que cette divergence peut être source de préoccupation lorsqu'il s'agit de savoir quelle interprétation donner au contenu d'un droit social. Une telle difficulté peut dissuader le tribunal arbitral d'interpréter les dispositions substantielles à la lumière des droits sociaux. En outre, l'importance de viser les traités de protection des droits de l'Homme n'est pas négligeable. Les différences peuvent sembler aléatoires, mais elles demeurent en réalité importantes. Par exemple, « *the difference between organizing or collective bargaining as a manifestation of freedom of association, in contrast with organizing or collective bargaining as a means to economic ends, is critical in determining workers' fundamental rights. A related debate is whether the right to strike is based on freedom of association, and thus can be seen as a 'core' human right, or whether it is an instrument of 'economic' bargaining that can be constrained by legislation* »³¹⁴. Le visa d'un traité de protection des droits de l'homme permet d'être guidé par l'interprétation donnée par l'organe de contrôle de ce traité, le cas échéant.

Particulièrement, les dispositions de « non-regression » (« *not lowering standards* ») qui visent à proscrire l'abaissement du niveau de protection des droits sociaux par les lois nationales à travers des clauses de « non- abaissement » des standards sociaux nationaux, sont concernées par cette problématique. En général, les parties « *reconnaissent qu'il ne convient pas d'assouplir les mesures nationales en matière de santé (...) afin d'encourager l'investissement. En conséquence, aucune des Parties ne devrait renoncer ou déroger de quelque autre manière, ni offrir de renoncer ou de déroger de quelque autre manière, à de telles mesures afin d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement d'un investisseur* »³¹⁵. Le lien de ces dispositions avec les droits sociaux est vague. Quelques accords apportent parfois une précision sur le contenu des droits, mais sans pour autant importer la protection pourvue à ces droits par les instruments internationaux

³¹³ Compa L., « The Multilateral Agreement on Investment and International Labor Rights: A Failed Connection National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions », *Cornell International Law Journal*, vol. 31 (1998), p. 683-712, spéc. p. 689.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 698, note 70.

³¹⁵ Article 15.1 de l'*Accord entre le Canada et la République de la Côte d'ivoire concernant la promotion et la protection des investissements* 30/11/2014 (date d'entrée en vigueur 14/12/2016).

potentiellement concernés. Ainsi, l'article 1.6 de l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Libye (dont la rédaction est presque identique à celle de l'article 13.2 de l'accord bilatéral entre les États-Unis et le Rwanda³¹⁶) précise ainsi que « (l) 'expression « législation du travail » désigne les lois et dispositions réglementaires en vigueur dans les parties contractantes, ou toute disposition contenue dans ces lois et disposition réglementaire ayant un rapport direct avec les droits universellement reconnus des travailleurs énumérés ci-dessous ». À la suite, sont cités le droit d'association, le droit d'organisation et de négociation collective, l'interdiction de recourir à quelque forme de travail forcé ou obligatoire que ce soit, un âge minimum d'admission des enfants à l'emploi et les conditions de travail acceptables en ce qui concerne le salaire minimum et la durée du travail, ainsi que la sécurité et la santé des travailleurs.

En outre, certaines de ces dispositions visent vaguement les standards nationaux sans précision supplémentaire sur la nature de la législation nationale (constitution, loi, ou actes législatifs), ce qui semble signifier que le niveau de protection des droits sociaux que reflète le standard national importe peu³¹⁷.

2. L'imprécision relative aux sources des droits sociaux internationalement reconnus

Une deuxième imprécision est entretenue par certains TBI (notamment les TBI américains)³¹⁸ qui continuent d'évoquer simplement les « droits des travailleurs internationalement reconnus » sans indication aucune des sources textuelles de ces droits. Ce faisant, ils entretiennent une confusion quant au point de savoir si par « droits

³¹⁶ “labor laws mean each Party’s statutes or regulations, or provisions thereof, that are directly related to the following internationally recognized labor rights» (Accord entre l’Union économique Belgo-Luxembourgeoise d’une part, et la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste, d’autre part concernant l’encouragement et la protection réciproques des investissements, 15/02/2004 (entré en vigueur le 08/12/2007)). Une légère différence dans le contenu des droits cités réside dans l’accent mis par l’accord États-Unis-Rwanda sur la protection large des enfants : “ d) labor protections for children and young people, including a minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labor» (Treaty between the United States of America and the government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19/02/2008 (date of entry into force: 01/01/2012)).

³¹⁷ Ici encore, certains accords font exception. C’est le cas des accords conclus par les États-Unis d’Amérique qui précisent par des notes de bas de page qu’il s’agit bien de lois au sens d’acte voté par le Congrès américain et des règlements adoptés en exécution d’une loi votée par le Congrès américain.

³¹⁸ Voir les TBI américains et ceux d’un certain nombre de pays qui adoptent de temps à autre (Accord entre l’Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l’encouragement et la protection réciproques des investissements, 12 décembre 2006; Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Federal Republic of Nigeria, 8 Avril 2013).

internationalement reconnus », il faut entendre les droits des (travailleurs) communs à plusieurs législations nationales ou s'il s'agit des droits reconnus dans les traités multilatéraux (les États-Unis n'étant pas partie à certaines conventions internationales relatives aux droits sociaux). Cette imprécision est courante dans les dispositions relatives à l'amélioration des législations nationales.

Ces clauses de perfectionnement des législations nationales sont des dispositions de mise à niveau des législations nationales. Elles invitent les États contractants à améliorer leur législation nationale de sorte à mieux protéger les droits sociaux des travailleurs ou la santé publique. L'engagement pris par l'État ne concerne pas (ou pas seulement) la mise en œuvre ou l'application des législations nationales. Il vise l'amélioration du niveau de protection de ces législations qui doivent être rendues conformes aux standards ou normes internationaux³¹⁹. Pour ce faire, un rappel de la liberté réglementaire précise que les modifications législatives et réglementaires en vue de renforcer le niveau de protection des droits sociaux ne sont pas incompatibles, en principe, avec la mise en œuvre de l'accord d'investissement : « *Each Party shall respect the other Party's sovereign right to set its own policies and national priorities and to set, administer and enforce its own labour laws, regulations and practices according to those policies and priorities* »³²⁰ ou « *The Parties recognise the sovereign right of each Party to establish its own levels of national environmental and labour protection and environmental and labour development policies and priorities, and to adopt or modify accordingly its relevant environmental and labour laws and regulations and policies* ».³²¹

Dans le contenu, les normes-types à l'aune desquelles l'amélioration des législations nationales doit être appréciée comportent quelques différences, même s'agissant de conventions internationales. Certains accords précisent les conventions internationales de droits

³¹⁹ « *In accordance with their respective laws and regulations, each Contracting Party shall endeavour to (...)3. act in accordance with core labour standards, as declared by the International Labour Organization Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998.* » (Agreement between the Republic of Guatemala and the Republic of Trinidad and Tobago on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 19/01/2016 (Date of Entry into force 30/08/2017) (article 17)).

³²⁰ Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea, 23/03/2015 (Date of entry into force: 20/12/2015) (article 15.2.2); Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu, 10/07/2013 (Date of entry into force: 01/12/2013) (article 16.2.1)

³²¹ Free Trade Agreement between the Eurasian Economic Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 29/05/2015 (entré en vigueur le 05/10/2016) (article 12.3).

de l'Homme en question, tandis que d'autres renvoient vaguement à des droits internationalement reconnus³²².

Pour bien comprendre l'intérêt de la précision, on peut l'inscrire dans la perspective de l'interprétation des dispositions conventionnelles. Il est alors possible de faire une distinction entre la simple référence aux droits sociaux et la référence aux droits et obligations de l'État. L'interprétation de ces dernières pourra conduire non seulement à importer la définition des droits telle qu'elle est entendue par les organes des traités visés, mais cette interprétation permet également de considérer l'interprétation du contenu des obligations qui incombent à l'État à cet égard. Le visa des traités peut permettre d'interpréter la marge de manœuvre de l'État en fonction de ce qui est requis de lui pour la mise en œuvre des obligations de droits sociaux (adoption ou application des législations nationales). Cela implique pour les tribunaux arbitraux de prendre en compte aussi les arrêts et avis consultatifs des cours, les rapports et observations générales des organes de contrôle³²³.

À titre d'exemple de référence précise, dans l'article 191 auquel renvoie l'article 192 de l'Accord de partenariat économique conclu entre le Royaume et les États du CARIFORUM³²⁴,

³²² Voir pour exemple la disposition suivante: « *Recognising the right of each Party, subject to the provisions of this Agreement, to pursue its own means for achieving sustainable development, including establishing its own levels of labour and environmental protection and to adopt or modify accordingly its relevant domestic laws and policies, each Party shall seek to ensure that its domestic laws and policies provide for and encourage high levels of environmental and labour protection, consistent with standards, principles and agreements which they are committed or a Party to, and shall strive to further improve the level of protection provided for in those domestic laws and policies* » (*Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of Indonesia and the EFTA States, 16/12/2018* (article 8.2)). Voir également: *Southern African Development Community Model BIT Template with commentary, 2012*, article 22.

³²³ ATANASOVA D., « International norms: A Defence in Investment Treaty Arbitration? », in AKBABA M. and CAPURRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration*, New York, Routledge, 2019, p. 56-71, spéc. p. 68.

³²⁴ L'article 192: « *Recognising the right of the Parties and the Signatory CARIFORUM States to regulate in order to establish their own social regulations and labour standards in line with their own social development priorities, and to adopt or modify accordingly their relevant laws and policies, each Party and Signatory CARIFORUM State shall ensure that its own social and labour regulations and policies provide for and encourage high levels of social and labour standards consistent with the internationally recognised rights set forth in Article 191 and shall strive to continue to improve those laws and policies* » (*Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 22/03/2019* (idem pour l'environnement à l'article 184)). Voir également les accords suivants: *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part, 27/06/2014* (Date of entry into force: 01/07/2016) » (article 354.1); « *Enhanced Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Kazakhstan, of the other part, 21/12/2015* (153.1); *Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17/07/2018* (date of entry into force 01/02/2019) (article 16.2); *Agreement between the Government of the Kingdom of Bahrain and the Government of the United States of America on the Establishment of a Free Trade Area, 14 September 2004* (date of entry into force 11 January 2006) (article 15.1.2).

les États parties réaffirment leurs engagements aux « *internationally recognised core labour standards, as defined by the relevant ILO Conventions, and in particular the freedom of association and the right to collective bargaining, the abolition of forced labour, the elimination of the worst forms of child labour and nondiscrimination in respect to employment* » ainsi que leurs obligations en tant que membres de l'OIT³²⁵ et leurs engagements découlant de la Déclaration sur les principes et droits fondamentaux au travail et son suivi. Ils réaffirment également leurs engagements pris dans le cadre de la Déclaration ministérielle de 2006 sur l'emploi et le travail décent, adopté par le conseil économique et social des Nations Unies. En conséquence, ils doivent s'assurer que les droits et standards contenus dans ces instruments internationaux sont pris en compte et concrétisés dans les lois nationales³²⁶.

L'accent semble être mis sur le niveau du standard, et, partant, sur l'unité conceptuelle de ces droits, plutôt que sur le caractère contraignant de l'instrument qui le contient. Aussi, outre les conventions internationales conclues dans le cadre de l'OIT et la Déclaration de 1998 dont la valeur coutumière est souvent affirmée, les accords se réfèrent-ils au contenu et/ou aux engagements d'instruments non contraignants³²⁷. Les accords qui désignent des droits identiques à ceux consacrés par la Déclaration OIT de 1998 constituent une pratique répandue.

³²⁵ *Agreement between the Belgium-Luxembourg- Union, on the one hand, and the Republic of Qatar, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 06/11/2007 (entré en vigueur le 30/04/2014) (article 6).*

³²⁶ *Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Republic of Botswana on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 07/06/2006 (article 6.3).*

³²⁷ Voir *Free Trade Agreement between the Eurasian Economic union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 29/05/2015 (date of entry into force: 05/10/2016) (article 12.7); Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea, 23/03/2015, Date of entry into force: 20/12/2015) (article 15).* Des accords visant l'objectif de développement durable rappellent également les instruments de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement : l'Agenda 21 adopté en 1992 et le Plan Johannesburg sur la mise en œuvre du développement durable adopté en 2002. Voir par exemple l'article 363.1 de l'*Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part, 27/06/2014 (Date of entry into force: 01/07/2016)* ou encore l'article 151.1 de l'*Enhanced Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Kazakhstan, of the other part, 21/12/2015, op. cit.* Dans ce sens, l'accord entre les États membres d l'Accord de libre-échange européen et l'Indonésie est plus complet. Ces États parties rappellent plusieurs autres instruments internationaux de promotion et de mise en œuvre du développement durable dont la Déclaration de la conférence des Nations Unies sur l'environnement humain de 1972, le document final "l'Avenir que nous voulons" de la conférence Rio+20 de 2012, le document final "Transformons notre monde: l'Agenda 2030 pour le développement durable «du Sommet des Nations Unies sur le développement durable en 2015 et enfin le Consensus de Monterrey de la Conférence internationale sur le financement du développement (*Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of Indonesia and the EFTA States, 16/12/2018) (article 8.1).* Idem). Voir également l'article 16.1 de l'*Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17/07/2018 (date of entry into force: 01/02/2019), op. cit.* L'article 16.4.4 de ce dernier accord fait référence à l'Accord-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 et l'Accord de Paris du 12 décembre 2015.

Ce sont souvent (sans exclusivité) des accords conclus par des organisations internationales européennes (Union européenne ou Association européenne de libre-échange).

Dans le même sens, quelques accords (rares) ajoutent des obligations de conformité des législations aux instruments internationaux de protection des droits de l'Homme. C'est le cas de l'Accord bilatéral entre le Nigeria et le Maroc, dont l'article 15 *in fine* dispose que « *all parties shall ensure that their laws, policies and actions are consistent with the international human rights agreements to which they are a Party* ». Cette dernière formulation est également significative en ce qu'elle oriente l'interprétation du contenu des droits, mais aussi des obligations en visant des engagements contraignants de l'État. D'autres accords, notamment des accords de libre-échange européens contiennent des obligations de ratification des conventions de l'OIT. Ils visent la réalisation de l'objectif de promotion des droits sociaux.

Dans le cas des références considérées comme imprécises, lorsque celles-ci se limitent à préciser le contenu des droits sociaux sans mentionner la source internationale, l'intérêt interprétatif peut être réduit pour ces références qui se contentent de viser seulement les « accords internationalement reconnus ». Même si la similarité avec les droits des traités internationaux de protection des droits de l'Homme est frappante, la référence à des droits internationalement reconnus peut fournir une raison aux tribunaux qui manifesteront de la réticence à rechercher des droits reconnus, au moins par l'ensemble des parties à l'accord d'investissement.

Toutefois, de telles formulations peuvent être pertinentes quand elles élargissent la liste des droits, en intégrant des droits en fonction de l'état de protection des droits de l'Homme dans l'un ou l'autre des États en question. En pratique, ce sont généralement les accords américains qui recourent à ce type de rédaction. En comparaison avec la liste des droits de la Déclaration OIT, ils ne mentionnent pas l'interdiction de la discrimination. L'article 15.7 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et le Bahreïn adopte non seulement une définition large et détaillée des droits relatifs au travail des enfants, mais insiste en lieu et place de la non-discrimination sur les conditions acceptables de travail notamment le salaire minimum, le temps de travail, ainsi que la santé et la sécurité au travail³²⁸. Cette nuance est compréhensible dans la

³²⁸ *Agreement between the Government of the Kingdom of Bahrain and the Government of the United States of America on the Establishment of a Free Trade Area, 14 September 2004 (date of entry into force: 11 January 2006. Voir également: Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and the*

mesure où l'accord ne fait pas référence spécifiquement à la Déclaration de 1998, mais seulement aux « droits internationalement reconnus » (*internationally recognised labor rights*). Se rapprochent de ce type d'accords, les accords autrichiens qui font une combinaison des deux précédents. L'accord entre l'Autriche et le Nigéria en fournit un exemple. Son article 4.2 fait référence aux droits internationalement reconnus suivants: « (a) *the right of association; (b) the right to organise and to bargain collectively; (c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour; (d) labour protections for children and young people, including a minimum age for the employment of children and the prohibition and elimination of the worst forms of child labour; (e) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health. (f) elimination of discrimination in employment and occupation*»³²⁹.

Ainsi, il convient de noter une rédaction qualitative des dispositions relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement. Toutefois, la diversité des sources de droits sociaux visées peut être limitative de l'efficacité ou de la portée juridique des dispositions. C'est le cas lorsque le lien entre ces sources et les instruments internationaux de protection des droits sociaux est lointain et ne favorise pas une interprétation des dispositions conventionnelles à la lumière des traités reconnus. Une telle difficulté peut créer une réticence à reconnaître une utilité interprétative aux références contenues dans les préambules et dans les dispositions textuelles. Le renvoi à des références communes s'avère alors important pour pallier les différences de conceptions. Cette dernière observation vaut également pour les dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises.

B. La diversité des sources de responsabilité sociale des entreprises

Dans le cas de la responsabilité sociale des entreprises, le même constat d'hétérogénéité des sources est valable, mais il présente moins d'intérêt dans la mesure où l'histoire de la responsabilité sociale des entreprises est liée à celle du refus des entreprises d'être assujetties à des obligations découlant d'un traité contraignant sur les droits de l'homme.

Republic of Qatar, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 06/11/2007 (entré en vigueur le 30/04/2014) (article 1.6); Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements (article 1.d)

³²⁹ *Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Federal Republic of Nigeria, 08/04/2013; Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Government of the Kyrgyz Republic, 22/04/2016 (article 5); Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan 12/01/2010 (Date of entry into force: 21/12/2012) (article 5).*

Le développement de la responsabilité sociale des entreprises a connu un tournant important depuis le Rapport des Nations Unies dirigé par le professeur John Ruggie en 2011. L'une des conclusions du rapport a été d'affirmer l'existence d'une obligation pour les entreprises de respecter les droits de l'homme. Au-delà de son affirmation, la mise en œuvre d'une telle obligation bute contre l'inexistence d'une obligation internationale de respecter les droits de l'Homme de nature coutumière qui s'imposerait aux entreprises. Une telle obligation pourrait être imposée par traité ou par contrat.

Pour ce qui est du droit conventionnel des investissements, la majorité des accords internationaux de protection et de promotion de l'investissement reflète bien la difficile évolution de la responsabilité sociale des entreprises dans le cadre juridique international, car ils font en effet référence aux principaux instruments internationaux sur la responsabilité sociale des entreprises qui relèvent, pour l'essentiel, de la *Soft Law*. Ces références manifestent cependant une socialisation (certes minimaliste) du droit des investissements. Elles visent des instruments internationaux qui mentionnent des droits sociaux. Certaines références visent nommément, et à titre illustratif, la Déclaration tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales³³⁰, les principes de l'OCDE sur l'investissement et les droits de l'homme³³¹ et le Global Compact³³². Peuvent s'ajouter les références implicites aux instruments

³³⁰ Voir à titre illustratif les accords suivants: *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*, 03/12/2016 (article 24.2); *Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part*, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/01/2016) (article 422); *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part*, 27/06/2014 (Date of entry into force: 01/07/2016) (article 367.e); *Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership*, 17/07/2018 (date of entry into force: 01/02/2019) (article 16.5.e).

³³¹ Outre les accords cités à propos de la Déclaration tripartite de l'OIT, voir les accords suivants : *Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates*, 15/03/2019 (articles 14, 15); *Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation*, 11/04/2018 (articles 14, 15); *Australia-Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement*, 04/03/2019 (article 14.17); *Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates*, 16/04/2018 (article 17).

³³² *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part*, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/07/2016) (article 367. e); *Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part*, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/01/2016) (article 422); *Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Federal Republic of Nigeria*, 08/04/2013 (préambule); *Free Trade Agreement between the EFTA States and Georgia*, 27/06/2016 (Date of entry into force: 01/09/2017) (préambule).

internationaux de protection des droits de l'homme³³³. D'autres renvoient vaguement à des standards internationaux poursuivant la protection des droits sociaux. Il est simplement évoqué les standards internationaux auxquels ont adhéré les États parties et qui sont relatifs aux droits de l'Homme ou aux bonnes pratiques internationales de responsabilité sociale des entreprises. L'article 14 de l'Accord bilatéral entre le Canada et la Serbie dispose ainsi que « *chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer, sur une base volontaire, dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption. Les Parties rappellent à ces entreprises l'importance d'intégrer dans leurs politiques internes les normes en matière de responsabilité sociale* »³³⁴. De nombreux accords ont adopté cette dernière rédaction³³⁵. Dans l'un ou l'autre cas, les références multiples ne permettent pas de discerner le critère de choix des instruments visés, certains de ces instruments comme les lignes directrices de l'OCDE pouvant être considérés comme relativement plus complets et mieux suivis par les entreprises.

En tout état de cause, l'absence d'uniformité des sources est relativement moins préoccupante ici en raison de l'absence d'obligations internationales de respect de droits de l'Homme imposées aux entreprises. Étant donné que les accords d'investissement ne prévoient que rarement des obligations internationales de l'investisseur, c'est à l'occasion de l'application d'une loi nationale reprenant ces instruments internationaux de responsabilité sociale des

³³³ L'article 15.2.b. de l'Accord bilatéral conclu par le Brésil et l'Éthiopie évoque le respect des "*the internationally recognized human rights of those involved in the companies' activities*" (*Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation*, 11/04/2018; idem pour l'accord entre le Brésil et la Guyane: *Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana*, 13/12/2018).

³³⁴ *Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements* 01/09/2014 (entré en vigueur 27/04/2015).

³³⁵ Voir : *Australia-Peru Free Trade Agreement*, 12/02/2018 (article 8.17); *Agreement between the Slovak Republic and the Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 19/01/2016 (date of Entry into force 30/08/2017) (article 10); *Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore*, 04/11/2016 (article 11); *Agreement between Canada and the Federal Republic of Nigeria on promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 06/05/2014 (article 15); *Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements* 08/09/2016 (date d'entrée en vigueur le 24/02/2017) (article 14) ; *Accord entre le Canada et la République de la Côte d'ivoire concernant la promotion et la protection des investissements* 30/11/2014 (date d'entrée en vigueur le 14/12/2016) » (article 15) ; *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between Canada and the Republic of Guinea*, 27/05/2015 (entré en vigueur le 27/03/2017) (article 16); *Agreement between Canada and Mali for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment*, 28/11/2014 (date of entry into force: 08/06/2016) (article 15).

entreprises que leur interprétation pourra être évoquée et discutée. Comme il sera examiné dans le chapitre 5 de la thèse, la reprise des instruments de la responsabilité sociale des entreprises dans les arguments de l'État ou des tierces parties à l'occasion du traitement d'une affaire contentieuse n'a pas encore permis de renforcer l'effectivité ou la portée juridique de ces normes de responsabilités sociale des entreprises³³⁶.

Ainsi, la discussion des limites inhérentes aux références sous l'angle de l'uniformité des sources de droits sociaux permet de comprendre un point : si les références répondent à la volonté d'un État de mettre en œuvre, dans le contexte des investissements, ses obligations en matière de droits sociaux, cette mise en œuvre peut s'avérer inadéquate en raison de la manière dont les sources internationales de protection de droits sociaux sont visées dans l'accord d'investissement. À cet égard, une distinction a été faite entre les références aux conventions internationales de droits de l'homme (y compris les conventions de l'OIT) et les références aux législations nationales. On peut adjoindre à cette dernière catégorie, les droits sociaux internationalement reconnus sans précision quant à la source formelle de ces droits. L'argument est que les références à des sources formelles internationales fournissent un standard objectif de l'interprétation du contenu des droits sociaux et des obligations y relatives. Ce que ne fournit pas une référence aux lois nationales. De ce point de vue, la discussion permet ensuite d'entrevoir les limites potentielles à l'utilité interprétative des dispositions relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement. Un facteur important de ces limites réside dans le rapport interétatique caractérisant les dispositions relatives aux droits sociaux.

Paragraphe 2. Le caractère interétatique dominant des références aux droits sociaux

L'absence de force contraignante de nombre de ces références est évidente à la lecture de dispositions relatives aux droits sociaux. Nombre de dispositions constituent de simples réaffirmations des engagements conventionnels antérieurs (c'est le cas des dispositions de perfectionnement des législations) pris par les États. Même lorsqu'elles sont rédigées en termes non contraignants, elles représentent un moyen de promouvoir des instruments internationaux de protection des droits de l'homme et de l'environnement ainsi que des droits qui y sont consacrés.

³³⁶ MARCOUX J.-M., « Informal Instruments to impose Human Rights Obligations on Foreign Investors: An Emerging Practice of Legality? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 34 (mars 2021), n° 1, p. 109-126

Qu'elles soient dotées ou non d'un caractère obligatoire, ces références ont en commun le rapport interétatique qu'elles privilégient. Ce caractère interétatique est remarquable même dans le cas des dispositions qui semblent pouvoir avoir un effet sur le champ d'application des règles de protection des investissements si elles sont pourvues d'un effet juridique important. C'est le cas des dispositions de non-régression ou de responsabilité sociale des entreprises. En raison de cette caractéristique, leur aptitude à permettre la protection des droits sociaux peut être questionnée. Si la protection des droits sociaux est visée par ces dispositions à caractère interétatique, elle paraît secondaire. En outre, le caractère étatique semble expliquer la faible valeur juridique attribuée aux références relatives aux droits sociaux. Aussi, comprendre ce caractère interétatique peut permettre de dire à quel point ces dispositions peuvent influencer l'interprétation des dispositions conventionnelles de protection des investissements. L'hypothèse de départ est fondée sur l'idée que c'est une logique économique (A) qui explique l'importance et les implications du caractère éminemment interétatique de la relation juridique organisée par les dispositions et les références en question (B).

A. La justification économique des insuffisances rédactionnelles

La justification économique concerne essentiellement les insuffisances rédactionnelles des dispositions de non-abaissement des standards de protection des droits sociaux. L'hypothèse retenue ici est que les règles de non-abaissement des standards sociaux sont nées dans un contexte commercialement marqué et en portent les caractères. Ce contexte est celui de la théorie de la « *race to the bottom* » (course vers le bas) qui repose sur l'idée d'une corrélation positive entre l'abaissement du niveau de protection des droits sociaux et l'afflux des investissements (1). Répondant à cette logique économique, les dispositions relatives aux droits sociaux semblent servir à écarter la distorsion de la concurrence entre États dans l'attraction des flux d'investissement. Il en résulte que l'effet de ces dispositions sur la protection des droits sociaux est indirect (2).

1. *La théorie de la « race to the bottom »*

Pendant longtemps, la pensée économique a été dominée par la conviction qu'il existe, comme une conséquence de la globalisation, une corrélation entre le niveau de réglementation fiscale, sociale et environnementale et le flux des investissements. Cette corrélation serait alors

à l'origine d'une « *race to the bottom* »³³⁷ (course vers le bas) dans la réglementation étatique dans ces domaines.

Dans le cas particulier des TBI, on peut discuter le lien entre l'atteinte aux droits sociaux des individus favorisée par les États et la conclusion des TBI. La discussion est possible parce que le lien n'est pas direct et explicite, car « *no part of a BIT encourages a race to the bottom* »³³⁸. Elle tourne court, toutefois, lorsque la question est abordée sous l'angle de l'influence du caractère libéral des TBI sur l'adoption de politiques généreuses en faveur de l'investissement. Le caractère libéral du droit des investissements impacte de façon perceptible la configuration des relations sociales. Dans ce sens, on a fait remarqué que « *(f)oreign investment may or may not promote social welfare or leave something for local communities, but it inevitably creates and shapes social relations. Foreign investor rights define the relations between investors, states and local communities, determining 'who will adapt to whom' so to make the investment work. investment treaties and ISDS can contribute in various ways to this objective; these include silencing some social effects and making invisible some of the actors* »³³⁹. Ce constat n'est pas nouveau au regard de l'ancienneté de la « *race to the bottom* » discutée ici.

La « *race to the bottom* » part de l'idée que, suivant le calcul rationnel de l'entreprise multinationale, un niveau de protection sociale élevé implique également un coût élevé de production³⁴⁰. L'entreprise serait alors conduite rationnellement à pratiquer un « *social law shopping* ». Le niveau de pratique du *social law shopping* est fonction du type d'investissement et peut, en conséquence, être le fait de toute entreprise multinationale. Il est traditionnellement distingué entre les investissements horizontaux et les investissements verticaux³⁴¹. Les

³³⁷ La théorie serait inspirée par une opinion dissidente d'un juge de la Cour suprême américaine (Justice Brandeis) dans laquelle il soutenait que : « Companies were early formed to provide charters for corporations in states where the cost was lowest and the laws least restrictive. The states joined in advertising their wares. The race was not of diligence but of laxity. Incorporation under such laws was possible; and the great industrial States yielded in order not to lose wholly the prospect of the revenue and the control incident to domestic incorporation » (Louis K. Ligett CO v. Lee, 288 U.S. 517, 1933, 15). Voir OLNEY W.W., « A race to the bottom? Employment protection and foreign direct investment », *Journal of International Economics*, novembre 2013, vol. 91, n° 2, p. 191-203, note 1, p. 191.

³³⁸ VANDEVELDE K.J., *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, Oxford, N.Y, Oxford University Press, 2010, p. 107

³³⁹ PERRONE N., *Investment treaties and the legal imagination: how foreign investors play by their own rules*, First edition, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 24.

³⁴⁰ Mais ce coût serait aussi fonction du type d'investissement. Il est distingué trois types d'investissement.

³⁴¹ On y ajoute parfois des investissements du type plate-forme d'exportation. Celles-ci consistent à créer à créer une filiale à proximité de plusieurs pays qui sont autant des marchés (voir OLNEY W.W., « A race to the bottom? », *op. cit.* p. 193.

investissements horizontaux résultent de la décision d'une entreprise multinationale de rapprocher son site de production de son marché de consommation afin de réduire les coûts liés à l'exportation du produit fini. Les investissements verticaux, au contraire, visent à réduire les coûts de production. Une unité de production est alors délocalisée dans un pays à moindre coût de main-d'œuvre afin d'y produire une partie du produit de la chaîne de production. Le produit final sera rassemblé dans un autre pays. Dans ce second type d'investissement plus que dans le premier, l'entreprise multinationale répondant à une sagesse commune (« *conventional wisdom* ») va rechercher les pays où la législation sociale est moins exigeante du point de vue de la protection des droits et standards des travailleurs. S'adaptant à cette pratique dans une logique guidée par la compétition entre eux pour attirer les investissements, les États se précipiteraient pour abaisser des normes sociales en vue d'attirer des investissements³⁴².

L'influence pratique de la théorie a été importante puisqu'elle a pu convaincre au-delà des autorités étatiques, les institutions économiques internationales qui ont fait leurs ces deux postulats de la « *race to the bottom* » : « *these views have long been held by the IMF, OECD, and World Bank, all which have held that laws which protect worker rights are not conducive to attracting capital and investment* »³⁴³. Dans le cadre du commerce international, on a pu parler d'une logique d'interdépendance à l'œuvre dans le cadre de l'OMC³⁴⁴. La théorie conserve encore son importance au regard de la position des pays en développement sur la place des normes sociales dans les échanges internationaux³⁴⁵. En témoigne le rejet dans le cadre de l'OMC de la clause sociale vue comme une immixtion dans la liberté réglementaire des États en développement. Ces derniers trouvent dans le maintien d'un niveau bas de législations sociales un avantage comparatif.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ CROUCHER R., KELLY M. and MILES L., « A Rawlsian Basis for Core Labor Rights », *Comparative Labor Law & Policy Journal* (2012), n° 2, p. 297-320, note 11.

³⁴⁴ DUBIN L., *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

³⁴⁵ Certes, il existe une théorie alternative basée sur une présomption d'universalité (et sur l'impérativité morale qui imposerait leur mise en œuvre) des droits sociaux fondamentaux élaborés dans le cadre de l'OIT, mais elle n'est pas très convaincante. Voir TSOGAS G., « Labour standards in international trade agreements: an assessment of the arguments », in *The International Journal of Human Resource Management*, vol. 10 (1999), n° 2, p. 351-375, p. 363; BHAGWATI J., « Trade Liberalisation and 'Fair Trade' Demands: Addressing the Environmental and Labour Standards Issues », *The World Economy*, vol. 18 (3 avril 2007), p. 745-759, spéc. 753-755; ARAUJO B.M., « Labour Provisions In Eu and Us Mega-Regional Trade Agreements: Rhetoric and Reality », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67 (2018), n° 1, p. 233-253, spéc. 236-237.

Dans ces circonstances, l'influence de la théorie sur l'avènement tardif des références sur les droits sociaux et sur la forme de rédaction de ces références dans les accords internationaux d'investissement peut être présumée déterminante. En effet, si de récentes études mettent en doute le postulat principal de la « *race to the bottom* » à savoir la réalité de l'afflux des investissements du fait de la réduction de la protection des droits sociaux, elles ne démentent que rarement la réalité du phénomène. Certes, dans une étude consacrée à l'influence du niveau de protection des droits des travailleurs sur le flux des investissements, David Kucera constate que pendant longtemps l'accent a été mis sur les coûts liés au respect des droits sociaux, ce qui a détourné l'attention sur le possible effet positif du respect de ces droits sociaux. Il conclut à la suite de son analyse que « *(if anything, the balance of evidence leans in the opposite direction, with all evidence of statistical significance suggesting that FDI tends to be greater in countries with strong workers' rights)*»³⁴⁷. L'effet positif réside, selon l'auteur, dans une chaîne de causalité entre le respect des droits sociaux et la croissance économique qui passe par la médiation de la stabilité sociale et politique que recherchaient en réalité les opérateurs économiques. Cette relativisation a été soutenue par d'autres études qui ont permis d'affirmer à la suite que « *it does not pay, in terms of higher FDI inflows, for policymakers to repress labour rights. Rather violations of labour rights tend to discourage FDI-even in small and poor developing countries*». La raison principale est encore économique : les entreprises multinationales « *prefer host countries where labour rights are respected either because there are concerned about their reputation regarding corporate conduct or cost savings cannot be realized by violations labour rights*»³⁴⁸. Le respect des droits sociaux représente alors une variable positive non seulement dans la décision de l'investisseur sur le choix du pays d'investissement, mais il apparaît également comme un facteur important dans l'évitement des relocalisations pour un État qui a déjà accueilli un investissement sur son territoire³⁴⁹.

Toutefois, la vérification de l'hypothèse initiale importe peu, car, la « *race to the bottom* » est d'abord une question de perception et ne dépend pas du point de savoir si « *investors being truly attracted to countries with lower labour standards. Perception, true or*

³⁴⁷ KUCERA D., « Core labour standards and foreign direct investment », *International Labour Review*, vol. 141 (2002), n° 1-2, p. 31-69, spéc. p.33.

³⁴⁸ BUSSE M., NUNNENKAMP P. and SPATAREANU M., « Foreign direct investment and labour rights: a panel analysis of bilateral FDI flows », *Applied Economics Letters*, vol. 18 (2011), n° 2, p. 149-152, spéc. p. 151-152.

³⁴⁹ DEWIT G., GÖRG H. and MONTAGNA C., « Should I stay or should I go? Foreign direct investment, employment protection and domestic anchorage », *Review of World Economics*, vol. 145 (2009), n° 1, p. 93-110.

false, will suffice »³⁵⁰. En outre, certains auteurs ont soutenu la réalité de la « *race to the bottom* » tout en la relativisant. La pratique du *dumping social* par les États pour attirer les investissements en jouant sur le niveau de protection des droits sociaux est confirmée³⁵¹, mais l'enjeu ne se situerait plus au niveau de la réglementation (légiférer sur la protection des droits sociaux qui relèverait du conformisme désormais), mais sur la mise en œuvre pratique (effectivité) de la législation protectrice des droits des travailleurs³⁵². Ce déplacement de l'enjeu de la compétition, de la simple réglementation à l'effectivité de la législation se constaterait davantage dans les pays développés (pays de l'OCDE), dans la mesure où les pays en développement joueraient encore sur la réglementation.

Ainsi, au regard de la différence entre les auteurs dans les échantillons des données et des droits ainsi que des variables utilisées, il est difficile de conclure définitivement sur la nature des rapports entre la protection des droits sociaux et les flux d'investissement. Mais ce qui compte finalement pour la compréhension de l'acceptation des accords internationaux d'investissement à caractère libéral, c'est la perception longtemps négative de ce rapport qui se trouve aujourd'hui relativisée. Cette perception a influencé le comportement des États sur la place des droits sociaux dans les accords internationaux d'investissement et dans le droit international des investissements en général. Ses effets combinés sont reflétés dans les formulations des références des droits sociaux dans les accords d'investissement.

2. Les implications de la perception de la « race to the bottom » sur la rédaction des références relatives aux droits sociaux

Lorsque certaines dispositions relatives aux droits sociaux sont relues à la lumière de cette hypothèse, elles sont mieux comprises. C'est le cas des dispositions de non-abaissement des standards dont la formulation la plus courante est la suivante : « *Each Contracting Party recognizes that it is inappropriate to encourage investment activities of investors of the other*

³⁵⁰ KUCERA D., « Core labour standards and foreign direct investment », *International Labour Review*, vol. 141 (2002), n° 1-2, p. 31-69, spéc. p. 31.

³⁵¹ En matière environnementale, on parle de « carbon leakage » pour désigner le fait que les investisseurs recherchent les pays qui adoptent des législations moins contraignantes dans le domaine de l'émission du gaz carbonique (voir JOUBIN-BRET A., « Protecting the Investor and Protecting the Environment: Conflicting Objectives in International Investment Agreements », in LEVASHOVA Y., LAMBOUY T. and DEKKER I.F. (eds.), *Bridging the gap between international investment law and the environment*, The Hague, Eleven international publishing, 2016, p. 31-51, spéc. p. 41-421.

³⁵² DAVIES R.B. and VADLAMANNATI K.C., « A race to the bottom in labor standards? An empirical investigation », in *Journal of Development Economics*, vol. 103 (2013), p. 1-14, spéc. p. 11-12.

*Contracting Party and of a non-Contracting Party by relaxing its domestic health, safety or environmental measures or by lowering its labor standards»*³⁵³. Ces clauses appellent deux types d'observation relatifs au caractère secondaire de la protection des droits sociaux **(a)** et au caractère interétatique de celles-ci **(b)**.

a. Le caractère secondaire de la protection des droits sociaux

En premier lieu, la lecture de la clause fait douter du fait qu'elle vise à protéger l'intérêt général social. Cette disposition laisse entendre que la protection des droits sociaux est un objectif secondaire ou indirect. Cela ne remet toutefois pas en cause le fait que la disposition vise à éviter la « *race to the bottom* ». Bien au contraire, « *the not-lowering standard is expecting to play a role of preventing «race to the bottom » among those countries competing for investment (...) sovereignty right of labour regulation should not be executed in a way conflicting with the not-lowering requirement, as it is difficult to be accepted if this right is executed downward rather than upward the direction of basic worker's right protection »*³⁵⁴.

Toutefois, la prévention de la « *race to the bottom* » vise bien à éviter la distorsion de la concurrence qui est l'objectif véritable. Le choix de certains termes comme « il ne convient pas » ou « il est inapproprié » tend à le confirmer. En outre, cet objectif de prévention de la distorsion commerciale est parfois explicite : des accords internationaux d'investissement prennent le soin de préciser, à la suite des dispositions de promotion des droits sociaux, que la violation des standards sociaux ne saurait constituer un avantage comparatif. L'Accord conclu par le Royaume-Uni et les États du Forum Caribéen dispose ainsi en son article 193 que « *the Parties agree not to encourage trade or foreign direct investment to enhance or maintain a competitive advantage by: (a) lowering the level of protection provided by domestic social and labour legislation; (b) derogating from, or failing to apply such legislation and standard»*³⁵⁵.

³⁵³ Article 21. 1 de l' *Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, 12/09/2011 (Date of entry into force: 11/09/2015).

³⁵⁴ ZHENG L., « Rethinking the role of labour provisions under Asian international investment regime. A possible linkage with FTAAP? », in NAKAGAWA J. (ed.), *Asian perspectives on international investment law, op. cit.*, p. 114-145, spéc. p. 124.

³⁵⁵ *Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part*, 22/03/2019 (article 193). Voir également : *Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu*, 10/07/2013 ((Date of entry into force: 01/12/2013) (article 2.4); *Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea*, 23/03/2015 (Date of entry into force: 20/12/2015) (article 15.2.5); *Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership*, 17/07/2018 (date of entry into force: 01/02/2019) (article 16.3.6); *Comprehensive Economic Partnership Agreement between The EFTA States and the Republic of Ecuador*, 25/06/2018 (article 8.5.6).

La proximité de rédaction avec l'article III (1) du GATT a déjà été soulignée³⁵⁶. De même tout en recourant à des verbes qui expriment un engagement renforcé de l'Etat, l'Accord entre l'Union européenne et le Japon précise que la violation des législations sociales ne doit pas entraîner une distorsion des échanges économiques entre les parties : « *The Parties shall not waive or otherwise derogate from those laws and regulations or fail to effectively enforce them through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties* ». ³⁵⁷ On le voit bien, l'influence des accords de libre-échange économique est frappante³⁵⁸. Sous ce prisme de lecture, la protection de l'intérêt général social apparaît secondaire. Elle peut découler de l'interprétation selon laquelle la disposition de non-abaissement permet d'éviter la baisse de l'emploi dans les pays d'origine des entreprises et l'abaissement général des niveaux de législations du travail³⁵⁹.

En général, la disposition est souvent rédigée de manière à ne pas interagir avec les droits de l'investisseur. Il est vrai que la diversité des formulations relativise cette affirmation sans toutefois la démentir complètement. Dans la pratique, les formulations varient en effet d'un traité à un autre. Si l'on considère les deux parties de la clause (la reconnaissance de l'inconvenance ou du caractère inapproprié de l'assouplissement des mesures nationales d'une part, et la conséquence qu'on en tire à travers l'interdiction ou la recommandation de ne pas assouplir), trois types de formulations peuvent être constatées. Dans la première formulation, aucune partie de la clause ne comporte un engagement affirmé de l'État : « *The Contracting Parties recognise that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic labour*

³⁵⁶ REINISCH A., « The Austrian Model BIT », in BROWN C. (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 15-51, spec. p. 30. L'article XXX (1) du GATT a une formulation similaire : « *The contracting parties recognize that. » internal laws and regulations « should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production ».*

³⁵⁷ *Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17/07/2018 (Date of entry into force: 01/02/2019)* (article 16.2.2). Voir également: *Agreement between the Government of the Kingdom of Bahrain and the Government of the United States of America on the Establishment of a Free Trade Area, 14 September 2004 (date of entry into force: 11 January 2006)* (article 5.2.1); *Australia-United States Free Trade Agreement, 18/05/2004 (Date of entry into force: 01/01/2005 »* (article 18.2.1); *Comprehensive Economic Partnership Agreement between The EFTA States and the Republic of Ecuador, 25/06/2018* (article 8.4); *Free Trade Agreement between the Eurasian Economic union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 29/05/2015 (date of entry into force: 05/10/2016)* (article 12.4.3); *Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu, 10/07/2013 (entré en vigueur le 01/12/2013)* (article 12.3); *Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea, 23/03/2015 (date of entry into force: 20/12/2015)* (article 15.2.3; 15.2.4)).

³⁵⁸ « *The Parties reaffirm, as set out in the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, adopted by the International Labour Conference at its 97th Session in 2008, that the violation of fundamental principles and rights at work shall not be invoked or otherwise used as a legitimate comparative advantage and that labour standards shall not be used for protectionist trade purposes* » (*Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of Indonesia and the EFTA States, 16/12/2018* (article 8.6.4).

³⁵⁹ ZHENG L., « Rethinking the role of labour provisions under Asian international investment regime. A possible linkage with FTAAP? », *op. cit.*, p. 136.

or environmental measures. Accordingly, a Contracting Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, expansion or retention in its territory of an investment of an investor, as long as such derogation or waiver diminish its labour and environmental standards³⁶⁰. Cette formule est la plus répandue³⁶¹. Il s'agit d'une recommandation générale dont la violation ne pourra engager la responsabilité d'un État. Si elle était exprimée en termes contraignants, la violation (*waive or otherwise derogate*) serait réalisée par le simple fait de l'abaissement des législations nationales. Ceci la différencierait d'autres formulations.

Une deuxième rédaction renforce l'engagement de l'État dans l'une des parties de la clause même si la portée juridique de celui-ci n'est pas claire. L'Accord bilatéral d'investissement entre le Japon et le Kenya fait un choix rédactionnel plus ferme dans la première partie de la clause : « *Contracting Party shall recognise the importance of encouraging investments by investors of the other Contracting Party or of a non-Contracting*

³⁶⁰ Article 10.2 du *Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates*, 12/11/2017.

³⁶¹ Voir l'échantillon d'accords suivant : *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 09/01/2013 (Date of entry into force: 12/05/2014) (article 16); *Agreement between Japan and the Hashemite Kingdom of Jordan for the Promotion and Protection of Investment*, 27/11/2018 (article 20); *Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments*, 26/01/2015 (date of entry into force: 14/04/2017) (article 27); *Agreement between Japan and the Republic of Peru for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, 21/11/2008 (date of entry into force: 10/12/2009) (article 26); *Agreement between Japan and the Republic of Uzbekistan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments*, 15/08/2008 (date of entry into force: 24/09/2009) (article 23); *Agreement between Japan and the Sultanate of Oman for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment*, 19/06/2015 (date of entry into force: 21/07/2017) (article 22); *Agreement between Japan and Ukraine for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, 05/02/2015 (date of entry into force: 26/11/2015) (article 25); *Agreement between the Government of Japan and Government of the Independent State of Papua New Guinea for the Promotion and Protection of Investment*, 17/01/2014 (date of entry into force: 17/01/2014) (article 22); *Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investment*, 28/08/2016 (date of entry into force 14/09/2017) (article 22); *Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates*, 12/11/2017 (article 10.2); *Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore*, 04/11/2016 (article 10); *Treaty between the United States of America and the government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 19/02/2008 (date of entry into force: 01/01/2012) (article 13.1); *Agreement between the Republic of Rwanda and the United Arab Emirates on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 01/11/2017 (article 9.2); *Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 04/11/2005 (Date of entry into force: 31/10/2006) (article 13.1); *Agreement between Canada and Mali for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment*, 28/11/2014 (Date of entry into force: 08/06/2016) (article 15.1); « *Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates*, 16/04/2018 (article 12.1); *Agreement between Canada and the Federal Republic of Nigeria on promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 06/05/2014 (article 15); *Agreement between the Government of Canada and the government of the Republic of Moldova for the Promotion and Protection of Investments*, 12/06/2018 (article 15); *Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements* 01/09/2014 (date d'entrée en vigueur 27/04/2015) (article 15).

Party without relaxing its health, safety or environmental measures or by lowering its labour standards»³⁶²; ou encore « *Each Contracting Party shall refrain from encouraging investment by investors of the other Contracting Party by relaxing its health, safety or environmental measures or by lowering its labour standards*»³⁶³. En revanche, l'Accord entre la Slovaquie et l'Iran fait l'inverse³⁶⁴.

Enfin un dernier choix de rédaction recourt à des termes contraignants pour les États dans les deux parties de la clause : « *The Parties shall not encourage trade or investment by relaxing or lowering the level of protection provided by their respective environmental or labour laws and regulations. To that effect, the Parties shall not waive or otherwise derogate from those laws and regulations or fail to effectively enforce them through a sustained or recurring course of action or inaction in a manner affecting trade or investment between the Parties*»³⁶⁵. Comme cette dernière formulation, d'autres dispositions comportant une affirmation encore plus forte de l'engagement de l'État se rencontrent dans certains TBI³⁶⁶. La particularité de ces dispositions réside dans le seuil élevé du constat de la violation. Ici, le simple constat de l'abaissement ne suffira pas à retenir la violation de la disposition par l'État ; il faudra prouver que la condition de l'impact du fait allégué sur l'investissement et le commerce est satisfaite.

³⁶² *Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investment, 28/08/2016 (date of entry into force 14/09/2017), op. cit. (article 22)*

³⁶³ *Agreement between the Government of Japan and Government of the Republic of the Union of Myanmar for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 17/01/2014 (date of entry into force: 17/01/2014) (article 25); Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments, 26/01/2015 (date of entry into force: 14/04/2017) (article 27).*

³⁶⁴ «*The Contracting Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing labor, public health, safety or environmental measures. They shall 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 their territories, of an investment*» (*Agreement between the Slovak Republic and the Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 19/01/2016 (Date of Entry into force 30/08/2017) (article 10.1)*). Voir également : *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 03/12/2016 (article 15.3); Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part, 27/06/2014 (Date of entry into force: 01/07/2016) (article 371.2)*. L'alinéa 3 de cet accord ajoute en supplément que «*(a) Party shall not, through a sustained or recurring course of action or inaction, fail to effectively enforce its environmental and labour law, as an encouragement for trade or investment*» *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part, 27/06/2014 (Date of entry into force: 01/07/2016) (article 235)*.

³⁶⁵ *Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17/07/2018 (Date of entry into force 01/02/2019) (article 16.2.2).*

³⁶⁶ Par exemple: «*No contracting Party shall change its domestic labour legislation to encourage, maintain or expand an investment that shall be made in its territory*» (article 15 de l' *Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Sultanate of Oman on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 16/12/2008*)

b. Le caractère interétatique conditionnant l'effectivité de la clause

Même lorsqu'elles sont rédigées de manière contraignante, l'apport des dispositions de non-abaissement est limité par le rapport interétatique dominant dans la mise en œuvre de la disposition.

D'abord, aucun mécanisme visant le contrôle de respect effectif de ces dispositions n'est prévu. La plupart des TBI sont silencieux sur ce point. Les accords qui en font cas prévoient le plus souvent une possibilité de consultation dont la procédure est très rarement précisée. L'Accord bilatéral entre le Nigéria et Singapour dispose ainsi que « *if a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultation with the other Party and the Parties shall consult with a view to avoiding the encouragement* »³⁶⁷. Il est parfois prévu, alternativement à la consultation, le recours à l'arbitrage interétatique, mais les cas sont rares. L'Accord bilatéral entre le Canada et le Nigeria prévoit cette possibilité : « *If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations*

³⁶⁷ *Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore, 04/11/2016* (article 10). Voir également *Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 04/11/2005* (date of entry into force: 31/10/2006) (article: 13.2); *Treaty between the United States of America and the government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19/02/2008* (date of entry into force: 01/01/2012) (article 13); *Agreement between the Republic of Azerbaijan and the Republic of Hungary for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 18/05/2007* (date of entry into force: 26/02/2008) (article 2.3). La consultation est couramment prévue à l'article des TBI conclus par le Canada et à l'article 6.4 des TBI conclus par l'union économique belgo-luxembourgeoise : *Agreement between Canada and the Federal Republic of Nigeria on promotion and Reciprocal Protection of Investments, 06/05/2014*; *Agreement between the Government of Canada and the government of the Republic of Moldova for the Promotion and Protection of Investments, 12/06/2018*; *Accord entre le Canada et la République de la Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements 30/11/2014* (entré en vigueur 14/12/2016) ; *Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements 08/09/2016* (entré en vigueur 24/02/2017) ; *Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements 01/09/2014* (entré en vigueur le 27/04/2015); *Agreement between Canada and Mali for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 28/11/2014* (entré en vigueur le 08/06/2016); *Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Republic of Qatar, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 06/11/2007* (Date of entry into force: 30/04/2014); *Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Republic of Botswana, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 07/06/2006*; *Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République togolaise, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 06/06/2009* ; *Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République fédérale démocratique d'Éthiopie d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements 26/10/2006* ; *Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République de Madagascar, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 29/09/2005* (entré en vigueur le 29/11/2008) ; *Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et l'Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la Serbie-et-Montenegro, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 29/09/2005* (entré en vigueur le 29/11/2008) ; *Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise, d'une part, et la République du Soudan, d'autre part, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 07/11/2005*.

with the other Party and the two Parties shall consult, or it may request the establishment of an arbitral panel pursuant to Section D (State-to-State Dispute Settlement Procedures), both with a view to avoiding the encouragement»³⁶⁸.

Non seulement ces dispositions ne détaillent pas la procédure de consultation par des représentants des États ou des experts, mais elles précisent encore moins les conséquences ou le résultat escompté de la consultation. En revanche, le caractère facultatif de la consultation ne fait aucun doute³⁶⁹, même si des accords insistent sur le caractère obligatoire de l'acceptation par l'État contractant de la demande de consultation³⁷⁰.

Ensuite, ce mécanisme de consultation interétatique évoque le contenu des accords commerciaux (notamment les accords de libre-échange) et, par là même, confirme l'idée que les dispositions conventionnelles visent d'abord la protection du cadre juridique commercial. Le fait que la disposition de non-régression poursuive un objectif différent n'est pas en soi problématique. Dès lors, cela permet la protection, même incidente, des droits sociaux. C'est l'absence d'effectivité de ces dispositions dans la pratique qui justifie la critique formulée ici. Comme il a pu être observé à propos de l'Accord de coopération en matière d'environnement conclu en marge de l'ALENA, « *Neither Parties nor commentators appear to view non-regression of environmental protections as a strict mandate. As the earlier examples show, the parties have on occasion weakened environmental protections with no consequences pursuant to the NAFTA or the NAAEC. Neither NAFTA nor the NAAEC contains a reliable means of enforcing the non-regression provisions; Party-to-Party consultations are the sole remedy* ». ³⁷¹ En raison de leur absence d'effectivité, ces obligations de non régression ont été comparées à des déclarations unilatérales d'intention³⁷². En conséquence, la faible d'effectivité

³⁶⁸ *Agreement between Canada and the Federal Republic of Nigeria on promotion and Reciprocal Protection of Investments, 06/05/2014, op. cit.*

³⁶⁹ « La Partie qui estime que l'autre Partie a offert un tel encouragement peut demander la tenue de consultations avec l'autre Partie, et les deux Parties se consultent en vue d'éviter qu'un tel encouragement ne soit donné » (article 15.1 de l'*Accord entre le Canada et la République de la Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements 30/11/2014 (entré en vigueur 14/12/2016)*).

³⁷⁰ Voir par exemple : l'article 6.4 de l'*Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union, on the one hand, and the Republic of Botswana, on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 07/06/2006*: « *The Contracting Parties recognise that cooperation between them provides enhanced opportunities. to improve labour standards. Upon request by either Contracting Party, the other Contracting party shall accept to hold expert consultations on any matter falling under the purpose of this Article* ».

³⁷¹ GARVER G., « Forgotten Promises: Neglected Environmental Provisions of the NAFTA and the NAAEC », in KONG H.L. (ed.), *NAFTA and sustainable development: history, experience, and prospects for reform*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 15-36, p. 25.

³⁷² *Ibid.*, p. 25.

de ces dispositions n'a pas permis de préciser en quoi consiste effectivement l'obligation de «non-abaissement » des standards et des différentes notions comme « renoncer », « déroger » ou encore « persistent pattern ». Tout ceci découle du caractère interétatique dominant qui fait que le gouvernement plaignant est également un futur défendeur et hésitera à définir de façon extensive l'obligation ou à interpréter de manière limitée des moyens de défense de l'autre partie³⁷³.

Ainsi, le rapport interétatique de ces dispositions de « *not lowering standards* » constitue une raison additionnelle de douter de la portée juridique des dispositions relatives aux droits sociaux. Sans pouvoir influencer le champ d'application des règles d'investissement en faveur de la protection des droits sociaux, ces dispositions pourront difficilement, au regard de leur logique commerciale sous-jacente, avoir un intérêt interprétatif en faveur de la prise en compte des droits sociaux. Il est possible de considérer que ces dispositions peuvent être pertinentes pour une interprétation du standard du traitement juste et équitable ou de la règle qui interdit l'expropriation indirecte d'une manière favorable à l'État. Cette pertinence ne nous semble plausible pour ces clauses de non-abaissement que lorsqu'elles sont rédigées de manière contraignante. Mais même pour ces dernières, la relation interétatique qui est précisément visée fait que ces dispositions sont de nature à n'attirer que de très peu l'attention de l'arbitre. Tout cela manifeste les limites rédactionnelles des références relatives aux droits sociaux et définit, en conséquence, une place effacée pour les titulaires des droits sociaux.

B. La conséquence des limites rédactionnelles sur la place du tiers

Le rapport interétatique et l'absence de références adéquates aux droits sociaux ont pour conséquence logique la place effacée du tiers, titulaire des droits sociaux. Cette place effacée de l'individu est manifeste à deux niveaux : dans la supposition des effets positifs sur le tiers de la protection de l'intérêt de l'État **(1)** et dans la négligence du traitement des effets négatifs des conséquences de l'investissement sur le tiers **(2)**.

³⁷³ *Ibid.*, p. 28.

1. La supposition des effets positifs sur le titulaire des droits

L'absence des tiers dans le droit conventionnel résulte en partie du choix fait par les États d'éviter, dans certains accords, la terminologie propre aux droits de l'Homme ou aux droits sociaux en privilégiant les notions indirectes comme la protection de la santé ou encore de développement durable³⁷⁴. Ce choix paraît problématique à certains égards.

D'abord, les références explicites aux droits de l'homme donnent une teneur spécifique à ce concept en focalisant l'attention sur les titulaires de droits. En ce sens, l'inclusion des droits sociaux dans un chapitre consacré au développement durable dans les accords de libre-échange de l'Union européenne nous paraît moins précise, et cette imprécision peut influencer la perception du caractère obligatoire des droits ainsi que leur régime. Il a été relevé à juste titre que l'abandon de la terminologie des droits de l'Homme au profit de « labour standards » rend les conséquences de leurs violations incertaines³⁷⁵.

Ensuite, il n'est pas nié que ces concepts intermédiaires contribuent à la protection des droits sociaux des populations, mais ils tendent à faire supposer que par leur simple consécration, ils produisent des effets positifs sur la situation des titulaires de droits sociaux. La tendance récente des États à défendre la liberté réglementaire de l'État contribue à définir une relation non inclusive de l'investissement dans laquelle les tiers ou populations locales sont invisibles³⁷⁶. Elle conduit à négliger la réflexion sur la question relative à la manière dont le droit international pourrait permettre de faire profiter à ces populations des bienfaits de l'investissement³⁷⁷.

³⁷⁴ Voir à propos la détermination non évidente du contenu juridique du développement durable : SACERDOTI G., « Investment Protection and Sustainable Development », in HINDELANG S. and KRAJEWSKI M. (eds.), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 19-40, spéc. p. 25-28. Sur l'aspect social du développement durable incluant la protection des droits sociaux : voir VANDUZER A., « Sustainable Development Provisions in International Trade Treaties. What Lessons for International Investment Agreements? », in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, op. cit., 2015, p. 142-176.

³⁷⁵ « The legal consequences of this normative shift render the context of labour standards « blurred » and it is not entirely clear how violations of labour standards are to be addressed » (GAMMAGE C., « Social norms in EU free trade agreements: justiciable or not? », in GAMMAGE C. and NOVITZ T. (eds.), *Sustainable Trade, Investment and Finance*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 50-82, spéc. p. 66).

³⁷⁶ PERRONE N.M., « The “Invisible» Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime », *AJIL Unbound*, vol. 113 (2019), p. 16-21.

³⁷⁷ SATTOROVA M., « The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good », in HO J. and SATTOROVA M. (eds.), *Investors' international law*, Oxford, New York, Hart, 2021, p. 45-69, spéc. p. 48.

Cette observation peut paraître surprenante au regard de la littérature existante. Les analyses qui s'intéressent à la prise en compte du développement durable ou de l'intérêt général dans le droit conventionnel des investissements semblent considérer dans une mouvance uniforme toutes les références spécifiques ou générales au développement durable. Cette attitude laisse penser que l'équilibre des intérêts tel qu'il est opéré par les tribunaux vis-à-vis du droit de réglementer³⁷⁸ ne rend plus nécessaire une précision relative à la nécessité de respecter les droits sociaux des populations dans le cadre de l'investissement. Elle prend pour acquise la volonté des États de protéger les droits sociaux. Or, il y a de bonnes raisons de craindre que cela ne corresponde pas à la réalité. En témoigne la prise de conscience des investisseurs de la différence entre les attentes de l'État et celles des populations locales, exprimée à travers le terme de « licence sociale »³⁷⁹ ; l'attestent également certaines divergences parfois importantes entre les arguments et surtout dans les intérêts des *amici curiae* et ceux de l'État dans le cadre du contentieux arbitral³⁸⁰.

Enfin, pour ces raisons, les dispositions des accords de libre-échange qui, contrairement aux TBI, imposent l'obligation de mettre en œuvre la législation sociale nationale³⁸¹ sont à saluer. Malheureusement, les dispositions conventionnelles (même dans les accords de libre-échange européens) qui traitent des problèmes relatifs aux voies de recours internes sont de plus en plus rares. Ainsi, l'obligation de mise en œuvre des législations sociales, lorsqu'elle est prévue, n'est pas toujours accompagnée de l'obligation de renforcement des voies de recours internes ouvertes aux individus³⁸².

L'ensemble de ces éléments confirment la faible place faite au tiers. Cette négligence ne paraît pas adaptée à l'évolution des problématiques contemporaines du droit international des investissements, comme l'illustre le traitement de la responsabilité sociale de l'investisseur.

³⁷⁸ LIN Y.-J., « Achieving sustainable development objectives in international investment through the lens of treaty interpretation », in GAMAGE C. and NOVITZ T. (dir.), *Sustainable trade, investment and finance: toward responsible and coherent regulatory frameworks*, *op. cit.*, p. 256-278, spéc. p. 267-269.

³⁷⁹ Voir SATTOROVA M., « The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good », *op. cit.*, p. 67-68.

³⁸⁰ Voir le chapitre 5.

³⁸¹ Voir par exemple les articles 13.4 et 13.5 de *Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea*, 06/10/2010 (date of entry into force: 01/07/2011).

³⁸² Voir l'article 25.5 du AECG. Voir pour une comparaison avec les dispositions relatives aux voies de recours en matière de propriété intellectuelle dans les accords de libre-échange européens : BRONCKERS M. and GRUNI G., « Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 24 (2021), n° 1, p. 25-51, spéc. p. 11.

2. L'absence du traitement des effets négatifs de l'investissement sur les populations

L'absence du traitement des effets négatifs de l'investissement sur les droits du tiers à l'opération d'investissement peut être illustrée à travers le traitement conventionnel de la responsabilité de l'investisseur. Les dispositions conventionnelles relatives à la responsabilité sociale des entreprises expriment, du point de vue de la valeur juridique, une souplesse qui se manifeste doublement par le choix d'un vocabulaire de simple promotion de la responsabilité sociale des entreprises et par la prédominance d'une relation interétatique.

D'une part, l'incitation à la mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises est rarement ferme. Les États parties s'invitent mutuellement à garder à l'esprit les principes de la responsabilité sociale des entreprises³⁸³ et/ou à encourager les investisseurs à les mettre en pratique. D'autre part, les dispositions ne s'adressent que rarement à l'investisseur³⁸⁴. La plupart des formulations visent des « engagements » entre États et qui sont dépourvus de caractère obligatoire³⁸⁵. Ainsi, même dans le cas où la disposition est formulée de manière à créer au mieux une obligation à réalisation progressive comme dans le cas des accords qui prescrivent que « les parties devront s'efforcer d'encourager les investisseurs » à la pratique de la responsabilité sociale des entreprises, une telle obligation repose dans le chef des États et n'incombe pas à l'investisseur. Cette pratique est symptomatique du caractère insuffisant de

³⁸³ “The Parties, being mindful of internationally recognized corporate social responsibility standards, guidelines and principles (...) shall endeavor to encourage...” (article 17 « Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates, 16/04/2018 »); ou “The Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognized standards, guidelines, and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party, which may include the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. These standards, guidelines, and principles may address areas such as labor, environment, gender equality, human rights, indigenous and aboriginal peoples’ rights, and corruption» (article 14.17 du *Australia-Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement*, 04/03/2019).

³⁸⁴ Voir l'article 10.3 de l'Accord bilatéral entre la Slovaquie et l'Iran : “Investors and investments should apply national, and internationally accepted, standards of corporate governance for the sector involved, in particular for transparency and accounting practices. Investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through appropriate levels of socially responsible practices» (*Agreement between the Slovak Republic and the Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 19/01/2016 (Date of Entry into force 30/08/2017)).

³⁸⁵ Voir par exemple les accords suivants : *Comprehensive Economic Partnership Agreement between the EFTA States and the Republic of Ecuador*, 25/06/2018 (article 8.7.3); *Australia-Peru Free Trade Agreement*, 12/02/2018 (article 8.17); *Australia-Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement*, 04/03/2019 (14.17); *Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part*, 15/10/2018 (article 17); *Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore*, 04/11/2016 (article 11); *Enhanced Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Kazakhstan, of the other part*, 21/12/2015 (article 15.4.1. c).

certaines dispositions qui introduisent des obligations des investisseurs dans les traités d'investissement. Outre leur caractère fragmentaire, ces obligations continuent de reposer sur l'idée que la responsabilité de la gestion des effets de l'investissement sur son territoire pèse uniquement sur les États³⁸⁶.

Cette conception est doublement inadaptée. Elle néglige, d'abord, la place revendiquée par les populations locales tant dans l'arbitrage d'investissement que dans la participation à la conclusion des accords d'investissement. De façon générale, l'accent est rarement mis sur les titulaires des droits sociaux. Mis à part quelques traités d'investissement conclus, notamment, entre pays en développement, les nouveaux accords d'investissement qui contiennent des obligations de l'investisseur se limitent le plus souvent aux obligations relatives à la corruption ou au blanchiment d'argent. Cela explique certains appels à revoir les accords d'investissement, y compris les nouveaux traités, « *not only to avoid detrimental impacts of investment (« doing no harm ») but also to maximise the positive contribution that investors can bring to societies (« doing good»)»*³⁸⁷.

Cette conception refuse, ensuite, de prendre en compte l'optimisation de la capacité juridique de l'investisseur, au moins en droit international des investissements. Non seulement l'investisseur est titulaire des droits qui lui sont reconnus par les accords d'investissement, mais l'exercice de ces droits ne fait pas de lui un simple bénéficiaire. Comme Julian Arato l'a bien montré, le statut du contrat en droit international des investissements conduit à faire de l'investisseur qui entre dans une relation contractuelle avec un État, un « *lawmaker* ». En d'autres termes, grâce aux contrats internationalisés à travers les règles d'investissement, « *corporations has developed the capacity to negotiate with states to create norms of international law (...) that bear a particular relationship of priority to the state party's domestic legal order*»; et « *nothing in the state's internal can excuse a breach of the internationalized contract* »³⁸⁸. On ne peut que regretter cet état du droit qui est l'expression même d'un paradoxe.

³⁸⁶ SATTOROVA M., « The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good », *op. cit.*, spéc. p. 52.

³⁸⁷ *Ibid.* p. 54.

³⁸⁸ ARATO J., « Corporations as Lawmakers », *Harvard International Law Journal*, vol. 56 (2015), n° 2, p. 229-295, spéc. p. 231.

Ainsi, il reviendra aux États d'édicter des législations sur la responsabilité sociale des entreprises, surtout dans le cas où un instrument international sur la responsabilité sociale des entreprises s'adresse d'abord aux États pour sa mise en œuvre en droit interne. Les prescriptions de ces instruments, notamment dans le cadre des références aux droits consacrés dans des conventions internationales, devront être transposées voire réécrites de sorte à être adaptées à la situation d'une personne privée non-destinataire directe du traité. Mais encore faut-il que les accords d'investissement ne limitent pas la portée de cette transposition en orientant la manière dont les États pourront effectivement faire appliquer par l'investisseur les principes de la responsabilité sociale des entreprises. Il est généralement prévu que les États devront encourager les entreprises exerçant des activités économiques sur leur territoire ou sous leur juridiction « à volontairement inclure lesdits standards, directives ou principes »³⁸⁹. Ainsi, la norme de droit interne qui mettra en application ce type de formulation n'est pas supposée changer le caractère « volontaire » de l'intégration par l'investisseur des principes et standards de responsabilité sociale dans ses activités.

Certains auteurs pensent toutefois que de telles formulations demeurent utiles dans le cadre de l'interprétation des standards comme le traitement juste et équitable³⁹⁰. Il s'agit néanmoins d'un effet d'annonce : la réalité de cet effet dépend de l'interprétation qu'en fera un tribunal arbitral. Une raison de douter de cet intérêt interprétatif réside dans une précision. La responsabilité sociale des entreprises en droit international est la conséquence d'un refus des États d'imposer des engagements contraignants aux entreprises. En d'autres termes, il revient aux entreprises de se contraindre à mettre en œuvre ces règles de responsabilité sociale. Au plan interne, la contrainte peut provenir de l'autorité étatique ; mais en droit international, prévoir que l'État exerce cette autorité sans l'assortir de moyens de contrôle conduit à l'ineffectivité des dispositions conventionnelles. Qui plus est, la formulation souple de la disposition signifie

³⁸⁹ «*The Parties (...) shall endeavour to encourage enterprises doing business in its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily include said standards, guidelines and principles*» (*Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates, 16/04/2018* (article 17)).

³⁹⁰ MONEBHURUN N., « Arbitrage international et droit international des investissements : la question des devoirs de l'investisseur », in MARTIN-CHENUT K. et QUENAUDON R. de (dir.), *La RSE saisie par le droit: perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, p. 643-658 ; BOISSON DE CHAZOURNES, « Changes in the Balance of Rights and Obligations : Towards Investor Responsibility », in EL GHADBAN T., MAZUY C.-M. et SENEGACNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers: vers une réaffirmation de l'État ? op. cit.*, p. 83-95, spéc. p. 90 ; CHOUDHURY B., « The Role of Soft Law Corporate Responsibilities in defining Investor Obligations in International Investment agreements », in HO J. and SATTOROVA M. (eds.), *Investors' international law, op. cit.*, p. 151-168, spéc. p. 164-168.

l'absence d'engagement de l'État. Dès lors, l'intérêt interprétatif d'une telle disposition est *a priori* incertain dans un contexte comme celui de l'arbitrage d'investissement.

En tout état de cause, la place actuelle des tiers titulaires de droits sociaux est la conséquence des limites de la socialisation du droit conventionnel tenant à la rédaction des références aux droits sociaux. Elle s'est effacée derrière la supposition que la protection de l'intérêt étatique entraîne automatiquement celle des droits des individus. Elle est davantage négligée à travers le refus du traitement conventionnel par les États des conséquences négatives des investissements sur les droits des tiers.

Ainsi, le rapport interétatique qui caractérise les dispositions relatives aux droits sociaux constitue une limite importante à la socialisation du droit matériel des investissements. Son effet possible sur la portée de la socialisation paraît plausible, car elle est de nature à contribuer, à travers les implications relevées (le déterminant économique des références, l'absence de mécanisme de mise en œuvre, la place résiduelle des titulaires de droits) à réduire l'intérêt interprétatif attendu des références relatives aux droits sociaux. Ce faisant, elle confirme l'idée que ces références sont des traductions encore perfectibles, en droit des investissements, de la prise en compte par les États de leurs obligations en matière de droits sociaux.

Conclusion de la section

L'analyse des dispositions relatives aux droits sociaux dans les accords internationaux d'investissement permet de mettre en exergue les principales limites à la socialisation du droit matériel des investissements. Ces limites qui sont propres aux références relatives aux droits sociaux sont de nature à réduire la portée de la socialisation en ce qu'elles ne permettent pas une effectivité des droits sociaux ou la protection des valeurs visées par ces références dans le contentieux arbitral relatif aux droits sociaux. En général, le choix de la rédaction vise à éviter toute interaction conflictuelle avec les droits de l'investisseur. La limitation expresse de la portée des engagements et leur caractère horizontal (interétatique) répondent bien à la logique selon laquelle les dispositions relatives aux droits sociaux sont conditionnées par l'exigence de compatibilité avec l'objectif de protection des investissements et, partant, avec les droits de l'investisseur. Or, ce n'est que lorsque ces dispositions permettent de rechercher la protection des droits sociaux, même lorsque cette protection interfère avec celle de l'investissement qu'il est possible de parler d'interaction réelle entre les deux.

Ainsi, même lorsque la rédaction de la disposition laisse percevoir un engagement de l'État, elle est souvent immédiatement assortie de la condition de cohérence avec les dispositions de l'accord d'investissement : « *(n)othing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to labor concerns* »³⁹¹.

Il reviendra aux tribunaux arbitraux de saisir la signification de l'importance quantitative des références relatives aux droits sociaux et, indépendamment de leur limite, de leur donner une portée juridique équivalente. Cela suppose que ceux-ci adaptent leur raisonnement à l'évolution constatée du droit international des investissements, et notamment à la socialisation de son cadre juridique matériel. Or, comme tentent de le démontrer les développements de la seconde section, cette adaptation n'a pas encore eu lieu.

SECTION 2. LES LIMITES DE LA SOCIALISATION LIEES A L'INTERPRETATION ARBITRALE

En raison de certains de leurs éléments caractéristiques, des dispositions de socialisation des accords d'investissement ont été présentées comme des traductions imparfaites des obligations des États en matière de droits sociaux. Ce constat ne contredit pas, toutefois, en pratique, l'idée que ces dispositions puissent avoir une utilité résidant dans le fait qu'elles peuvent servir à faire interpréter, de manière favorable à la protection de l'intérêt général social ou à la considération des obligations de l'État y relatives, les règles conventionnelles protectrices des droits de l'investisseur.

Dans cette perspective, le défi principal réside dans l'adaptation du raisonnement des tribunaux arbitraux à l'évolution du contenu des accords d'investissement dont les préambules et les dispositions traitent de la protection des droits sociaux ou de l'intérêt général social. À ce propos, s'il faut reconnaître que ces dispositions de *Soft Law* puissent théoriquement être prises en compte dans l'interprétation des règles d'investissement, cette affirmation doit être en

³⁹¹ *Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, 04/11/2005 (Date of entry into force: 31/10/2006) (article 17.3) (nous soulignons). Voir également: *Pacific Agreement on Closer Economic Relations Plus*, 14/06/2017 (article 19.2) ; *Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*, 15/09/1993 (date of entry into force: 15/10/1993) (article 15.1); *Australia-Peru Free Trade Agreement*, 12/02/2018 (article 8.16).

pratique relativisée. Une précision s'impose à ce niveau. La relativité de l'affirmation tient à un ensemble de facteurs incluant la pratique arbitrale actuelle des règles d'interprétation des traités. Cette pratique fait craindre une certaine frilosité vis-à-vis des dispositions non relatives à la protection de l'investissement et un manque de prévisibilité de ce point de vue. Elle conduit à adopter une réserve quant à la portée des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement.

Cet obstacle possible à une effectivité renforcée des dispositions relatives aux droits sociaux doit être pris au sérieux, car un résultat insatisfaisant de l'interprétation trouve difficilement une solution à l'état actuel du droit international. L'interprétation étant au centre de l'activité juridictionnelle, l'insatisfaction exprimée à propos d'une interprétation se situe en dehors du champ des motifs de recours contre la sentence³⁹². Cette situation laisse comme seule solution, l'appel à une bonne attitude de l'État en tant que partie au traité. La bonne attitude consisterait à préférer des formulations qui incitent et orientent les tribunaux à s'engager dans l'interprétation des dispositions relatives aux droits sociaux. Cela constituerait un point de départ pour une effectivité juridictionnelle des droits sociaux. Cette position insinue qu'une interprétation des dispositions conventionnelles qui est indifférente aux préoccupations qui font l'objet des références aux droits sociaux est moins probable en présence de certains types de références aux droits sociaux. Ainsi, l'apport de l'interprétation à l'effectivité des droits sociaux va dépendre de la prise en compte des difficultés pratiques relatives à l'interprétation des accords d'investissement (**Paragraphe 1**) à travers des choix rédactionnels adaptés dans les accords d'investissement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les difficultés pratiques de l'interprétation des accords d'investissement

L'interprétation en droit international a connu une évolution qui s'est cristallisée avec la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États (CVT). L'adoption de cette convention est venue combler un vide en se positionnant en ultime référence dans

³⁹² Il convient de distinguer la situation que l'on décrit ici (et qui se rapporte à la manière d'appliquer les règles d'interprétations) de celle de l'absence d'application des règles d'interprétation. Voir la décision discutable du Comité d'annulation CIRDI dans l'affaire *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd* qui reprochait à l'arbitre unique de n'avoir pas analysé les travaux préparatoires de la Convention CIRDI dans sa décision rendue sur la compétence : *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009*, para. 80.

l'interprétation des traités et accords internationaux³⁹³. L'affirmation du caractère coutumier des dispositions relatives à l'interprétation tant par la Cour internationale de Justice³⁹⁴ que par les tribunaux arbitraux d'investissement³⁹⁵ permet une large application, au-delà des seuls signataires de la Convention de Vienne, sauf si le traité à interpréter exclut expressément son application. Toutefois, l'évolution qu'apporte la Convention de Vienne en matière d'interprétation ne résout pas toutes les difficultés relatives à l'interprétation des traités d'investissement.

Les règles générales d'interprétation de la Convention de Vienne ne sont pas parfaites, en effet, elles laissent certaines difficultés sans réponse. Déjà, en droit international des investissements en particulier, il a été relevé l'absence d'une tradition d'interprétation à laquelle vient s'ajouter une difficulté intrinsèque au texte à interpréter : la rédaction très insatisfaisante du traité d'investissement³⁹⁶. Ainsi persistent dans ce domaine du droit international les apories

³⁹³ La situation antérieure était caractérisée par une incertitude qui n'est pas certes pas totalement érudée aujourd'hui, mais qui résultait de l'absence de règles communes d'interprétation entraînant une divergence des résultats d'interprétation. En effet, « (n) *either customary nor conventional rules of International Law exist concerning interpretation of treaties* » (OPPENHEIM L. and LAUTERPACHT H., *International law: a treatise*, London, Longmans, Green & Co., vol. 1, 1955, p. 559-560). Or, « (d) e tout temps, il a fallu interpréter les traités. Et ceux qui sont appelés à interpréter un traité appliquent une série de maximes, adages ou canons puisés à des sources variées, et quelques règles de droit internes qui concernent l'interprétation de la loi ou du contrat ». L'interprétation des traités constituait alors un enjeu de cohérence et d'unité pour le droit international pour lequel une réponse immédiate était attendue. Le travail de codification dans le cadre du CDI répondant à cette préoccupation urgente a été précédé et favorisé par un projet de l'université de Harvard de 1935 et la Résolution du 19 avril 1956 de l'Institut du droit international de 1956 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, p. 364-365). Les règles d'interprétation de la Convention de Vienne ne sont pas pour autant une création *ex-nihilo*. Elles constituent une synthèse d'une pratique variée d'interprétation des traités d'où la reconnaissance de leur caractère coutumier par les cours et tribunaux arbitraux. L'apport de la commission a essentiellement consisté à dépasser les divergences de points de vue sur les moyens (parfois non juridiques) d'interprétation pour dégager des principes généraux d'interprétation : « *Notions such as 'ordinary', 'meaning', 'context', 'intention', 'special meaning', preparatory work' and 'surrounding circumstances'. These maxims were then picked up, tested and applied by the relevant arbitral tribunals leading to an ever-increasing corpus of international jurisprudence on the subject of treaty interpretation. This process culminated in the general acknowledgment of certain customary principles of interpretation, and their eventual reflection in Articles 31-33 of the VCLT* » (MERKOURIS P., « Introduction : Interpretation is science, Is an Art, Is a Science », in FITZMAURICE M., ELIAS O. and MERKOURIS P. (eds.), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 1-14, spéc. p. 5). Ainsi, la Commission a jugé qu'il valait mieux « ne pas essayer de codifier les conditions d'applications des principes d'interprétation dont l'applicabilité dépend, dans chaque cas donné, du contexte particulier et de l'évaluation subjective de circonstances qui varient. Par conséquent, la Commission s'est contentée de chercher à dégager et à codifier le nombre relativement restreint des principes strictement juridiques qui paraissent constituer les règles générales régissant l'interprétation des traités » (CDI, commentaire de l'article 27 du projet de convention sur le droit des traités. *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1966), p. 238).

³⁹⁴ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif ; C.I.J., 9 juillet 2004, Rec. 2004, p. 136, para. 94.*

³⁹⁵ Il est souvent remarqué que les tribunaux assument cette affirmation sans la démontrer et ne questionnent pas l'applicabilité de ces règles aux traités d'investissement (GAZZINI T., *Interpretation of International Investment Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 4).

³⁹⁶ « *La relative paucity of a well-established interpretation tradition arises not only from the recent full acceptance of the Vienna Rules in the practice of general international law and the widespread prevalence of*

de l'absence d'une tradition en matière d'interprétation, en particulier le recours hybride à des méthodes d'interprétation empruntées tout à la fois à l'arbitrage commercial international et au droit international³⁹⁷.

Particulièrement, l'application des règles d'interprétation de la CVT par les tribunaux arbitraux d'investissement n'apporte pas l'harmonie souhaitée. Cela s'explique par le constat (qui ne concerne pas seulement les tribunaux d'investissement) que les tribunaux arbitraux procèdent à une application sélective ou fragmentaire des différents éléments d'interprétation des articles 31 et 32 de la CVT plutôt que de les regarder comme un tout ou de les considérer comme un processus unique d'une seule règle d'interprétation³⁹⁸, ce qui impliquerait d'appliquer le processus systématiquement et entièrement³⁹⁹. Comme le commente la CDI, « (e) n mettant le titre de l'article (Règle générale d'interprétation) au singulier, et en soulignant la relation, d'une part, entre les paragraphes 1 et 2 et, d'autre part, entre le paragraphe 3 et les deux paragraphes qui le précèdent, la Commission a voulu indiquer que l'application des moyens d'interprétation prévus dans l'article constituait une seule opération complexe. Tous les différents éléments, tels qu'ils se trouvent présents dans une situation donnée, seraient jetés dans le creuset et la résultante de leur interaction constituerait l'interprétation juridiquement pertinente »⁴⁰⁰. Ainsi, l'ensemble des éléments (« *ordinary meaning, special meaning, international law, subsequent agreement and practice, and travaux* ») « *reflects the*

commercial arbitration styles, but also from the absence of proper tradition of interpretation for investment treaties (WÄLDE T.W., « Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples », in BINDER B., KRIEBAUM U., REINISCH A., and WITTICH S. (eds), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 724-781, spéc. p. 728).

³⁹⁷ Selon cet auteur, il y a seulement une « *long tradition reaching back at least into the 19th century of concession disputes, arbitrated either on the basis of a compromise between concessionaire (i.e. investor) and State or between home and host state, in addition to the rich experience of over two centuries of international claims commissions. But there is relatively little experience with bilateral investment treaties until the late 1990s. Originally, these treaties did not provide for direct investor-State arbitration. They were largely 'political' treaties between developed and developing countries which led very rarely to inter-State arbitrations. As, in practice, they largely proved to be 'political' rather than legal treaties, they provided little impetus for the development of a distinct tradition of interpretation for investment treaties. It is only with the paradigm change- from the practically difficult principles of home State sponsorship and diplomatic protection to the investor's right to sue the host State before an international tribunal aligned with the principles contained in advanced human rights treaties (ECHR and ACHR)- that the interpretation of investment treaties as a distinct challenge can be properly identified.* » (*Ibid.* p. 728-829).

³⁹⁸ Voir pour une analyse empirique et aussi critique : TRINH H. Y., *The interpretation of investment treaties*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014. (Chapter 2: The Neglect and Misapplication of International Rules on Treaty Interpretation in Investment Treaty Arbitrations, p. 32-100, notamment p. 39, 75-98).

³⁹⁹ « *While at least lip-service to the Vienna Rules is now de rigueur, it is rare to find a systematic application of Articles 31-33 of the Vienna Convention* » (WÄLDE T.W., « Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples », *op. cit.*, p. 729). On se plaint d'ailleurs que les tribunaux ne font pas ce qu'ils prêchent, car bien que les références aux règles d'interprétation de la CVT soient automatiques, celles-ci ne signifient pas que « *the Rules are taken and applied seriously* » (*Ibid.*, p. 730).

⁴⁰⁰ *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1966), p. 239.

'integrated' nature of the Vienna Rules where each sub-category is not a self-sufficient and autonomous step in the interpretative sequence »⁴⁰¹. Cet état de fait ne milite pas en faveur de l'identification d'une ligne claire d'interprétation des traités d'investissement.

Cette situation générale affecte logiquement la prise en compte, à travers l'interprétation, des dispositions relatives aux droits sociaux présentes dans les accords d'investissement (A). Elle conduit également à émettre des réserves sur la possibilité que l'interprétation serve de canal de prise en compte satisfaisante des normes externes relatives aux droits sociaux dans le traitement contentieux des différends relatifs à l'investissement (B).

A. L'incertitude de l'impact interprétatif des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement

Le choix a été fait, à ce niveau, de questionner l'impact de la présence des références relatives aux droits sociaux sur l'objet et le but du traité. Au regard de l'importance grandissante de ces références, les droits sociaux peuvent-ils être considérés comme ayant intégré l'objet et le but du traité d'investissement ? La réponse est relative. D'un côté, il est possible de soutenir que la localisation des références aux droits sociaux dans le préambule permet en principe de prendre en compte celles-ci dans l'interprétation des dispositions du traité d'investissement⁴⁰². De l'autre, l'influence de cette localisation va dépendre de la position des tribunaux arbitraux. Or, celle-ci n'est pas toujours favorable à reconnaître aux accords d'investissement d'autres finalités que la protection des investissements. Cette attitude conduit à répondre par l'affirmative à la question posée, seulement à partir d'une approche casuistique des formulations des accords d'investissement (1). Elle impose toutefois une réserve dictée par la pratique arbitrale relativement à l'interprétation de l'objet et au but du traité (2).

⁴⁰¹ WÄLDE T.W., « Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples », *op. cit.*, p. 730; PELLET A., « Canons of Interpretation under the Vienna Convention », in KLINGLER J., PARKHOMENKO Y. and SALONIDIS C. (eds.), *Between the lines of the Vienna Convention? canons and other principles of interpretation in public international law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B. V, 2019, p. 1-12, spéc. p. 5.

⁴⁰² Voir l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États : « Règle générale d'interprétation. 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus (...) » (« Convention de Vienne sur le droit des traités entre États, 23 mai 1969 », *Recueil des Traités*, Nations Unies, 2005, vol. I155, p. 331).

1. L'impact interprétatif possible des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement

L'objet et le but du traité sont souvent considérés comme désignant une seule et même chose : la ou les raisons d'être du traité. Cette raison d'être est également souvent envisagée comme postérieure à la conclusion du traité. On la distingue ainsi de la cause du traité qui renvoie aux circonstances ayant conduit à la conclusion du traité⁴⁰³.

Les tribunaux arbitraux d'investissement recherchent l'objet et le but du traité à l'occasion d'une interprétation des dispositions conventionnelles. Les parties ou même l'État non-partie au traité interprètent également l'objet et le but du traité pour soutenir leur propre interprétation d'une disposition. Une analyse empirique des sentences arbitrales rendues jusqu'au 31 décembre 2012 affirme que 35% des décisions et sentences (81 sur 229) se réfèrent à l'objet et au but du traité⁴⁰⁴. La détermination de l'objet et du but du traité constitue donc un enjeu important pour les parties comme pour le tribunal.

Le point de départ de l'identification de l'objet et du but du traité est souvent le préambule⁴⁰⁵. Sa rédaction est donc cruciale, car elle est déterminante pour considérer, dans le cadre des accords d'investissement, l'existence d'un objet et d'un but différent. En l'occurrence, il s'agira de se demander si l'introduction des références aux droits sociaux rend possible l'affirmation d'un second objet constitué par la protection des droits sociaux ou, globalement, la promotion du développement durable dans certains accords d'investissement **(a)**. En outre, au regard de l'introduction tardive des références relatives aux droits sociaux, il est également possible de questionner l'évolution de l'objet et du but des traités d'investissement **(b)**; le contexte général d'émergence du traité servant parfois d'argument au tribunal pour considérer l'objet et le but du traité d'investissement dans le sens de la protection de l'investissement⁴⁰⁶.

⁴⁰³ LINDERFALK U., *On the interpretation of treaties: the modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, p. 206-207.

⁴⁰⁴ TRINH H. Y., *The interpretation of investment treaties*, op. cit., p. 64.

⁴⁰⁵ Voir GARDINER R.K., *Treaty interpretation*, Second edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 217.

⁴⁰⁶ Voir *Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq*, ICSID Case No. ARB/17/10, Award, 3 April 2020, para. 161-166; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, para. 81; *Telefónica S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 May 2006, para. 77, *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021, para. 748.

a. La diversification de l'objet et du but du traité

La question de l'opportunité de diversification de l'objet et du but du traité a déjà trouvé une réponse dans les raisons qui conduisent les États à inclure des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement. Il est dès lors plus pertinent de se demander qu'elle est l'apport possible de cette diversification. La réponse réside dans l'importance de l'objet et du but du traité. Celui-ci ne sert pas seulement à définir l'intention des parties, mais il sert aussi à préciser le champ matériel du traité (ce qui relève ou non du traité)⁴⁰⁷. Au regard de cette fonction, l'objet et le but du traité identifié dans le préambule permet d'inclure la protection des droits sociaux comme un objet et un but de l'accord d'investissement. Il en est de même pour les dispositions relatives aux droits sociaux dans le corps des traités, car l'objet et le but des dispositions expriment et complètent celui du traité dans son ensemble⁴⁰⁸.

L'idée d'une pluralité d'objets et/ou de buts du traité n'est pas contestée⁴⁰⁹. Elle peut être visible à la lecture de certains TBI. Un exemple est le préambule du TBI entre la Nouvelle-Zélande et la Corée du Sud. Son préambule précise clairement que : « *(t)he objectives of this Chapter are to encourage and promote the flow of investment between the Parties on a mutually advantageous basis, under conditions of transparency within a stable framework of rules to ensure the protection and security of investments by investors of the other Party within each Party's territory, while recognition the right of the Parties to regulate and the responsibility of governments to protect public health, safety and the environment* ». Dans ce passage, la définition de l'objet et du but du traité n'est pas seulement l'encouragement ou la promotion des investissements, mais leur encouragement et promotion dans le respect du droit de réglementer et de la protection de la santé et de l'environnement. Ainsi, dans la pratique, est-on en droit d'espérer, en présence de pareils passages, que « *(t)ribunals which face ambiguity in interpreting particular treaty provisions, or inconsistent authority argued by the parties, may look to these preambular statements and prefer interpretations that advance the fair and predictable treatment of foreign investments, while being careful not to displace state's ability to regulate in the public interest* »⁴¹⁰. Cela revient à dire que le sens possible découlant

⁴⁰⁷ ORAKHELASHVILI A., *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 344.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 353.

⁴⁰⁹ SINCLAIR I.M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 130.

⁴¹⁰ SARDINHA E., « The Right to Regulate: Towards a New Regulatory Paradigm under Recent FTA Investment Chapters? », in AKBABA M. and CAPURRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration*, New York, Routledge, 2019, p. 72-106, spéc. p. 80-81; *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Non-Disputing Party Submission of Canada, 27 February 2020, para. 24.

l'interprétation d'une disposition devrait être retenue tant qu'il s'inscrit dans le sens des objets et buts identifiés du traité. En outre, le sens issu de l'interprétation d'une disposition de protection des investissements ne devrait pas être retenu si cette interprétation conduit à rendre inutiles d'autres dispositions (même non contraignantes) du traité⁴¹¹.

Il n'est donc pas exclu que, grâce aux références relatives aux droits sociaux, la protection de l'intérêt général social constitue un objet et un but de l'accord d'investissement. La même affirmation peut être tenue relativement à l'impact de la socialisation sur l'évolution de l'objet et du but du traité.

b. L'évolution de l'objet et du but du traité

A défaut de dispositions expresses relatives aux droits sociaux, il est possible d'appréhender l'évolution de l'objet et du but du traité à travers l'interprétation dynamique du préambule du traité⁴¹². Deux possibilités sont perçues. La première semble reposer sur une approche générale de l'importance numérique et qualitative des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement. Elle considère que l'absence de dispositions expresses dans un traité particulier, appartenant notamment à la première génération des accords d'investissement, peut être suppléée, dans le cadre de l'interprétation de ses dispositions, par l'objectif de développement durable qui serait le point commun des accords d'investissement contemporains⁴¹³. La seconde s'appuie sur l'interprétation évolutive de certains termes du traité. À titre d'illustration, on a pu affirmer que le but des accords d'investissement est le développement durable. Car, « *despite the lack of any express reference to sustainable development in most investment treaties, it is (here) argued that, based on an evolutionary interpretation of their preambles, the long-term purpose of most (3000 plus) investment treaties is in fact sustainable development* »⁴¹⁴. Cette position suppose que les

⁴¹¹ LINDERFALK U., *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 220-221.

⁴¹² *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (1964), p. 208.

⁴¹³ LIN Y.-J., « Achieving sustainable development objectives in international investment through the lens of treaty interpretation », *op. cit.*, p. 265, 277.

⁴¹⁴ ORTINO F., « The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model? », *International Law FORUM du droit international*, vol. 7 (2005), n° 4, p. 243-250, spéc. p. 14. Voir également SACERDOTI G., « Investment Protection and Sustainable Development », *op. cit.* : « *Irrespective of text' changes, protection provisions in existing BIT scan and should be interpreted in the light of sustainable development objectives shared by the signatories (...) An evolutionary interpretation of old treaties in the light of the current context is an accepted approach to treaty interpretation, followed both by the ICJ and the WTO Appellate Body* » (p. 39); BERNER K., « Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-turn », in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, *op. cit.*, p. 175-203, spéc. p. 186.

termes de « prospérité », de « bénéfice » et surtout de « développement » doivent être interprétés à la lumière de leur contenu actuel. De fait, le développement n'est plus entendu exclusivement dans son sens économique.

Ainsi, l'objet et le but du traité peuvent évoluer et cette dynamique doit être considérée par l'interprète. Toutefois, ce n'est pas tant la possibilité juridique ou la méthode qui sont problématiques, mais plutôt la pratique que donnent à voir les tribunaux arbitraux.

2. La réserve dictée par la pratique arbitrale relative à l'objet et au but du traité

La pratique arbitrale peut frustrer des attentes légitimes vis-à-vis de l'interprétation des accords d'investissement aux deux niveaux évoqués. D'abord, même en cas de présence dans le préambule de références explicites relatives aux droits sociaux, l'identification de l'objet et du but du traité par les tribunaux ne suit pas une méthodologie claire⁴¹⁵. Les tribunaux balancent entre une interprétation fixée sur certains termes du préambule (comme « *creation of favourable conditions for greater economic co-operation* »)⁴¹⁶ ou sur l'ensemble du traité⁴¹⁷. Dans la plupart des cas, ils finissent en général par conclure que l'objet et le but du traité sont la protection de l'investissement⁴¹⁸.

Même dans le cas où l'identification s'appuie sur l'ensemble des dispositions du traité, y compris le préambule, la rédaction soignée de ce dernier pourrait s'avérer insuffisante pour convaincre d'une évolution de l'objet et du but du traité. En effet, s'il est bien noté que l'objet et le but servent « *as a test of the conformity with state intent of ordinary meanings found in a treaty term* »⁴¹⁹, il faut remarquer également que les tribunaux s'accrochent souvent à une interprétation littérale des dispositions des accords d'investissement qui, pendant longtemps, ne faisaient pas référence aux droits sociaux. L'interprétation du préambule vient souvent, en

⁴¹⁵ TRINH H. Y., *The interpretation of investment treaties*, op. cit., p. 62-63.

⁴¹⁶ *Philippe Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, 27 November 2000, para. 13. 7.

⁴¹⁷ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003, para. 165.

⁴¹⁸ *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, para. 81; *Continental Casualty Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, 22 February 2006, para. 80; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007, para. 181.

⁴¹⁹ TRINH H. Y., *The interpretation of investment treaties*, op. cit., p. 64; ORAKHELASHVILI A., *The interpretation of acts and rules in public international law*, op. cit., p. 343.

pratique, en confirmation d'une interprétation pro-investisseur de l'objet et du but du traité implicitement identifié dans une disposition en particulier⁴²⁰.

Ensuite, cet attachement au texte constitue une autre raison supplémentaire de douter de l'apport de l'interprétation évolutive, car en raison de l'attachement au texte du traité, les tribunaux arbitraux peuvent hésiter à recourir à l'interprétation évolutive des termes du préambule⁴²¹. Cette affirmation s'appuie également sur les divergences des tribunaux sur l'utilité et la portée des dispositions du préambule lorsqu'il s'agit de prendre en compte des considérations non économiques⁴²². En outre, les réflexions sur l'évolution de l'objet et le but du traité semblent se reposer sur une distinction entre l'objet et le but du traité⁴²³. Elles semblent considérer que l'objet de l'accord d'investissement peut être distingué de son but. Dès lors, si la protection des investissements est l'objet de l'accord d'investissement, le but du traité serait alors le développement ou le bien-être des populations. Suivant une interprétation évolutive de

⁴²⁰ Voir *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007*, para. 259-260; *ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, 9 January 2003*, para. 147; WAIBEL M., « International Investment Law and Treaty Interpretation », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration?* Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 29-52, spéc. pp. 46-47, 51-52.

⁴²¹ Voir *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V. 079/2005, Award on Jurisdiction, 1 October 200*, para. 121.

⁴²² On peut citer ici les décisions sur la place du développement dans la définition de l'investissement dans la convention CIRDI telle que l'attendait le tribunal constitué dans l'affaire *Salini (Quiborax v. Bolivia, ICSID Case No ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012*, para. 220; *Saba Fakes v. Republic of Turk. ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010*, para. 110; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID No. ARB/98/2, Award, 8 May 2008*, para. 232; *LESI S.p.A et Astaldi S.p.A. c. Le peuple de la République démocratique d'Algérie, Affaire CIRDI n°ARB/05/3/, Décision sur la compétence, 12 juillet 2006*, para.72 ; *Electrabel S.A. v. Hungary, ICSID Case No. 07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012*, para. 5.43; *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, 17 October 2013*, para. 171 (la contribution au développement est une conséquence d'un investissement qui a réussi). Voir sur un tout autre sujet les divergences d'interprétation du préambule du TBI Argentine- États-Unis qui affirme que « *fair and equitable treatment is desirable in order to maintain a stable framework for the investment and maximum effective use of economic resources* ». En interprétant cette affirmation dans le contexte de l'article II du TBI (Art. II (2) (a) « *Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law* »), le tribunal CMS Gas a compris que cela impliquait des engagements spécifiques préalables donnés à l'investisseur et n'a donc pas retenu la responsabilité de l'État pour violation du cadre juridique des affaires (*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. 01/8, 12 May 2005*, paras. 274 ss. Au contraire, le tribunal Enron a retenu une lecture différente, se focalisant seulement sur la stabilité du cadre juridique de l'investissement: « *The Tribunal gives weight to the text to the Treaty's Preamble, which links the standard to the goal of legal stability: "fair and equitable treatment is desirable in order to maintain a stable framework for the investment and maximum effective use of economic resources". Thus, the Tribunal concludes that a key element of fair and equitable treatment is the requirement of a "stable framework for the investment", which has been prescribed by a number of decisions. Indeed, this interpretation has been considered "an emerging standard of fair and equitable treatment in international law"* (*Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, 22 May 2007*, para. 259-260). Sur cette base, le tribunal retient la responsabilité de l'Argentine.

⁴²³ AAKEN A.V. and LEHMANN T.A., « Sustainable development and international investment law », in ECHANDI R. and SAUVE P. (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 317-339.

terme « développement », le but de l'accord d'investissement peut être le développement durable. Cette distinction n'est cependant pas courante dans la pratique des tribunaux. Dans la plupart des accords en question, les États entretiennent une confusion entre l'objet et le but du traité d'investissement laissant supposer dans les préambules que l'objet et le but sont une seule et même chose : la promotion et la protection des investissements⁴²⁴. De leur côté, dans l'interprétation suivant la règle générale de l'article 31, les tribunaux d'investissement ne distinguent que rarement entre l'objet et le but du traité⁴²⁵.

Pour envisager la question globalement (au-delà du préambule et de l'attitude discutable des tribunaux), s'il n'est pas exclu de considérer que les dispositions « *Soft Law* » relatives aux droits sociaux intègrent l'objet et le but du traité, il convient toutefois de ne pas supposer la portée de leur effet qui dépend également de l'attitude des tribunaux. Sans cautionner ni excuser certaines interprétations faites par les tribunaux, il convient de relever que le droit international même limite la prise en compte de l'objet et du but du traité en priorisant une façon de rechercher l'intention des parties.

A priori, la recherche de l'intention des parties ne s'oppose pas à une interprétation dynamique du traité⁴²⁶. Cette intention est en général favorable à une interprétation évolutive du traité⁴²⁷. En outre, la critique de l'interprétation littérale soutient une interprétation des

⁴²⁴ CALAMITA N.J., « International human rights and the interpretation of international investment treaties: constitutional considerations », in BAETENS F. (ed.), *Investment Law within International Law*, *op. cit.*, p. 164-184, spec. p. 177. Pour la distinction voir GARDINER R.K., *Treaty interpretation*, *op. cit.*, p. 212 ; il adopte la distinction en droit français. Toute distinction conduirait, selon un auteur, à une tautologie et ne serait pas conforme au sens donné à l'objet et au but du traité par la Convention de Vienne (LINDERFALK U., *On the interpretation of treaties*, *op. cit.*, p. 207-211).

⁴²⁵ Traitant de l'objet et du but du traité, un tribunal arbitral soutenait ceci : « *it is inserted in a wider context, the economic development for both signatory countries. Economic development is an objective which must benefit all, primarily national citizens and national companies, and secondarily foreign investors. Thus, the object and purpose of the Treaty is not to protect foreign investments per se, but as an aid to the development of the domestic economy. and local development requires that the preferential treatment of foreigners be balanced against the legitimate right of Ukraine to pass legislation and adopt measures for the protection of what as a sovereign it perceives to be its public interest* » (*Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, *Decision on Jurisdiction and Liability*, 14 January 2010, para 273). Si l'idée d'équilibrer les deux types d'intérêts est déduite du but du traité qu'on pourrait rapprocher facilement du développement durable, force est de remarquer que le tribunal ne marque aucune distinction entre l'objet du traité et son but.

⁴²⁶ Voir généralement sur l'interprétation évolutive : BJØRGE E., *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁴²⁷ GAZZINI T., *Interpretation of international investment treaties*, *op. cit.*, p. 108-109. En général, cette intention est supposée favorable à une interprétation évolutive.

accords internationaux qui recherche l'intention réelle des auteurs du texte pendant la durée de validité du traité⁴²⁸.

Toutefois, le problème réside dans le fait que la démarche interprétative en droit international telle qu'elle résulte de la convention de Vienne sur le droit des traités entre États⁴²⁹ et l'attention des tribunaux sur le caractère unique de chaque accord d'investissement conduisent ces derniers à prioriser une interprétation littérale du texte qui fait du texte la source dans laquelle l'intention des parties, l'objet et le but du traité doivent être recherchés. Comme le relève un auteur critique, « l'idée qui prévaut en droit international est que l'intention des parties est exprimée dans le texte même du traité et qu'il est par conséquent superflu de chercher à identifier cette intention d'une façon autonome »⁴³⁰.

⁴²⁸ Les accords internationaux sont définis comme « *a continuing process of communication and collaboration* » et son interprétation exige d'explorer « *what expectations about future commitment the parties created in each other and the degree to which these expectations were shared* » (MCDUGAL M.S., LASSWELL H.D. and MILLER J.C., *The interpretation of international agreements and world public order: principles of content and procedure*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. xxxi. Partant de là, ils formulent la critique l'état de droit et la pratique internationale: « *The delusion still lingers that the most appropriate subject-matter of interpretation is the bare verbal text of an agreement, not that of the process of communication between the parties, including their purposes, in its largest community context* » (p. xxxix).

⁴²⁹ Le caractère coutumier des règles d'interprétation de la Convention de Vienne étant largement affirmée, celles-ci sont considérées comme s'imposant aux arbitres. Ainsi, « ((i) n investment disputes, the customary nature of the rules of interpretation has one noteworthy consequence for arbitrators given that « *an international judicial organ... is deemed to take judicial notice of international law* ». Therefore, the rules of customary international law are not optional for tribunals, but are in fact binding and relevant to investment disputes inasmuch as the dispute raises an issue of interpretation » (BOISSON DE CHAZOURNES D., « Rules of Interpretation and Investment Arbitration - CEMEX v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15 », in KINNEAR M. and FISCHER R.G. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, op. cit., p. 13-25, spéc. p.16).

⁴³⁰ ZARBIYEV F., *Le discours interprétatif en droit international contemporain: un essai critique*, Bruxelles, Bruylant, coll.« Droits, territoires, cultures », n° 12, 2015, p. 57. Voir également Aust pour qui, « *(i) t is important to give a term its ordinary meaning since it is reasonable to assume, at least until the contrary is established, that the ordinary meaning is most likely to reflect what the parties intended* » (AUST A., *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 188).

Bien qu'il soit admis théoriquement que les éléments de l'article 31 de la Convention de Vienne⁴³¹ n'ont pas un ordre d'importance⁴³², en pratique, le sens ordinaire des mots prend le dessus sur les autres éléments qui ne viennent que pour confirmer ou suppléer le défaut d'un sens clair émergeant à l'analyse du sens ordinaire. Le caractère secondaire de l'objet et du but du texte ou le fait que cet élément se subsume dans le sens ordinaire des mots a été particulièrement remarqué. On a ainsi observé que « *the determination of the ordinary meaning cannot be done in the abstract, only in the context of the treaty and in the light of its object and purpose. The latter concept (...) can be elusive. Fortunately, the role it plays in interpreting treaties is less than the search for the ordinary meaning of the words in their context, and, in practice, having regard to the object and purpose is more for the purpose of confirming an interpretation. If an interpretation is incompatible with the object and purpose, it may well be wrong. Thus, although paragraph 1 contains both textual (or literal) and the effectiveness (or teleological) approaches, it gives precedence to the textual* »⁴³³.

En suivant cette hiérarchisation qui ne dit pas son nom, certains tribunaux vont loin dans la distinction au point de formuler le rejet de l'objet et du but du traité dans l'interprétation. Par exemple, le tribunal arbitral dans l'affaire *RSM Production Corporation* a fait une interprétation un peu biaisée de l'article 31: « *(The final) teleological method, sometimes called the «purposive approach,» aims to interpret the treaty so as best to fulfil its overall object and purpose. It finds some support in Articles 31(1) and 33(4) of the Vienna Convention, although in each of these provisions it serves as a 'last-resort' method of interpretation: it is either to be used to confirm the textual interpretation or used only when both the textual and subjective methods of interpretation fail, as in Article 33(4). The wording of Articles 31(1) and 33(4) show*

⁴³¹ « Article 31. Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;

b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

⁴³² BOISSON DE CHAZOURNES D., « Rules of Interpretation and Investment Arbitration - CEMEX v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15 », *op. cit.*, p. 16.

⁴³³ AUST A., *Modern treaty law and practice*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2000, p. 188.

that the object and purpose of the treaty can only be used as a guide to the interpretation of, not as a replacement for, the text itself. The interpreter is to examine the text of the treaty « in the light of» or « having regard to» its object and purpose (rather than, for example, « in accordance with» its object and purpose). In fact, when the International Law Commission drafted the 1969 Vienna Convention it specifically linked the object and purpose to the textual context (rather than placing it in a separate article), precisely to avoid the excesses of the teleological method »⁴³⁴.

Cette manière d'interpréter ne prend pas en compte le fait que, même s'il donne priorité au texte, l'article 31 demeure un compromis entre plusieurs méthodes d'interprétation⁴³⁵. En conséquence, l'interprétation téléologique peut être considérée comme étant également prise en compte par l'article 31. Cet article dit qu'« *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Même si l'on en déduit l'attribution d'une fonction confirmative à l'objet et au but du traité, il s'impose de reconnaître que l'objet et le but occupent la même place que le contexte ou, à défaut, qu'ils reviennent en première place par le biais du préambule, dans la précision du contexte : « *Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes (...)* »⁴³⁶. Or, il serait très artificiel de considérer, surtout concernant les accords d'investissement dont les termes sont souvent vagues, que le sens de certains termes peut être compris en dehors de leur contexte. En d'autres termes, le contraire postulerait que le sens du texte pourrait être différent et demeuré toujours valable suivant que le contexte est pris en compte ou non. Une telle démarche reposerait alors « sur l'idée que le sens que révèle le premier contact avec le texte n'est aucunement affecté par une quelconque considération du but. Or, il n'en est rien, aucune interprétation n'étant autonome par rapport à une certaine idée que l'interprète se fait du but poursuivi par l'objet de l'interprétation »⁴³⁷.

⁴³⁴ *RSM Production Corporation v. Grenade, CIRDI Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009, para. 383, 388).*

⁴³⁵ SOREL J.-M. and BORÉ-EVENO V., « Article 31 », in CORTEN O. and KLEIN P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. 1, p. 805-837, spéc. p. 835, 836.

⁴³⁶ Voir SCHREUER C., « International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration? Comments », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration? op. cit.*, p. 71-74, spéc. p. 73.

⁴³⁷ ZARBIYEV F., *Le discours interprétatif en droit international contemporain : un essai critique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droits, territoires, cultures », n° 12, 2015, p. 63. L'auteur cite à l'appui l'opinion dissidente du juge Anzilotti dans l'affaire relative à l'Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes. Celui-ci soutenait qu'il est difficile d'affirmer qu'un « article d'une convention est clair avant d'avoir déterminé l'objet ou le but de la convention, car c'est seulement dans cette convention et par rapport à cette convention que l'article assume sa véritable signification. Ce n'est que lorsqu'on connaît ce que les parties contractantes se sont proposées de faire, le but qu'elles ont voulu atteindre, que l'on peut constater, soit que le sens

Il est possible alors d'en déduire, dans le contexte du droit des investissements que la faveur à l'interprétation du sens ordinaire des mots dissimule en réalité une prise en compte (non affirmée) d'une certaine conception de l'objet et du but du traité, la protection des investissements. Dans cette configuration, la prise en compte des dispositions relatives aux droits sociaux dans l'interprétation des accords d'investissement supposera un changement de paradigme interprétatif. De ce point de vue, l'importance des références claires et précises relatives aux droits sociaux est essentielle pour entraîner un basculement en faveur d'un paradigme interprétatif qui rendra justice à la présence de ces références dans le traité d'investissement.

Ainsi, la prise en compte des dispositions relatives aux droits sociaux à travers l'interprétation met en présence une situation complexe dans laquelle le résultat va dépendre de plusieurs facteurs. Ceux-ci sont représentés non seulement par la qualité de rédaction des dispositions et des arguments avancés en lien avec ces dispositions, mais également par les règles d'interprétation et la pratique arbitrale relatives à l'interprétation des accords d'investissement. C'est également en termes de complexité que se pose la question de l'impact interprétatif des règles internationales de protection des droits sociaux qui externes aux accords d'investissement.

B. L'impact interprétatif des règles internationales de protection des droits sociaux externes aux accords d'investissement

L'idée qu'il est possible d'interpréter et d'appliquer les règles de protection des investissements en tenant compte des droits sociaux n'est pas niée par les développements qui suivent. Ceux-ci visent seulement à montrer que la mise en œuvre de cette idée, en pratique, est entourée d'incertitudes. Si la voie est théoriquement ouverte pour la prise en compte des droits sociaux, il ne demeure pas moins qu'elle renferme des difficultés d'ordre juridique (1) et d'ordre pratique (2) qui tendent à réduire l'utilité de l'interprétation de l'article 31. 3. (c).

naturel des termes employés dans tel ou tel article cadre avec la véritable intention des Parties, soit que le sens naturel des termes employés reste en deçà ou va au-delà de ladite intention... La première question qui se pose est donc celle de savoir quels sont l'objet et le but de la Convention dans laquelle trouve place l'article qu'il s'agit d'interpréter » (CPJI, série A/B, n°50, p.383).

1. *Les difficultés d'ordre juridique relatives aux caractéristiques des droits sociaux*

Les difficultés d'ordre juridique sont propres aux droits sociaux en ce sens qu'elles paraissent questionner leur aptitude à répondre aux exigences d'applicabilité (a) et de pertinence (b) de l'article 31. 3 (c). Ces difficultés sont simplement apparentes.

a. **L'exigence d'applicabilité des droits sociaux**

Dans un premier temps, la difficulté relative à l'applicabilité des droits sociaux peut être perçue sous l'angle du lien fait entre l'article 31.3.c. de la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'intégration systémique. Cette dernière est appréhendée comme un moyen d'assurer et/ou de prouver l'unité de l'ordre juridique international⁴³⁸. Elle trouve alors sa base textuelle dans l'article 31. 3. c. suivant lequel « (i) *l sera tenu compte, en même temps que du contexte : (...) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». Elle permet d'appréhender l'interprétation comme un moyen de systématisation du droit international. À cet effet, l'interprétation est perçue comme un « exercice d'argumentation juridique de qualité » qui permet d'en faire « une opération « d'intégration systémique » - d'intégration dans le système de principes et de présomptions qui sous-tendent l'idée d'ordre juridique interétatique et fournissent les éléments à prendre en considération ». Selon le groupe de travail sur la fragmentation du droit international, le principe repose avant tout sur deux présomptions. Une présomption positive selon laquelle « les parties sont censées « s'en référer tacitement au droit international commun, pour toutes les questions qu'elle (la convention) ne résout pas elle-même en termes exprès et d'une façon différente » ». « Selon la présomption négative, lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'ont pas l'intention de contrevenir aux principes généralement reconnus du droit international ni aux obligations conventionnelles contractées antérieurement envers les États tiers »⁴³⁹. Cette dernière présomption implique en droit international des investissements que « *the central concepts in investment treaties are mobile, in the sense that, by using the generally adopted terms, the parties' intention is to submit to the evolving meaning*

⁴³⁸ L'interprétation systémique est considérée par la Commission du droit internationale comme la preuve de l'unité systémique du droit international : « Les dispositions conventionnelles reçoivent toutes leur force et leur validité du droit général et créent des droits et des obligations qui existent parallèlement aux droits et obligations créés par d'autres dispositions conventionnelles et règles de droit international coutumier. Aucun de ces droits et obligations n'a intrinsèquement priorité sur les autres. On ne peut aborder la question de leurs relations que par un raisonnement qui permet de les faire passer pour des éléments d'un ensemble cohérent et efficace. » (*Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la fragmentation et de la diversification du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international. A/CN.4/L.682, 2006, p. 227*).

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 255-256

in international law, and not to confine themselves to their own idiosyncratic definition, fixed at the time of conclusion of the treaty ». ⁴⁴⁰

Cela donne une place de choix aux principes généraux de droit et au droit international coutumier dans l'interprétation des dispositions conventionnelles⁴⁴¹. Toutefois, la technique n'exclut pas les règles du droit conventionnel applicables, sans lesquelles l'article 31.3.c) n'aurait eu que peu d'intérêt. Leur applicabilité résulte non seulement de la non-qualification de « toute règle pertinente du droit international », mais également des travaux préparatoires ; la CDI ayant expressément refusé d'ajouter l'adjectif « général » au droit international⁴⁴².

Cela dit, dans un second temps, la cohérence du système que recherche la technique de l'intégration systématique n'implique pas une hiérarchie ou un conflit entre les règles à interpréter et celles servant de référence. Certes, l'intégration systémique suppose une priorité, mais celle-ci n'est pas à décider entre les deux corps de règles en présence, mais elle vise plutôt la cohérence du système⁴⁴³. Il en résulte que sans exclure les traités, l'intégration systémique se fonde naturellement sur le droit international coutumier et les principes généraux du droit qui constituent le fond commun substantiel de l'unité du droit international et dont le respect entraîne la cohérence. Or, il est difficilement soutenable que la protection des droits sociaux relève du droit coutumier ou des principes généraux de droit aujourd'hui. En effet, les conventions consacrant les droits sociaux sont diversement ratifiées par les États et leur pratique n'est pas particulière au point de faire émerger une *opinio juris*. Même au sein de l'OIT, la liberté des États dans le choix des conventions à ratifier et les niveaux de mise en œuvre différents suivant les États ne permettent pas de dégager une pratique étatique constitutive d'une coutume. La même remarque vaut dans le cadre de la régionalisation des droits sociaux⁴⁴⁴. Les

⁴⁴⁰ MCLACHLAN C., « Investment Treaties and General International Law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57 (2008), n° 2, p. 361-401, p. 374.

⁴⁴¹ Voir également MCLACHLAN C., « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), n° 2, p. 279-319.

⁴⁴² *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la fragmentation et de la diversification du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international. A/CN.4/L.682, op. cit.* p. 231.

⁴⁴³ « L'idée maîtresse est simplement que le milieu normatif ne saurait être négligé et que, lorsque l'on interprète les traités, il ne faut pas perdre de vue le principe d'intégration, de la nécessité de procéder à l'interprétation de sorte que les règles soient considérées à la lumière d'un objectif compréhensible et cohérent, pour accorder la priorité aux enjeux majeurs, au détriment d'objectifs moins importants », *Ibid.*, p. 230

⁴⁴⁴ À ce niveau, on note l'existence de « corpus normatifs inachevés » qui se manifestent par le « faible nombre des instruments consacrés aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que la formulation lapidaire de celles-ci » dans les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme. Ce constat s'oppose d'autant plus à l'affirmation de l'existence d'une coutume qu'il s'explique en particulier par la « réticence des États à s'engager vis-à-vis d'une catégorie de droits considérés comme impliquant des dépenses budgétaires importantes ».

seuls instruments dont le caractère coutumier est au moins discuté, si ce n'est contesté, sont d'une part la déclaration de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail et la Déclaration universelle des droits de l'homme. Toutefois, non seulement il manque encore une pratique juridictionnelle confirmant ce caractère, mais encore ce caractère, à le supposer établi, nécessitera encore de vérifier le caractère coutumier des dispositions relatives aux droits sociaux. En droit interne, la disparité des protections constitutionnelles des droits sociaux d'un État à un autre ne permet pas d'inférer l'existence d'un principe général de droit de protection des droits sociaux. Il est vrai qu'on a pu affirmer que « *some of the core obligations contained in the ICESCR by now can be regarded from extensive state practice, such as adoption of the UDHR or parts of it in national constitutions, which many states have done on gaining independence in the post-colonial period* » et que « *(t)he human rights minimum standards of protection that have evolved under the UN Charter system can also be counted in this category of customary law* »⁴⁴⁵. Non seulement il s'agit là tout au plus d'une position doctrinale qui n'a pas encore reçu d'application jurisprudentielle, mais encore les auteurs auxquels cette affirmation se réfère ont émis des réserves sur la possibilité de dégager de la pratique des États en matière de droits de l'Homme les deux éléments constitutifs de la coutume sans modifier substantiellement le processus traditionnel de découverte des règles coutumières⁴⁴⁶. Ils ont

Regardant la qualité des dispositions, le contenu concret des droits n'est pas souvent explicite. En conséquence, « seule l'action de leurs (textes conventionnels) organes de contrôle permettra de connaître progressivement le sens et la portée exacte de ces droits, l'impression générale à la lecture de ces dispositions demeurant souvent celle de leur caractère abstrait et programmatique » (EUDES M., « Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les instruments régionaux », in DECAUX E., DE SCHUTTER O. et TEXIER P. (dir.), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 41-57, spéc. p. 44-46).

⁴⁴⁵ RIEDEL E., GIACCA G. and GOLAY C., « The Development of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law », in RIEDEL E., GIACCA G. and GOLAY C. (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, op. cit., p. 3-48, p. 21.

⁴⁴⁶ À propos de la défense d'une conception assouplie de la coutume en réduisant la place de la pratique pour dégager facilement des normes coutumières en matière de droits de l'homme, les deux auteurs s'en sont démarqué en observant que « *(i) n addressing the role of practice, the Committee considers that where the rule in question is neither old nor established, the approach of looking first to articulated rules and only secondly to practice in support of those rules, coupled with a broader definition of, and diminished requirements for practice, may result in a sort of « instant » customary international law of dubious relationship to the actual behaviour and interests of States. Now, if one assumes that the advance of « soft law custom », as we could call it, will continue, or even accelerate, the Restatement's line of thought might soon not have to disregard any formal criteria but would rather blend perfectly with a new general theory of customary law-making. Whether such a development will be as beneficial for custom as for human rights, is open to doubt* » (SIMMA B. and ALSTON P., « The Sources of Human Rights Law : Custom, Jus Cogens, and General Principles », *The Australian Year Book of International Law Online*, vol. 12 (1992), n° 1, p. 82-108, p. 97). Voir dans ce sens, et avec des critères moins traditionnels des éléments définitionnels de la coutume : LEPARD B.D., « Towards a New Theory of Customary International Human Rights Law », in LEPARD B.D. (ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 233-265: « *a rule or principle ought to be considered customary law if states generally believe that it is desirable, now or in the near future, to make the rule or principle legally authoritative for all members of the global community of states and irrespective of any treaties that states may or may not ratify (...)* State practice is important evidence of this belief that a norm should be universally binding. However, it is not by itself an essential independent requirement for recognition of a norm as customary law (...) The theory

plutôt affirmé la possibilité de retrouver la protection de certains droits de l'Homme dans le droit international général en recourant à la méthode de découverte des principes généraux de droit - encore que la méthode ne soit pas la voie royale en l'occurrence⁴⁴⁷. En outre, ces auteurs semblent dire que c'est l'« *obligation to respect fundamental human rights* » qui est l'obligation de droit international général⁴⁴⁸ et qu'on ne saurait considérer comme acquis le « *peremptory nature of the entire body of today's human rights and humanitarian law lock, stock and barrel* »⁴⁴⁹. Dans leur analyse, les auteurs acceptent l'idée d'une identification sélective des obligations de droits de l'Homme revêtant un caractère d'obligation de droit international général. En tout état de cause, s'agissant de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, son caractère obligatoire a souvent fait l'objet de débats doctrinaux et, comme le relevait le comité de l'Association du droit international, les auteurs défenseurs du caractère coutumier de la Déclaration sont minoritaires par rapport à ceux de la position adverse⁴⁵⁰. En outre, parmi eux, plusieurs estiment que toutes les dispositions n'ont pas ce caractère coutumier qu'ils ne reconnaissent pas aux droits économiques, sociaux et culturels⁴⁵¹. Dans la jurisprudence arbitrale, il a été une fois postulé que « *les droits de l'Homme en général, et le droit à l'eau en particulier, constituent l'une des diverses sources que le tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend, car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang*

emphasizes opinio juris as opposed to state practice, but also redefines opinio juris as a belief by states that a norm should be law, rather than a belief by states that it is already law » (p. 252-253).

⁴⁴⁷ « Admittedly, the dominant view understands this concept in a narrow sense, as referring to legal principles, developed in *foro domestico*. But, as many writers have pointed out in various contexts, there is no necessity to restrict the notion of « general principles » in this way. For the drafters of the Statute, the decisive point was that such principles were not to be derived from mere speculation; they had rather to be made objective through some sort of general acceptance or recognition by States. Such acceptance or recognition in *foro domestico* was simply caused by the necessity to validate general principles in a reliable way; it cannot be read as closing the door to alternative means of objective validation » (SIMMA B. and ALSTON P., « The Sources of Human Rights Law », *op. cit.*, p. 102). Dans le même sens (HENKIN L., « The International Bill of Rights: The Universal Declaration and the Covenant's », in BERNHARDT R., JOLOWICZ J.A (eds.), *International Enforcement of Human Rights*, Berlin, Springer-Verlag, 1987, p. 1-19, spéc. p. 6; YASUAKI O., « A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in the Twenty-first Century: A Way to Overcome West-centric and Judiciary-centric Deficits in International Legal Thoughts », in MACDONALD R.S.J. and JOHNSTON D.M. (eds.), *Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*, Leiden, Nijhoff Publishing, 2005, p. 151-189, spéc. p. 174. Voir pour une discussion de l'inconvénient d'une telle qualification pour les droits de l'homme : SCHLÜTTER B., *Developments in customary international law: theory and the practice of the International Court of Justice and the international ad hoc criminal tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden Boston, Mass, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, spéc. p.80-85.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁵⁰ « Those who urge acceptance of the Declaration in toto as customary law are in a clear minority, and there is insufficient state practice to support such a wide-ranging proposition at present » (COMMITTEE ON THE ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS LAW, *Final report in the status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. ILA, Report of the Sixty-Sixth Conference*, Buenos Aires, 1995).

⁴⁵¹ Contra. LANGFORD M., COOMANS F. and ISA F.G., « Extraterritorial Duties in International Law », in LANGFORD M. (eds.), *Global justice, state duties: the extraterritorial scope of economic, social, and cultural rights in international law*, *op. cit.*, p. 51-113, spéc. p. 65-68; GAMBARAZA M., *Le statut de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris 2, Paris, 2013, p. 132-136.

de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international »⁴⁵². Cette affirmation apparaît plus comme une pétition de principe qu'une démonstration du caractère de droit international général du droit à l'eau en particulier et des droits de l'Homme en général.

b. L'exigence relative à la pertinence des traités de protection de droits sociaux

Si les droits sociaux ne relèvent que du droit conventionnel, l'exigence relative à la pertinence et à l'applicabilité de ces traités doit être remplie conformément à l'article 31.3 c. À ce niveau, plusieurs questions s'élèvent à propos du silence de *l'alinéa c*. En effet, il « *ne précise pas si, pour déterminer leur pertinence et leur applicabilité, il faut tenir compte de toutes les parties au traité en question ou simplement de celles au différend* »⁴⁵³. Les difficultés d'interprétation de cette exigence ont été constatées⁴⁵⁴. On peut considérer que la disposition vise les parties au traité et non les parties au différend (dont l'investisseur). Il reste que même dans ce cas, la disparité entre les États dans la ratification des traités de protection des droits sociaux peut conduire à des résultats indésirés comme un *forum treaty-shopping*, « *whereby investors might structure their deals through enterprises incorporated in States that have failed to ratify the most relevant human rights treaties* »⁴⁵⁵. Pour contourner ces difficultés, il a été alors suggéré de considérer que ces droits renferment des obligations *erga omnes*. Mais cela reste encore matière à démonstration, tant « *at first glance, it may appear that economic, social and cultural rights do not fit such a description* »⁴⁵⁶. La même question se pose à propos de la notion du développement durable⁴⁵⁷. Toutefois, le nombre de ratifications des traités consacrant des droits sociaux (PIDESC et autres traités de protection des droits de l'homme, les conventions OIT) laisse ouverte la possibilité de nombreuses occurrences d'applicabilité de l'un ou l'autre de ces traités.

⁴⁵² *Saur International S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012, para 330.*

⁴⁵³ *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la fragmentation et de la diversification du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international. A/CN.4/L.682, op. cit. p.235.*

⁴⁵⁴ Voir SIMMA B. and KILL T., « Harmonizing Investment Protection and International Human rights: First Steps towards a Methodology », in BINDER B., KRIEBAUM U., REINISCH A., and WITTICH S. (eds), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer, op. cit.*, p. 678-707; MERKOURIS P., *Article 31 (3) (c) VCLT and the principle of systemic integration: normative shadows in Plato's Cave*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 23-24 (constate que certains auteurs considèrent que la disposition de l'article 31 («3)(c)» n'exige pas une identité stricte entre les parties au traité à interpréter et le traité et le traité à prendre en compte.

⁴⁵⁵ SIMMA B. and KILL T., « Harmonizing Investment Protection and International Human rights: First Steps towards a Methodology », *op. cit.*, p. 700.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 701, 700-702.

⁴⁵⁷ BERNER K., « Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-turn », *op. cit.*, p. 184.

Ainsi au-delà de la problématique de l'applicabilité du traité de droits sociaux aux États parties au différend, il semble que l'exigence relative à la pertinence des règles soulève la question de l'utilité des dispositions des traités de protection des droits sociaux dans l'interprétation des règles des TBI. La question de pertinence peut être exprimée ici de termes de proximité entre les normes interprétées et les normes externes. À ce propos, un auteur suggérerait que « *the search should primarily focus in cognate areas, that is, other investment treaties or comparable instruments (eg authoritative soft-law rules)* »⁴⁵⁸. Il ne s'agit pas de dire que l'intégration systémique ne peut pas s'appliquer aux droits sociaux, bien au contraire ; mais c'est la possibilité que les droits sociaux aient un impact sur l'interprétation d'un accord d'investissement par la voie de l'intégration systémique qui est implicitement questionnée. Précisément, l'utilité des normes externes peut être comprise de façon étroite, en ce sens que les règles pertinentes de droit international visées « *need have no particular relationship with the treaty other than assisting in the interpretation of its terms. On the whole, they will provide a contemporary interpretation of the ordinary meaning of a term* »⁴⁵⁹. Dans le même sens, le tribunal dans l'affaire *RosInvest* déclarait que « *(a)pplicable in the relation between the parties' must be taken as a reference to rules of international law that condition the performance of the specific rights and obligations stipulated in the treaty – or else it would amount to a general licence to override the treaty terms that would be quite incompatible with the general spirit of the Vienna Convention as a whole* »⁴⁶⁰.

Cette compréhension laisse entendre qu'il faut une proximité entre les notions ou les concepts dans les deux traités. Autrement, l'interprétation systémique ferait courir un risque de modification du traité à interpréter par importation d'une obligation ou d'une norme que ce dernier traité ne contient pas. Dans l'affaire des *Plateformes pétrolières*, la CIJ a interprété la disposition du traité irano-américain relative aux mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux des États à la lumière de l'obligation du droit international général de non recours à la force parce que le droit international général proposait une notion d'une proximité sémantique⁴⁶¹. Une proximité similaire a existé dans les affaires dans lesquelles les juridictions de droits de l'homme ont appliqué l'intégration systémique à propos des droits sociaux. Cette

⁴⁵⁸ WÄLDE T.W., « Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples », *op. cit.*, p. 775.

⁴⁵⁹ VILLIGER M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Leiden, M. Nijhoff, 2009, p. 432. Il définit relevant par « *concern the subject-matter of the treaty term* » (*Ibid.*, p. 433).

⁴⁶⁰ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V. 079/2005, Award on Jurisdiction, 1 October 2007, op. cit.*, para 39.

⁴⁶¹ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J., 6 novembre 2003, Rec. 2003, para. 41.

proximité n'existe pas toujours entre les règles du droit des investissements et les normes relatives aux droits de l'homme. Dans l'affaire *Tulip* dans laquelle l'application de l'intégration systémique a porté sur une norme de droit de l'homme, la norme à interpréter était également une norme de droit de l'homme⁴⁶². Cette vision est conforme à l'esprit de l'article 31. Celui-ci vise à clarifier les droits et obligations du traité à interpréter et non à les substituer par d'autres.

Dès lors, il serait prématuré d'appliquer aux droits sociaux la déduction selon laquelle «(i)f a resort to human rights law is legitimate in order to interpret references to procedural justice in the ICSID Convention, it seems equally legitimate to resort to human rights law in interpreting the substantive provisions of investments treaties »⁴⁶³. Cela pourrait s'appliquer à des notions proches des règles d'investissement comme la non-discrimination.

Faute de proximité des normes, le risque est grand que la tentative conduise non pas à informer la règle du droit international des investissements par le contenu d'une règle proche (contraire ou confirmative) relative aux droits sociaux, mais qu'elle conduise à remplacer une obligation de droit international des investissements par une obligation de droits de l'Homme⁴⁶⁴. Théoriquement, il n'est pas exclu que, par le biais de l'intégration systémique, l'application de dispositions interprétées en lumière des droits de l'Homme conduise à dénaturer les intentions des États parties au traité d'investissement, lesquelles intentions pourraient être « *frustrated if a procedure created for one branch were to be extended to another branch where it has for quite particular reasons not to be chosen before* »⁴⁶⁵. La critique,

⁴⁶² *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, para 65, 86-92.

⁴⁶³ FAHNER J.H. and HAPPOLD M., « The Human Rights Defence in International Investment Arbitration: Exploring the Limits of Systemic Integration », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68 (2019), n° 3, p. 741-759, spec. p. 752.

⁴⁶⁴ Voir la détermination discutable du tribunal dans l'affaire *Hesham Talaat Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014, para. 621.

⁴⁶⁵ WÄLDE T.W., « Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples », *op. cit.*, p. 774. Voir également en ce qui concerne les juridictions internationales de droits de l'homme : « *From the cases discussed, it follows that, although both the ECtHR and the IACtHR argue that other treaties and instruments may be used as interpretive references in their reasoning, in practice they have sometimes transplanted external standards into the scope of their constitutive instruments. Specific application of systemic integration has resulted, in many instances, in the indirect application of other treaties under the pretext of interpretation. States may provide different levels of protection for the same rights in different international treaties, or even strategically create divergences or conflicts among treaties. This does not mean that international judges have the competence to resolve such divergences or conflicts, or to align the content of one treaty with another. In some other cases, courts have effectively supervised other treaties.100 This practice stretches their mandate too far and circumvents the consent of States that have not ratified these treaties by imposing on them obligations that they have not assumed. Even when some or all Member States have ratified these treaties, they have not consented to court supervision of their implementation* » (RACHOVITSA A., « The principle of Systemic Intergration in Human Rights law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66 (2017), n° 3, p. 557-588, spéc. p. 572)

d'ordre général, avait déjà été soulevée dans l'affaire des *Plateformes pétrolières* dans une opinion individuelle⁴⁶⁶. Elle a été également soutenue dans l'attitude des juridictions internationales des droits de l'homme appliquant l'intégration systémique: « *(o)ne could argue that this so-called integrated approach to the interpretation of the ECHR seeks to integrate socio-economic rights into individual and political rights, and that it is founded upon the ideas of cross-fertilization between and convergence among different treaties. Yet cross-fertilization and convergence of treaty norms cannot justify transplanting detailed provisions of other treaties into the scope of the ECHR without considering the relevant context of the other treaties* »⁴⁶⁷. Partant, il n'est pas exclu que la critique se forme à propos de l'interprétation des TBI à la lumière des normes de droits de l'homme, car bien que « *the use of Article 31(3)(c) (by FIATs) has been relatively uncontroversial, it has potential to create controversy in the future if, like in the ICJ Oil Platforms case, it is applied to invoke a rule in a manner that may be considered as displacing the applicable law* »⁴⁶⁸.

Toutefois, en raison du caractère vague des obligations de l'État découlant des traités d'investissement, la proximité peut être largement entendue. La condition de « pertinence » est souvent expliquée en rapport à la question traitée dans le traité à interpréter (« same subject matter »), mais elle ne semble pas se limiter restrictivement à cela⁴⁶⁹. Dans l'affaire *Metalclad Corp*, le Mexique a cité comme élément contextuel l'Accord de coopération en matière environnementale conclu entre les États parties à l'ALENA: « *The fair and equitable treatment standard requires the Respondent to act in good faith, reasonably, without abuse, arbitrariness or discrimination. In assessing whether the Respondent has complied with this standard, the Tribunal must take into account the environmental provisions of the NAFTA and the NAAEC and must make its assessment in the light of all relevant facts and circumstances. The tribunal may examine the practice of other States in similar circumstances to assist in its assessment* »⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J., 6 novembre 2003, Rec. 2003, p. 161. Opinion individuelle de Mme Higgins.

⁴⁶⁷ RACHOVITSA A., « The principle of Systemic Intergration in Human Rights law », *op. cit.* p. 566.

⁴⁶⁸ WEERAMANTRY J.R.G., *The interpretation of treaties by foreign investment arbitral tribunals*, Doctoral Thesis, Queen Mary, University of London, London, 2010, p. 164.

⁴⁶⁹ MERKOURIS P., *Article 31 (3) (c) VCLT and the principle of systemic integration: normative shadows in Plato's Cave*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015: « *the degree of identity of the « subject-matter » of the treaty being interpreted and the rule being referred to via Article 31 (3) (c) is still unclear and not analysed in doctrine. Consequently, the « same subject-matter » understanding of the term « relevant » seems to be only one of the possible ways to identify relevance* » (p. 22).

⁴⁷⁰ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Respondent's Counter-Memorial, 22 May 1998, para. 841. Voir également: *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America*, Arbitration

C'est la pratique des tribunaux qui permettra de comprendre l'étendue et les limites de la prise en compte des normes de droits sociaux dans l'interprétation des règles de protection des investissements. Cela suppose que les tribunaux arbitraux appliquent non seulement l'article 31.3 (c), mais qu'ils explicitent également leur raisonnement sur ce point. Il semble que c'est à ce niveau (de la pratique des tribunaux) que les préoccupations sont plus sérieuses.

2. Les difficultés d'ordre pratique liées à l'attitude des tribunaux

Concrètement, l'application de l'article 31 (3) c) n'est pas satisfaisante au point de faire surgir et tenter de résoudre dans la pratique toutes les interrogations qu'elle suscite. La pratique des tribunaux est caractérisée par une inconstance qui les particularise par rapport aux autres juridictions internationales⁴⁷¹. La liberté d'interprétation des tribunaux qui ne semble pas connaître de limites⁴⁷² est marquée tantôt par une application critiquable de l'article 31.3.c), tantôt par une application aléatoire de l'intégration systémique.

D'une part, en général, les tribunaux d'investissement s'attachent au texte des accords d'investissement, et semblent parfois trouver superflu de recourir aux règles de droit international pertinentes. Leur raisonnement sur ce point est très sommaire, voire évasif⁴⁷³. En outre, lorsqu'ils s'y intéressent, ils semblent exclure de ces règles de droit international pertinentes les traités de façon générale et les traités de droits de l'homme en particulier⁴⁷⁴, sauf

under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Non-Disputing Supplemental Submission of Quechan Indian Nation, 16 October 2006, p. 8.

⁴⁷¹ BERNER K., « Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-turn », *op. cit.*, p. 188.

⁴⁷² « *As far as the interpretation of international treaties is concerned, the adoption of these rules has been deemed a feat. It was intended to replace the sovereignty protective principles of interpretation devised by international courts in the first half of the 20th century by a toolbox of allegedly neutral principles. Leaving aside the legitimacy that these rules bestow upon the legal reasoning of law-applying authorities, the paradox nonetheless is that, while they constitute some of the rules of the Vienna Convention to which reference is most frequently made, they are actually of limited help, for, in my view, the actual leeway of law-applying authorities remains almost unfettered. The exercise of that discretion has simply been made more formal with the hope of making the outcome therewith more legitimate. Nothing is more illustrative than the case-law of the international tribunals pertaining to the principle of systemic integration, despite this principle making interpretation less contingent on the intent of the lawmakers and more dependent on existing formal legal instruments* » (D'ASPREMONT J., *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 158-159).

⁴⁷³ Des études de cas relatifs à la demande de prise en compte des obligations de droits de l'homme ont permis de comprendre que « A critical review of cases raising sustainable development concerns reveals, however, that arbitral tribunals tend not to approach interpretation as a single combined operation. What is more, arbitral tribunals often refrain from disclosing if, how, and to which extent they have taken sustainable development concerns into account » (BERNER K., « Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-turn », *op. cit.*, p. 189).

⁴⁷⁴ Voir WEERAMANTRY J.R.G., *The interpretation of treaties by foreign investment arbitral tribunals*, *op. cit.* p. 161.

dans les cas où c'est l'investisseur qui les invoque⁴⁷⁵. À ce propos, il a été observé que « *(w)here the terms of the investment treaty do not facially appear to contain any discernible reference to, or bear out any linkage with, international human rights norms, arbitral tribunals have been demonstrably reluctant to use VCLT article 31(3)(c) as an all-purpose gateway for human rights-sensitive interpretation. It is perhaps due the difficulties of strained interpretation that the new generations of international investment agreements contain language that purposely adopts, or refers to, international human rights standards, such as labor standards, CSR concepts, and environmental standards* »⁴⁷⁶. La présence des dispositions relatives aux droits de l'homme peut être alors vue comme une incitation à la prise en compte des normes des traités relatifs aux droits sociaux dans l'interprétation des règles de protection des investissements.

D'autre part, il convient non seulement de reconnaître que l'exercice requis à l'article 31 est rigoureux, mais également que l'application de l'alinéa c de l'article 31 (3) requiert des tribunaux d'apprécier l'applicabilité des règles. Ce pouvoir d'appréciation leur permet de décider de la pertinence ou non des règles applicables. Les critiques qui ont fusé depuis l'interprétation de l'article XX du TBI entre les États-Unis d'Amérique et l'Argentine à la lumière de la norme coutumière de l'état de nécessité illustrent la difficulté de certains tribunaux à être à la hauteur de cette exigence. La liberté dans l'application de l'intégration systémique a parfois conduit, comme le souligne un auteur, à un remplacement de la norme applicable : « *The guiding principles of interpretation remain those set by the template of Article 31 of the Vienna Convention. This requires the Tribunal to begin by considering the treaty's terms 'in their context and in the light of their object and purpose'. The treaty's terms or object may well militate against incorporation of particular rules of international or indicate their own direction in the construction of the treaty. It was a failure to start with the treaty text, and to work out from it to the relevant rules of international law, which led the tribunals in CMS, Enron and Sempra into error in the consideration of the proper place of the doctrine of necessity in investment treaty law* »⁴⁷⁷. Il est souvent arrivé en effet que le tribunal arbitral traite l'argument relatif à l'état de nécessité et celui fondé sur une disposition

⁴⁷⁵ Voir par exemple les affaires: *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, *Decision on Annulment*, 30 December 2015, *op. cit.* ; *Hesham Talaat Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL, *Final Award*, 15 December 2014, *op. cit.*

⁴⁷⁶ DESIERTO D., « Deciding International Investment agreement applicability: the Development Argument in Investment », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, *op. cit.*, p. 240-256, spéc. p. 352.

⁴⁷⁷ MCLACHLAN C., « Investment Treaties and General International Law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57 (2008), n° 2, p. 361-401, spéc. p. 385.

conventionnelle (relative à l'état d'urgence par exemple⁴⁷⁸) applicable comme un seul et même et seul argument ressortissant au droit international coutumier⁴⁷⁹.

La liberté constatée dans la pratique de l'article 31 par les tribunaux touche la décision de recourir à l'interprétation systémique et concerne également l'exhaustivité de la démarche requise par cet article. Il a été ainsi constaté que dans de nombreuses affaires, des tribunaux refusent simplement de prendre en compte (ou même d'analyser leur applicabilité) les normes conventionnelles externes ou la règle coutumière invoquer souvent par la défenderesse⁴⁸⁰. Ces difficultés d'ordre pratique conduisent à nourrir de la réserve sur la possibilité que l'interprétation systémique soit un canal de prise en compte des droits sociaux en droit international des investissements. Dans son analyse sur la possibilité que le recours à l'intégration systémique soit un moyen de retour de l'État dans l'arbitrage d'investissement, un auteur concluait à une réponse négative en l'état actuel du droit international des investissements. Cette conclusion s'est fondée sur l'attitude ambivalente des tribunaux qui ne donne pas de garantie de prévisibilité quant au résultat. L'auteur finit par accuser « *the wide discretion given to the decision makers with respect to the weight to be given to the other relevant rules in the disputes at hand coupled with the fact that the motivation of regulatory measures does not automatically lead to the exculpation of the state* »⁴⁸¹.

Au regard de ces difficultés pratiques, on comprend que certaines critiques d'ordre général de l'intégration systémique expriment des doutes sur l'aptitude de l'article 31 à apporter la cohérence souhaitée à travers l'interprétation⁴⁸².

⁴⁷⁸ *Saur International S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012, op. cit.*, para 451-463. Contra. *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012*, para 1153-1162.

⁴⁷⁹ Voir *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007*, para. 376: « *Treaty provision is inseparable from the customary law standard insofar as the definition of necessity and the conditions for its operation is concerned, given that it is under customary law that such elements have been defined* »; voir *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, op. cit.*, para. 334.

⁴⁸⁰ BERNER K., « Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-turn », *op. cit.*, spéc. 195-200.

⁴⁸¹ YOTOVA R., « Systemic Integration: An Instrument for Reasserting the State's Control in Investment Arbitration? », in KULICK A. (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, *op. cit.*, p. 182-208, p. 204-205.

⁴⁸² ORAKHELASHVILI A. and WILLIAMS S., « The Recent Practice on the Principles of Treaty Interpretation », in ORAKHELASHVILI A. and WILLIAMS S. (eds.), *40 years of the Vienna convention on the law of treaties*, London, British institute of international and comparative law, 2010, p. 117-154, spéc. p. 141; SCHREUER C., « International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration? Comments », in HOFMANN R., TAMS C.J. (eds.), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration ? op; cit.*, p. 71-74, spéc. 71; KALDERIMIS D., « Systemic Integration and International

Ainsi, on le voit bien, la prise en compte à travers l'interprétation des normes externes relatives aux droits sociaux est difficile en raison de la liberté et du caractère *ad hoc* des tribunaux d'investissement. Il est possible de retenir que l'apport de l'intégration systémique à l'effectivité des droits sociaux va dépendre de l'existence d'un rappel permanent aux tribunaux de prendre en compte les normes internationales relatives aux droits sociaux dans l'interprétation des accords internationaux d'investissement. À cette fin, le rappel doit être présent dans le corps des traités d'investissement.

Au final, l'interprétation est indéniablement une voie de socialisation du droit international des investissements. Toutefois, il résulte des considérations précédentes que l'atteinte d'un niveau appréciable de l'effectivité des droits sociaux qui résulte de cette socialisation requiert une socialisation préalable et adéquate du droit conventionnel des investissements. Cette affirmation se justifie au regard de la multiplicité des facteurs juridiques et pratiques à prendre en compte tant en présence des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement qu'à leur absence. Elle conduit dès lors à rechercher les types de dispositions susceptibles d'influencer en faveur des droits sociaux l'interprétation des dispositions conventionnelles relatives aux investissements.

Paragraphe 2. La prise en compte des difficultés pratiques de l'interprétation des accords d'investissement

La présentation des difficultés pratiques relatives à l'interprétation des références aux droits sociaux a permis de montrer que l'appréciation de la portée de ces références peut être incertaine. Le point commun des références en question est le soin pris par les États d'éviter une interaction entre ces références et les droits de l'investisseur. En prenant toutefois en considération les difficultés pratiques relevées, il est possible de relativiser l'incertitude de

Investment Law – Some Practical Reflections », *Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference Working Paper No. 2012/46* (2012), p. 1-34. Dans ce sens toujours : RACHOVITSA A., « The principle of Systemic Intergration in Human Rights law », *op. cit.*, p. 575: « *It has additionally been argued that the principle of systemic integration offers the prospect of balancing different values and interests without necessarily predicating or establishing the prevalence of one norm over another. The interpreter has a role in 'prioritiz [ing] concerns that are more important at the cost of less important objectives. These claims have not been elaborated on at length, but a few points need to be underlined in light of ongoing judicial practice. First, the task of balancing values or interests is different to prioritizing them; prioritizing is but one option. Second, as will be discussed below, it is doubtful whether the balancing of different interests and values against treaty provisions can be addressed while engaging in interpretation. Third, it is unclear how one can decide which concerns are most important and prioritize them accordingly; this is an exercise that is dependent on the interpreter's standpoint* »

l'effet juridique des dispositions relatives aux droits sociaux. Cette position se fonde sur la possibilité d'identifier des types de formulations qui sont susceptibles d'avoir une portée juridique plus grande, même si cela implique une atteinte à la protection de l'investissement.

Particulièrement, certaines formulations des préambules rendent ceux-ci aptes à influencer l'interprétation des standards relatifs à la protection de l'investissement. De même, des dispositions dans les corps des traités peuvent avoir un effet sur le champ d'application individuel de ces standards. Cette interaction directe entre les dispositions relatives aux droits sociaux et celles qui traitent de la protection des investissements est possible grâce à l'influence potentielle des références relatives aux droits sociaux sur l'objet et le but des accords d'investissement **(A)** et à l'impact potentiel de la socialisation sur l'étendue du champ d'application de la protection de l'investissement **(B)**.

A. L'influence potentielle des références relatives aux droits sociaux sur l'objet et le but des accords d'investissement

L'intérêt principal du préambule des accords d'investissement réside dans sa fonction interprétative⁴⁸³. Or, l'utilité interprétative d'un préambule est fonction de la précision de rédaction de ses dispositions⁴⁸⁴. En prenant globalement les formulations des préambules, des arguments pourraient être avancés au soutien d'une réponse négative à la question de diversification de l'objet ou du but du traité. Cette réponse peut s'appuyer, dans le cas des droits sociaux, sur le nombre relativement dérisoire des accords dont le préambule adopte des formulations susceptibles d'exercer fortement une influence sur l'interprétation des dispositions conventionnelles. La grande majorité des accords maintiennent encore une rédaction courtoise (de simples références) dont la portée ne saurait être surestimée faute de précédents arbitraux contraires. En outre, nombre de formulations continuent de présenter les droits sociaux comme une finalité de l'investissement en général (tout comme le progrès social ou le développement économique) et non des accords d'investissement. Enfin, la précision de la finalité de l'accord est parfois clairement faite après un préambule prolixe sur les droits

⁴⁸³ Trois autres fonctions sont remplies par le préambule d'un traité : une fonction d'incorporation, une fonction complémentaire et enfin la possibilité exceptionnelle d'avoir un contenu contraignant (MBENGUE M.M., « Preamble », in WOLFRUM R. (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, *op. cit.*, 2012, vol. 1, p. 397-400).

⁴⁸⁴ MBENGUE M.M., « Preamble », *op. cit.*, p. 397.

sociaux⁴⁸⁵. Cela explique les termes utilisés pour exprimer l'absence d'opposition frontale entre la protection de l'investissement et la protection des droits sociaux, et pour montrer que la finalité de l'investissement demeure inchangée malgré la présence des références aux droits sociaux : « *consistent with* »⁴⁸⁶, *take account* », « *adherence* », « *other goals include.* », « *to contribute* », « *consciencious to improve* » ou encore que la protection des droits sociaux ne saurait constituer un moyen déguisé de mauvais traitement de l'investissement, etc. Le message formulé derrière ces termes est le rappel du principe de la protection de l'investissement qui peut coexister avec d'autres objectifs dans la mesure où ces derniers sont compatibles avec le principe de protection de l'investissement⁴⁸⁷.

Cependant, au regard de l'évolution de la place des droits sociaux dans les préambules des TBI, se contenter d'une considération générale des accords d'investissement ne fait pas justice à l'importance grandissante des références dans les préambules des traités. Une étude au cas par cas s'avère judicieuse. La raison réside dans le fait que certains accords offrent à l'analyse une rédaction qui tend à donner une grande portée juridique à l'intérêt visé. C'est le cas des TBI qui évoquent non seulement la responsabilité sociale de l'investisseur⁴⁸⁸, mais qui insistent également sur l'équilibre entre les droits et les obligations des parties y compris de l'investisseur⁴⁸⁹. Ainsi, dans le préambule de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la

⁴⁸⁵ Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, *op. cit.*; Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, *op. cit.*

⁴⁸⁶ « *Committed to achieving these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognised labour standards* » (Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Federal Republic of Nigeria, *op. cit.*)

⁴⁸⁷ En prenant l'exemple de la règle de non-discrimination, un auteur regrette que « *(T) he formal relationship between these two steps is generally one of "rule" and "exception". This dichotomy between the "non-discrimination rule" and the "public policy exception" implicitly tends to establish a ranking of values where investment protection represents the fundamental policy and other legitimate policy objectives are relegated to the status of secondary or exceptional policies. While this ranking may be warranted in certain circumstances (for example, against measures explicitly or formality discriminating vis-à-vis foreign investors) it may not be in others (for example, where the introduction to a legitimate health measure has a detrimental defect on certain investors, including foreign ones)* » (ORTINO F., « *The Social Dimension of International Investment Agreements* », *op. cit.*, p. 245).

⁴⁸⁸ Ainsi les parties sont « *Determined to encourage investors to respect internationally recognized corporate social Responsibility standards and principles* » (*Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 3 June 2014). Voir également: *Free Trade Agreement between the EFTA States and Georgia*, 27 June 2016; *Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 19 janvier 2016; *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*, *op. cit.*; *Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of Indonesia and the EFTA States*, 16 December 2018. Voir globalement les accords de libre-échange conclus par l'Association européenne de libre-échange (EFTA) qui citent des sources de responsabilité sociale des entreprises (*Global Compact, OCDE Guidelines*) (*Free Trade Agreement between the EFTA States and Georgia*, *op. cit.*).

⁴⁸⁹ « *Aiming to secure an overall balance of rights and obligations between investors and the Host State* » (*Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal*

République coréenne, les parties ont accepté de « *(P)rotect, enhance, and enforce basic workers' rights, and strengthen cooperation on labour matters* »⁴⁹⁰. De telles formulations, loin d'être ordinaires, peuvent véritablement influencer l'interprétation de la finalité de l'accord d'investissement.

Ces références aux droits sociaux sont des signes manifestes d'un changement du contexte d'élaboration des TBI qui ne peut être ignoré. Qualitativement, le changement consiste à évoluer d'une considération de l'effectivité des droits sociaux comme un effet collatéral des investissements vers une considération de la réalisation de cette effectivité au cours de la mise en œuvre de l'investissement⁴⁹¹. De façon pragmatique, ces références manifestent une volonté des États de traduire ce changement dans la mise en œuvre pratique du TBI en adoptant des formulations qui tendent à influencer l'interprétation des dispositions conventionnelles par les tribunaux arbitraux. Trois observations étayaient cette affirmation.

D'abord, il ne fait aucun doute que certains TBI expriment la volonté des États parties de prendre en compte les droits sociaux dans l'interprétation de la finalité de l'accord d'investissement en cause. Cette aptitude conduit à considérer au minimum de telles références comme des limites à la finalité de l'investissement. En d'autres termes, il ne s'agit pas nécessairement de chercher à faire des accords d'investissement des « *instruments of social (or environmental) regulation per se* », mais plutôt « *to make foreign investment disciplines more attuned to their social and environmental spillovers* »⁴⁹². Même les dispositions se référant au développement durable sans explicitement nommer les droits sociaux s'inscrivent dans cette dynamique nouvelle. Elles répondent ainsi à « *the growing concerns that IIAs may induly affect the host States' regulatory autonomy in matters of general societal concern. By elevating non-economic objectives onto the same normative plane as investment policy objective, these*

Protection of Investments, 19 janvier 2016); "Seeking an overall balance of the rights and obligations among the State Parties, the investors, and the investments under this Agreement» (*Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 3 December 2016*)

⁴⁹⁰ Free Trade Agreement Between Canada and the Republic of Korea, *op. cit.*

⁴⁹¹ Ainsi des auteurs remarquent que « *Whereas twenty years ago improvements in host State labor conditions were seen as automatic spillover effect of inward (and such beliefs are occasionally still reflected in treaty preambles), contemporary IIAs are more conscious of the risks brought about by investment liberalization and protection for labour issues, as reflected in inclusion for labor provisions in IIAs* » (PRISLAN V. and ZANDVLIET R., « Mainstreaming Sustainable Development into International Investment Agreements: What Role for Labor Provisions? », *Grotius Centre Working Paper 2014/023-IEL. Leiden Law School Research Paper*, (2014), p. 1-22, spéc. p. 20.

⁴⁹² ORTINO F., « The Social Dimension of International Investment Agreements », *op. cit.* p 245.

provisions seek to prevent investment protection disciplines to impinge upon the possibility of host States to safeguard broader public policy objectives »⁴⁹³. Certaines formulations sont assez explicites à ce propos. Elles insistent sur les limites de la protection de l'investissement. Ces limites sont constituées par le niveau des standards de protection des droits sociaux qui ne peut être abaissé pour les besoins de protection de l'investissement. Le TBI entre l'Autriche et le Nigéria précise que « *(a)cknowledging that investment agreements and multilateral agreements on the protection of environment, human rights or labour rights are meant to foster global sustainable development and that any possible inconsistencies there should be resolved without relaxation of standards of protection* »⁴⁹⁴. La présence d'une pareille référence inscrit les droits sociaux dans l'objet et le but du traité, ou indique, à tout le moins, que cet objet et but ne saurait frustrer les droits sociaux⁴⁹⁵. Ces dispositions expresses rejoignent certaines théories de l'harmonisation ou d'unification du droit international des investissements et des droits de l'homme⁴⁹⁶. En outre, elles présentent un atout supplémentaire résidant dans le fait qu'elles sont explicites et sont de nature à interpeller directement le tribunal arbitral ou les parties.

Un doute et une difficulté apparaissent cependant. Le doute à dissiper à l'occasion d'une interprétation de ce préambule est de savoir si l'exigence ainsi formulée vise seulement les États ou si l'invitation s'adresse également au tribunal arbitral. La difficulté, quant à elle, réside dans l'équilibre des intérêts que requiert l'interprétation de ce préambule (et des dispositions similaires dans le corps du traité). Aucun guide ni directive supplémentaire n'accompagne

⁴⁹³ PRISLAN V. and ZANDVLIET R., « Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development », *Grotius Centre Working Paper 2013/003-IEL. Leiden Law School Research Paper*, p. 1-60, spéc. p. 30.

⁴⁹⁴ *Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Federal Republic of Nigeria*, *op. cit.*

⁴⁹⁵ Voir également le modèle TBI néerlandais : « *Considering that these objectives can be achieved without compromising the right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment, public morals, labor rights, animal welfare, social or consumer protection or for prudential financial reasons* » (The Netherlands Model BIT 2019, 22/03/2019); ou encore celui du Maroc qui fait référence aux accords internationaux auxquels les États ont adhéré (*Modèle d'accord du Royaume du Maroc pour la promotion et la protection réciproques des investissements*, 01/06/2019).

⁴⁹⁶ Voir Lone Wandahl Mouyal qui expose la théorie de l'attraction gravitationnelle (theory of gravitational pull) qui veut que les normes externes aux traités imposent des limites à l'interprétation extensive des dispositions du traité dans un souci de cohérence. Ainsi, « *BITs should be interpreted in harmonizing manner with human rights obligations. The interpretation should be based on the positive presumption that general principles of law and the negative presumption against inconsistencies. The interpretation must take into account the particular context of the case as well as inherent limitations to treaty standards such as avoiding catastrophic economic consequences for the host state and its population* » (MOUYAL L.W., *International investment law and the right to regulate: a human rights perspective*, London, Routledge, 2018, p. 58-65, spéc. p. 65)

l'exigence d'équilibre dont la détermination est entièrement laissée à la discrétion du tribunal⁴⁹⁷.

Ensuite, un second type de formulations semble présenter la prise en compte de l'intérêt général social et des valeurs qu'il protège comme une condition de validité ou de légitimité de l'objet et du but de l'accord d'investissement. C'est le cas des formulations qui semblent présenter la poursuite du développement durable comme une condition de « légalité » de l'investissement. Le préambule du modèle TBI des Pays-Bas réaffirme l'engagement des États parties à favoriser la contribution du commerce et de l'investissement au développement. Plus explicite, le modèle de TBI colombien évoque l'idée de « *protect foreign investments that favour the prosperity and the sustainable development of both Parties* »⁴⁹⁸. Le nouveau modèle de TBI de l'Union belge et luxembourgeoise semble élever davantage le niveau de l'exigence lorsqu'il développe dans son préambule l'engagement des États à favoriser « *the contribution of investment to sustainable development, in its economic, social and environmental dimensions, and to promote investment in a manner supporting high levels of environmental and labour protection and relevant international standards and agreements* »⁴⁹⁹. Cette dernière formulation a l'avantage de mettre l'accent sur l'aspect social du développement durable dont la teneur est puisée dans les droits sociaux. Il évite ainsi une interprétation pro-investissement du développement durable⁵⁰⁰.

Enfin, un troisième type de formulation vise directement, outre les États parties et le tribunal arbitral, l'investisseur. La formulation la plus directe juridiquement est celle du

⁴⁹⁷ EBERT F.C., « Increasing the social sustainability of trade agreements in terms of labours standards: Insights from TPP experience », in GAMAGE C. and NOVITZ T. (eds.), *Sustainable trade, investment and finance: toward responsible and coherent regulatory frameworks*, op. cit., p. 83-108, spéc. p. 102, 105.

⁴⁹⁸ *Colombia Model BIT 2017* (préambule).

⁴⁹⁹ *Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT 2019, 28/03/2019* (Préambule).

⁵⁰⁰ De ce point de vue, il n'est pas, redondant le fait que certaines formulations ne se contentent pas de retenir le développement durable comme une notion inclusive des droits sociaux ou de l'intérêt et ajoutent d'autres objectifs légitimes dont la protection des droits sociaux. Voir par exemple le préambule du modèle TBI de l'Union belge et luxembourgeoise : « *maintaining the principle that nothing in this Agreement shall in any way be construed as limiting the right of the Contracting Parties to adopt, maintain and enforce measures to pursue legitimate policy objectives such as amongst others the protection of public health, environment and public morals; the promotion of security and safety; the achievement of the sustainable development goals; social or consumer protection; the protection of labour standards; the integrity and stability of the financial system or the promotion and protection of cultural diversity* » ou encore celui du modèle canadien : « *Reaffirming the importance of promoting responsible business conduct, cultural identity and diversity, environmental protection and conservation, gender equality, the rights of Indigenous peoples, labour rights, inclusive trade, sustainable development and traditional knowledge, as well as the importance of preserving the Party's right to regulate in the public interest* » (2021 Model FIPA (Canada)).

préambule du modèle colombien⁵⁰¹ : « *Convinced that the pursuit for sustainable development is a joint responsibility for Governments and Investors, and that both of them are responsible for its achievement* »⁵⁰². Même si le préambule n'est pas supposé comporter des engagements contraignants, ce préambule laisse entendre l'existence d'une obligation de poursuite de l'objectif du développement durable dont la source est, à défaut de précision, l'accord en question.

Pour conclure, le refus de reconnaissance de tout effet juridique à ces références, surtout dans les cas où la rédaction est particulièrement soignée, pourrait être une violation de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États. C'est au cas par cas et suivant une application rigoureuse de la règle d'interprétation de l'article 31 qu'il convient d'apprécier, à cette étape, l'influence des références aux droits sociaux dans les préambules sur la finalité des TBI. Pour ce faire, les arbitres devront faire montre d'une ouverture d'esprit et porter plus d'attention à chaque rédaction relative aux droits sociaux, ce qui sera au demeurant plus adapté à l'histoire dialectique du droit international des investissements.

B. L'impact de la socialisation sur l'étendue du champ d'application de la protection de l'investissement

Deux types de dispositions reflètent l'influence possible des dispositions relatives aux droits sociaux sur l'étendue du champ d'application des règles de protection des investissements. Le premier type n'est pas toujours explicite sur les droits sociaux même s'il les inclut toujours. Ce type de disposition est représenté par la clause sur le droit de réglementer (1). Le second type tient à la pratique conventionnelle relative aux obligations sociales imposées à l'investisseur (2).

1. La socialisation implicite à travers l'aménagement du droit de l'État réglementer

La rédaction du droit de l'État de réglementer peut avoir un impact négatif sur la protection de l'investissement. Tout comme dans le cas des références au développement, il

⁵⁰¹ Le modèle marocain souligne modestement « l'importance de la conduite responsable des entreprises » (). Voir également le préambule du modèle TBI canadien (2021 *Model FIPA (Canada)*).

⁵⁰² *Colombian Model BIT 2017, op. cit.* (préambule).

s'agit d'une socialisation indirecte du droit conventionnel. L'une des dispositions les plus explicites est l'article 2.2.2 de l'Accord entre l'Union européenne et le Singapour. Après avoir réaffirmé leur liberté réglementaire sur leurs territoires respectifs en vue d'atteindre les objectifs légitimes de leurs politiques, comme la protection de la santé publique, les services sociaux, l'éducation publique, la sécurité, l'environnement, les bonnes mœurs, la protection sociale ou la protection des consommateurs, la protection des données personnelles et la vie privée ou la promotion et la protection de la diversité culturelle, les États parties ont pris le soin de préciser que : « *(f)or greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Chapter* »⁵⁰³.

De telles dispositions ont le mérite de la clarté et sont en réalité des déclarations interprétatives incluses directement dans le texte de l'accord d'investissement à la suite de la disposition sur le droit de réglementer ou dans une note de bas de page. Même si elles ne sont pas répandues⁵⁰⁴, elles peuvent servir à orienter favorablement l'interprétation des dispositions relatives aux droits sociaux. En effet, les dispositions relatives à la non-dérogation peuvent être de deux types au moins.

Un premier type comprend les dispositions qui précisent l'exigence de la compatibilité avec le « présent accord » des mesures à prendre dans le cadre de l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État. C'est le cas de l'article 14.16 de l'Accord entre l'Indonésie et l'Australie⁵⁰⁵. Outre le fait qu'elle n'est souvent précisée que pour les dispositions relatives à

⁵⁰³ *Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, 15/10/2018.*

⁵⁰⁴ Voir également l'article 8.16 de l'Accord de libre-échange entre l'Australie et le Pérou ainsi que l'article 2.2.2 de celui conclu par l'Union européenne et le Viet Nam. Les formulations diffèrent légèrement sans que cela n'affecte la clarté ni la portée juridique de la déclaration. Le second a une rédaction très proche de l'accord conclu par l'Union européenne et le Singapour: "*for greater certainty, this Chapter shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change its legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of investments or the investor's expectations of profits*" (*Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of The Other Part, 30/06/2019*) tandis que le premier est tout aussi original: "*For greater certainty, the benefits of this Chapter may be denied under this provision at any time, including after an investor has submitted a claim to arbitration under Article 8. 20*" (*Australia-Peru Free Trade Agreement, 12/02/2018*).

⁵⁰⁵ "*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, health, public morals, social welfare, consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity or other regulatory objectives*" (*Australia-Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement, 04/03/2019*).

l'intérêt général, la précision que la mesure relevant du pouvoir réglementaire doit être « par ailleurs conforme aux dispositions du présent chapitre » peut être paradoxalement interprétée. En effet, les mesures prises pour assurer des objectifs de politique publique légitimes sont rarement conformes aux dispositions protectrices de l'investissement dans leur ensemble. Il est fort probable que l'interprétation d'une telle formulation ne soit pas favorable au respect des droits sociaux. Comme le fait observer le professeur Sornarajah, « *(o)ften, (...) the right to regulate is hemmed in by the requirement that it must be consistent with the treaty's objectives. In international trade, tribunals have not given the term such a scope as would enable the interested contained in the formula to trump the interests of free trade (Thai tobacco case). There is little cause to believe that the situation will be any different when the phrase is considered in relation to investment. The general trend to interpret these treaties as giving primacy to investment protection will probably be continued.* ».⁵⁰⁶

C'est pourquoi les dispositions qui interdisent les mesures discriminatoires sont encore préférables⁵⁰⁷. Elles constituent le second type de clause de droit de réglementer. Dans l'affaire *Aven*, le traité combinait les deux types de rédaction : l'Article 10.11 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique, les États d'Amérique Centrale et la République dominicaine stipule que : « *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* »⁵⁰⁸. L'État défendeur a interprété la disposition comme lui reconnaissant une latitude d'adopter et de mettre en œuvre sa législation

⁵⁰⁶ SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment, op. cit.*, p. 268.

⁵⁰⁷ Voir l'article 9 de l'accord bilatéral entre le Rwanda et les Émirats arabes unis qui dispose que : « *(n) othing in this Agreement shall be construed to prevent a Contracting Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure that it considers appropriate to ensure that an investment activity in its territory is undertaken in accordance with the applicable public health, security, environmental and labour law of the Contracting Party, such measures should not be applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or investors* » (Agreement between the Republic of Rwanda and the United Arab Emirates on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 01/11/2017). Voir également: Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, 11/04/2018) (article 16.1); Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates, 15/03/2019 (article 17.1); Cooperation and Investment Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana 13/12/2018 (article 17.1); Investment Cooperation and Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi 25/06/2015 (article 11); Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates, 12/11/2017 (article 10.1); Agreement between Japan and the Republic of Armenia for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 14/02/2018 (date of entry into force 15/05/2019) (article 10.1).

⁵⁰⁸ Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA), 05/08/2004 (date of entry into force: 01/01/2009).

environnementale sans crainte de violer le traité. Le tribunal arbitral lui a concédé la justesse de cette interprétation, tout en précisant que ce droit de réglementer n'est pas absolu : « *Although the express terms of Article 10.11 essentially subordinate the rights to investors under Chapter Ten to the right of Costa Rica to ensure that the investments are carried out «in a matter sensitive to environmental concerns», this subordination is not absolute in the view of the Tribunal. It requires that the actions to be taken by the States Parties to DR-CAFTA act in line with principles of international law, which require acting in good faith. It is not a question of « not-applying» those provisions under Chapter Ten, but rather giving preference to the standards of environmental protection that were stated to be of interest to the Treaty Parties at the time it was signed* »⁵⁰⁹.

Dès lors, les précisions relatives aux situations dans lesquelles les mesures d'exercice de liberté réglementaire pourraient avoir un impact négatif sur l'investissement ne sont pas superflues dans la mesure où les tribunaux peuvent ne pas avoir la même interprétation de telles dispositions. Deux observations s'imposent à cet égard.

La formulation générale de l'exception est d'abord préférable aux exceptions attachées à chaque standard de protection des investissements. En raison du fait que l'investisseur soulève plusieurs allégations de violations à la fois, l'efficacité de la protection qu'offre une exception particulière va dépendre de l'existence et de l'efficacité des exceptions attachées à d'autres standards.

Ensuite, au regard de la tendance des États à importer l'exception générale de l'article XX du GATT, il semble important de mentionner qu'une reprise textuelle de l'article XX du GATT dans le TBI ne paraît pas adaptée au cadre de l'arbitrage d'investissement. Une interprétation discutable d'une exception formulée de la même manière que l'article XX du GATT a été donnée par le tribunal dans l'affaire *Eco Oro*. En interprétant l'exception environnementale formulée à l'article 2203 (3) de l'Accord de libre-échange économique entre le Canada et la Colombie⁵¹⁰, le tribunal a considéré que l'invocation réussie de l'exception

⁵⁰⁹ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award, 18 September 2018, para. 412. Voir pour un commentaire : BOSE D., « David R Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*.

⁵¹⁰ « (3) For the purposes of Chapter Eight (Investment), subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination between investment or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary: (a) To protect human, animal or

environnementale ne dispensait pas l'État colombien de l'obligation d'indemniser l'investisseur pour les violations constatées du fait de la mesure environnementale prise⁵¹¹. Il considère que le résultat contraire nécessiterait que la rédaction de l'exception prévoie expressément la dispense de l'indemnisation. Cette interprétation est évidemment discutable ; il n'en demeure pas moins qu'en raison des finalités différentes du constat de la violation en droit de l'OMC (mettre fin à la violation) et en droit des investissements (indemniser), importer le modèle de l'article XX sans précision ni adaptation comporte le risque d'une interprétation très restrictive, et partant divergente⁵¹², de cette exception et du test qu'elle requiert par les tribunaux⁵¹³.

Enfin, pour toutes ces raisons, la meilleure manière de s'assurer que l'on formule bien une exception est peut-être la solution radicale d'exclure la catégorie des mesures du champ d'application matériel du traité, en formulant l'exception dans la définition de l'investissement⁵¹⁴.

Ainsi, il apparaît certes qu'aucune rédaction, aussi soignée soit-elle, n'est pas à l'abri d'une interprétation discutable des tribunaux, mais certaines dispositions sont plus précises que d'autres. Surtout, elles permettent de réduire le champ d'application des règles de protection de l'investissement en faveur des droits sociaux ou de l'intérêt général social. C'est dans la même tendance que s'inscrivent certaines dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises.

plant life or health, which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health; (b) To ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or (c) For the conservation of living or non-living exhaustible natural resources » ().

⁵¹¹ Voir le raisonnement du tribunal : *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, *Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum*, 9 September 2021, *op. cit.*, para. 826-837.

⁵¹² Voir par exemple l'interprétation de l'article 2201 de l'accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou dans l'affaire : *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú*, ICSID Case No. ARB/14/21, *Award*, 30 novembre 2017. Le tribunal a considéré que la liste exhaustive du modèle de l'exception de l'article XX GATT excluait l'invocation de la règle coutumière de « police powers » (para. 471-474)

⁵¹³ Voir sur l'importation de l'exception GATT en droit international des investissements : MITCHELL A.D., MUNRO J. and VOON T., « Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements. Proportionality, Myths and Risks », *Yearbook on International Investment Law and Policy 2017*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, p. 305-355; LÉVESQUE C., « The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy », in ECHANDI R. and SAUVE P. (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, *op. cit.*, p. 363-370.

⁵¹⁴ Voir pour la protection de l'agriculture vivrière et des terres cultivables pour les besoins des populations locales : COTULA L. and BERGER T., « Farmland in International Investment Law and Dispute Settlement. Developments in 2017 », in SACHS L., JOHNSON L. and COLEMAN J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2017*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 218-228.

2. La socialisation explicite à travers les obligations sociales de l'investisseur

Le second type de dispositions vise le comportement de l'investisseur qu'elles vont tendre à encadrer. L'impact potentiel sur la protection de l'investissement ne résulte pas seulement de la formulation de directives fermes adressées à l'investisseur et visant la protection ou la promotion des droits sociaux. Elle découle aussi de l'adaptation des obligations étatiques à la situation de l'investisseur.

Certains accords déjà étudiés se contentent de répliquer sur les investisseurs les mêmes obligations en matière de droits de l'homme qui s'imposent aux États en tant que parties aux conventions internationales de protection de droits de l'Homme. À titre d'exemple, l'article 72 de l'Accord entre le Royaume-Uni et les États du Forum Caribéen traite du comportement des investisseurs (« Behaviour of Investors »), mais il le fait à travers celui des États. Ceux-ci doivent collaborer et adopter sur leurs territoires respectifs toute mesure nécessaire, y compris à travers la législation nationale, pour s'assurer que (et pour ce qui concerne les droits sociaux) :

« (b) *Investor's act in accordance with core labour standards as required by the International Labour Organization ('ILO') Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998, to which the United Kingdom and the Signatory CARIFORUM States are parties (2)* ⁽⁵¹⁵⁾.

(c) *Investors do not manage or operate their investments in a manner that circumvents international environmental or labour obligations arising from agreements to which the United Kingdom and the Signatory CARIFORUM States are parties.* (d) *Investors establish and maintain, where appropriate, local community liaison processes, especially in projects involving extensive natural resource-based activities, in so far that they do not nullify or impair the benefits accruing to the other Party under the terms of a specific commitment*».

Cette pratique apparaît comme une évolution par rapport aux accords qui visent simplement les traités de droits de l'homme, alors même que ces derniers traités s'adressent aux États. Elle reste cependant ambivalente. D'une part, elle impose des obligations à l'investisseur. Elle permet notamment de justifier le comportement d'un État qui prend des mesures à l'encontre d'un investisseur qui refuse de mettre en œuvre au niveau national les obligations visées. L'importance de ces obligations peut être appréciée à la lecture de la

⁵¹⁵ « *These core labour standards are further elaborated, in accordance with the Declaration, in ILO Conventions concerning freedom of association, the elimination of forced labour, the abolition of child labour and the elimination of discrimination in the work place*».

décision du tribunal arbitral constitué dans l'affaire *Bear Creek Mining* à propos de l'obligation de consultation de la Convention OIT n° 169 : « *the ILO Convention 169 imposes direct obligations only on States. Contrary to Respondent's arguments, private companies cannot « fail to comply» with ILO Convention 169 because it imposes no direct obligations on them*».

D'autre part, la formulation de l'obligation n'adapte pas le contenu des obligations à la situation de l'investisseur, même si, ces obligations sont internationales. La suite du passage du paragraphe de la sentence *Bear Creek* montre encore la nécessité d'adapter ces obligations à la situation de l'investisseur pour retenir une violation contre l'investisseur et rendre effective la responsabilité de celui-ci «*The Convention adopts principles on how community consultations should be undertaken, but does not impose an obligation of result. It does not grant communities veto power over a project. The relevant examination is whether the consultations were conducted in good faith, adjusted to the circumstances of the Project and the affected community, and conducted with the objective of reaching agreement. As concluded above in this Award, Claimant has not breached that expectation* »⁵¹⁶.

De ce point de vue, la meilleure formulation des dispositions visant la protection des droits sociaux et s'adressant à l'investisseur est celle qui reflète le soin de réécrire les obligations des traités de droits de l'homme. Le domaine favori d'émergence de telles dispositions est la responsabilité sociale de l'investisseur. Cela se comprend facilement en raison de la lente, mais longue histoire de la construction de la responsabilité sociale de l'entreprise qui a vu des instruments et modèles d'instruments se succéder entre eux sans que le pas vers le droit dur ne soit encore franchi en droit international. Les traités bilatéraux d'investissement conclus par le Brésil offrent un modèle relativement satisfaisant de la formulation de dispositions en question. L'article 15 du Traité bilatéral d'investissement entre le Brésil et la Guyane dispose, au titre de la responsabilité sociale de l'entreprise, que les investisseurs et leurs investissements devront s'assurer d'atteindre le niveau le plus élevé possible de la contribution au développement durable de l'État d'accueil et de la communauté locale, à travers l'adoption d'un niveau élevé de pratiques socialement responsables, fondées sur les principes et les standards volontaires tels qu'ils ressortent de cet article. À propos des droits sociaux, ces standards qui s'imposent à l'investisseur à l'alinéa 2 sont : « *a) contribute to the economic, social and environmental progress, aiming at achieving sustainable*

⁵¹⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, op. cit., para. 664.*

development, b) Respect the internationally recognized human rights of those involved in the enterprises' activities; (...); e) Refrain from seeking or accepting exemptions that are not established in the legal or regulatory framework relating to human rights, environment, health, security, work, tax system, financial incentives, or other issues i) Refrain from discriminatory or disciplinary action against employees who submit grave reports to the board or, whenever appropriate, to the competent public authorities, about practices that violate the law or corporate policy; j) Encourage, whenever possible, business associates, including service providers and outsources, to apply the principles of business conduct consistent with the principles provided for in this Article (...))»⁵¹⁷.

Ce type de rédaction n'est toutefois pas exempt de difficultés. Certaines exigences impliquent de la progressivité dans leur mise en œuvre, et l'appréciation de leur respect paraît difficile en pratique⁵¹⁸. Par exemple, au titre de la responsabilité sociale des entreprises, l'article 22 du Code panafricain des investissements requiert des investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, qu'ils « s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs » et qu'ils contribuent au « progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des États d'accueil ». La mise en œuvre de telles obligations implique pour l'investisseur de maîtriser, pour chaque année, les objectifs de développement définis par l'État d'accueil et de s'y conformer. Même si de tels objectifs peuvent être définis dans un cadre stratégique à réalisation pluriannuelle, cela va demander constamment une réadaptation de l'investisseur dans sa politique de responsabilité sociale. Son appréciation par un tiers impartial demanderait également une maîtrise des objectifs du développement de l'État d'accueil, objectifs qui sont souvent vaguement formulés.

⁵¹⁷ *Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana, 13/12/2018 (article 15); Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, 11/04/2018 (article 14); Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates, 15/03/2019 (article 15); Investment Cooperation and Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi 25/06/2015 (article 9). Voir également l'article 14 du Intra-MERCOSUR Cooperation and Facilitation Investment Protocol, 07/04/2017.*

⁵¹⁸ « a) contribute to the economic, social and environmental progress, aiming at achieving sustainable development, c) Encourage local capacity building through does cooperation with the local community; ; h) Promote the knowledge of and the adherence to the corporate policy by workers, through appropriate dissemination of this policy, including programmes for professional training; and k) Refrain from any undue interference in local political activities ».

D'autres obligations semblent inappropriées pour l'investisseur lorsqu'elles concernent davantage le rapport entre l'investisseur et l'État que celui entre l'investisseur et les particuliers. C'est le cas de l'article 23 du Code panafricain des investissements qui oblige l'investisseur, dans le domaine des ressources naturelles, à ne pas « exploiter ou utiliser les ressources naturelles locales au détriment des droits et intérêts de l'État d'accueil » et à veiller « au respect des droits des populations locales » et à éviter « les pratiques d'accaparement des terres, préjudiciables à ces communautés ». Ces dernières obligations reflètent une adaptation des obligations proprement étatiques à l'investisseur et peuvent être plus spécifiques en prenant en compte la situation de l'investisseur. Elles pourraient par exemple consister à imposer le respect des politiques agraires ou à préciser des obligations spécifiques relatives à l'augmentation progressive du pourcentage étatique dans la répartition des revenus miniers ou du pouvoir de décision au sein des instances minières, ou encore une acceptation de la participation des populations locales dans la gestion des ressources naturelles⁵¹⁹. La formulation choisie par la CEDEAO reflète ce souci d'adaptation. Elle impose non seulement des obligations spécifiques, dont une étude d'impact environnemental et social, mais elle oblige aussi l'investisseur à considérer les obligations sociales de l'État dans la mise en œuvre de son investissement en s'empêchant, entre autres de se rendre complice de la violation de ces droits⁵²⁰. Le commentaire de l'article 15 du modèle de traité de la SADC exprime également ce souci d'adaptation lorsqu'il se réfère aux principes de John Ruggie et au caractère tripartite du processus législatif

⁵¹⁹ Voir dans ce sens, la relative précision apportée par l'article 11.3 de l'Acte supplémentaire de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest : « *Investors shall strive through their management policies and practices, to contribute to the development objectives of the host States and the local levels of government where the investment is located* ».

⁵²⁰ Article 14 Post-Establishment Obligations: “*Investors or investments shall, in keeping with best practice requirements relating to their activities the size of their investments, strive to comply with on hygiene, security, health and social welfare rules in force in the host country. (2) Investors shall uphold human rights in the workplace and the community in which they are located. Investors shall not undertake or cause to be undertaken, acts that breach such human rights. Investors shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents human rights obligations, labour standards as well as regional environmental and social obligations, to which the host State and/or home State are Parties (3) Investors shall not by complicity with, or in assistance with others, including public authorities, violate human rights in times of peace or during socio-political upheavals. (4) Investors and investments shall act in accordance with fundamental labour standards as stipulated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998*» (). Cette disposition est similaire à l'article 15 du modèle de traité de la Communauté pour le développement de l'Afrique du Sud : “ 15.1. *Investors and their investments have a duty to respect human rights in the workplace and in the community and State in which they are located. Investors and their investments shall not undertake or cause to be undertaken acts that breach such human rights. Investors and their investments shall not assist in, or be complicit in, the violation of the human rights by others in the Host State, including by public authorities or during civil strife. 15.2. Investors and their investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998.3 15.3. Investors and their investments shall not [establish.] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher*» (2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, *op. cit.*

au sein de l'OIT. De même, le nouveau code commun des investissements de la CEDEAO de et l'accord d'investissement de la COMESA impose aux investisseurs diverses obligations dont des obligations vis-à-vis des travailleurs (liberté d'association, négociation collective, l'élimination de toutes les formes de travail forcé, de s'abstenir de pratiquer le travail des enfants et la discrimination au travail)⁵²¹.

De même, l'idée de présenter les droits de l'Homme dont la mise en œuvre s'impose à l'investisseur comme des principes devant guider son action, manifeste un certain pragmatisme. Elle laisse certes une marge d'appréciation importante au tiers impartial, mais elle a l'avantage d'adapter les droits de l'Homme à la situation de l'investisseur et de permettre de prendre en compte chaque situation factuelle dépendant du domaine d'activité de l'investisseur (même si le texte le confine au domaine de l'exploitation des ressources naturelles)⁵²². Pour cette raison, elles représentent des obligations adaptées aux investisseurs et dirigées vers l'effectivité des droits des tiers particuliers.

Ainsi, il résulte des développements de ce dernier paragraphe que l'efficacité et l'effectivité des dispositions relatives aux droits sociaux ne résident pas seulement dans leur force contraignante. Elles tiennent à leur précision et à leur rédaction visant à écarter l'application complète des règles de protection de l'investissement en faveur des droits sociaux. En ce sens, même les références relatives aux droits sociaux dans les préambules peuvent avoir une portée importante. L'enjeu demeure l'adaptation de la pratique arbitrale à la présence de ces formulations particulières dans les accords d'investissement.

Conclusion de la section

Au final, l'analyse, dans la seconde section de ce chapitre, de la portée interprétative des dispositions relatives aux droits sociaux enseigne que le défi important qui mérite davantage

⁵²¹ Code des investissements de la CEDEAO, juillet 2018 (Article 30. 3. viii.) disponible en ligne : <https://wacomp.projects.ecowas.int/wp-content/uploads/2020/03/ECOWAS-COMMON-INVESTMENT-CODEFRENCH.pdf> ; The revised Investment Agreement (2018) of the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)(article 29.2).

⁵²² Article 24. Éthique commerciale et droits humains : « Les principes suivants doivent guider les investisseurs en matière de respect de l'éthique commerciale et des droits humains : a) promouvoir et respecter la protection des droits humains internationalement reconnus ; b) veiller à ne pas être complices de violations des droits humains ; c) éliminer toutes les formes de travail forcé ou obligatoire, y compris l'abolition effective du travail des enfants ; d) éliminer la discrimination en matière d'emploi et dans la vie professionnelle ; et e) veiller à un partage équitable des richesses issues des investissements ».

d'attention est la pratique arbitrale d'interprétation des dispositions relatives de droits sociaux. Certaines dispositions ou références sont problématiques dans leur rédaction. Toutefois, même les dispositions qui présentent une certaine précision dans leur rédaction ne sont pas à l'abri d'une interprétation négligente de la part des tribunaux. L'identification de ce problème invite ainsi à plus de soin dans la rédaction des dispositions conventionnelles et défend une certaine propension des États à soulever des moyens de défense et à donner leur interprétation des accords d'investissement. La multiplication des interprétations jointes des États ainsi que l'intervention des États tiers intéressés constituent un moyen d'influencer l'interprétation des tribunaux et pourraient les entraîner à une adaptation de leur interprétation au nouveau paradigme des accords internationaux d'investissement.

Conclusion du Chapitre 2

L'objet du chapitre a été précisé à la fois de façon positive et de façon négative. Il s'agissait d'abord de présenter l'importance de la socialisation du droit conventionnel des investissements. Cette importance est à la fois quantitative et qualitative comme cela apparaît tout au long du chapitre. Cette présentation a été volontairement implicite. La préférence a été donnée à une présentation critique de l'importance qualitative et quantitative de la socialisation du droit matériel des investissements. Il s'agissait ensuite de montrer les limites de la socialisation en vue d'en apprécier la portée juridique potentielle sur la protection des droits sociaux. À cet égard, il est apparu que les limites de l'effectivité et de l'efficacité des dispositions conventionnelles étudiées sont d'abord internes aux références relatives aux droits sociaux. Elles sont ensuite liées à la pratique arbitrale relative à l'interprétation. La considération de ces limites est manifeste dans certains accords d'investissement, mais ces dispositions ne suffisent pas à témoigner d'une prise en compte par les États de leurs obligations en matière de droits sociaux. L'effectivité des droits sociaux requiert une réponse adéquate des États, à la fois en tant que parties aux accords d'investissement et en tant que parties au contentieux arbitral d'investissement. Dans cette dernière position, le traitement que les États réservent aux différends relatifs aux droits sociaux joue un rôle important.

Conclusion du Titre 1

Le traitement des droits sociaux dans le droit substantiel de source conventionnelle du droit des investissements est le résultat d'un processus qui prend en compte l'appréciation de sa portée. La source conventionnelle se présente comme le lieu idéal de la prise en compte par l'État de ses obligations en matière de droits sociaux dans ses rapports internationaux. En droit international des investissements, les questions sociales ont commencé à devenir préoccupantes à mesure que les règles de protection des investissements opéraient le passage du droit coutumier au droit conventionnel. L'avènement des TBI a été l'occasion d'adopter une approche libérale de l'encadrement de l'investissement qui a écarté les questions sociales du contenu des accords d'investissement. La pratique conventionnelle a ainsi été marquée par une surprotection de l'investisseur dont le revers est la négligence des droits des tiers à l'accord d'investissement. Cette situation a suscité à son tour une réaction des États qui s'est traduite récemment par l'introduction de références aux droits sociaux dans les accords d'investissement.

Toutefois, la persistance de certaines faiblesses rédactionnelles suscite encore des interrogations et a pu faire constater des niveaux différents de la socialisation. Certes, l'analyse des limites de la socialisation montre l'existence d'obstacles parfois indépendants de la volonté des États parties aux accords d'investissement. Toutefois, les limites relatives à la pratique arbitrale ne réduisent que la portée interprétative des dispositions visant la protection des droits sociaux. Elles ne sont pas insurmontables et n'explicitent qu'une prise en compte insatisfaisante des obligations en matière de droits sociaux, se limitant à des références incomplètes à plusieurs égards.

En tout état de cause, la place du tiers dans cette analyse portée sur les normes substantielles des droits est résiduelle, la prise en compte insuffisante des droits sociaux des tiers n'exclut pas la défense de ces droits dans le cadre d'un litige mettant en cause leur jouissance ou leur exercice. Les dimensions de cette possibilité restent cependant à clarifier. Le traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux donne l'occasion de clarifier ce point et de compléter l'analyse de la socialisation du droit matériel des investissements.

TITRE 2. LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE DU CONTENTIEUX RELATIF AUX DROITS SOCIAUX

La socialisation du droit conventionnel comprend deux composantes complémentaires : la socialisation du droit substantiel et le traitement du contentieux des droits sociaux. Cette complémentarité suscite deux observations importantes.

La première est relative à l'enjeu du traitement du contentieux des droits sociaux en droit des investissements et à son apport potentiel à l'effectivité des droits sociaux. La justiciabilité des droits sociaux en droit international est sujette à un traitement distinct de celle des droits civils et politiques⁵²³. Dans la mesure où la distinction a une connotation négative, le traitement du contentieux des droits sociaux en droit des investissements pourrait être doublement correcteur. D'une part, il peut l'être en s'inscrivant dans la tendance d'uniformisation du traitement contentieux des droits de l'homme, telle qu'elle apparaît devant les juridictions régionales de droits de l'homme. D'autre part, en soumettant à un même tiers impartial, le traitement des différends relatifs aux investissements et de ceux relatifs aux droits sociaux dans le contexte des investissements (justiciabilité subjective et objective), les États auraient fourni une alternative à l'effectivité des droits sociaux recherchée à travers la responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme.

La seconde observation se fonde sur le constat que la complémentarité entre les deux composantes de la socialisation du droit conventionnel ne suppose pas cependant une logique pré-étudiée de la part des États. Cela revient à dire que l'inscription dans un même traité des dispositions relatives aux droits sociaux n'implique pas que le contentieux des droits sociaux emprunte le même mode de règlement que celui des différends relatifs aux investissements. Cette hypothèse apparaît la plus plausible. *A priori*, le traitement des différends relatifs aux droits sociaux par les accords d'investissement n'est pas uniforme. En fonction de la rédaction ouverte des clauses de règlement des différends, certains accords accordent un traitement arbitral à tous les différends relatifs aux investissements⁵²⁴. Toutefois, une tendance importante

⁵²³ Guy Braibant distingue la justiciabilité objective de la justiciabilité subjective qui est bien connue. La justiciabilité objective renvoie à la sanction par le juge des normes de rang inférieur qui seraient contraires à des normes de rang supérieur relatives aux droits sociaux (BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, p. 45-46).

⁵²⁴ BALCERZAK F., « Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29 (2014), n° 1, p. 216-230;

retient un traitement spécifique aux différends relatifs aux droits sociaux. L'objet de ce chapitre est de saisir les implications de cette spécificité sur l'effectivité des droits sociaux. À l'analyse, il apparaît qu'en adoptant ce traitement spécifique les États favorisent une effectivité juridictionnelle modeste des droits sociaux. Cette conclusion s'explique par la nature non juridictionnelle du traitement réservé aux droits sociaux et qui favorise une sorte de justiciabilité objective des droits sociaux. L'effectivité du mécanisme en question est donc perfectible. Il est ainsi possible de cerner le sujet à travers l'étude du traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux (**Chapitre 3**) et la mise en œuvre du contentieux interétatique des droits sociaux (**Chapitre 4**).

CHAPITRE 3 : LE TRAITEMENT CONVENTIONNEL DU CONTENTIEUX DES DROITS SOCIAUX

Il est que vrai que la formation du droit international est un processus qui implique plusieurs acteurs⁵²⁵ ; toutefois, la domination des États dans la phase de formalisation du droit est un fait incontesté⁵²⁶. En droit des investissements, l'entreprise multinationale, malgré son poids économique dans la globalisation, reste l'objet de la législation nationale des États. Son activité est ainsi partiellement encadrée par des conventions bilatérales et multilatérales visant essentiellement à préserver ses intérêts économiques⁵²⁷. Ce cadre juridique national et international dessine le contexte dans lequel il convient de tenter de comprendre le traitement des différends relatifs aux droits sociaux en droit international des investissements.

Le traitement réservé aux différends susceptibles de s'élever à propos de l'application des dispositions relatives aux droits sociaux en droit international des investissements partage au plus un point commun avec le traitement des différends relatifs aux investissements. Tous les deux sont voulus, dans leurs états respectifs, par les États qui participent à la formation du droit international des investissements. La question pertinente se rapporte à l'intérêt de ce choix. À quoi répond-il ? Y a-t-il une raison discernable au traitement spécifique des différends relatifs aux droits sociaux ? En l'occurrence, le traitement spécifique est-il dicté par le souci de protection des droits sociaux ? Ce chapitre tente de répondre à ces questions et de tirer les implications de ce choix fait par les États pour la protection effective des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif aux investissements.

Il est possible de prendre comme postulat de départ que le traitement du contentieux des droits sociaux répond à la volonté des États de privilégier dans le cadre juridique des investissements la protection des investissements et des droits de l'investisseur. Toutefois, tout

⁵²⁵ Voir BOYLE A.E. and CHINKIN C.M., *The making of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁵²⁶ Remarquant que l'engagement de l'État est source de toute normativité internationale, de façon directe ou indirecte, le professeur SUR considère que le volontarisme est indépassable d'autant plus qu'il n'est que rarement attaqué de front. Aussi, malgré le surgissement et l'expansion, à côté de lui, de nouvelles catégories de sujets de droit international, l'État demeure-t-il le sujet éminent et renforcé de la société internationale contemporaine. Car, il est une machine à récupérer, à récupérer les mouvements et les forces, économiques, sociales, idéologiques, la plus efficace des machines à les contrôler, à les convertir et à les utiliser à ses propres fins (SUR S., *Les dynamiques du droit international*, Paris, Pedone, coll. Collection Doctrine(s), 2012, p. 69-71)

⁵²⁷ L'encadrement n'est pas total, car certains aspects des activités de l'entreprise multinationale n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation internationale. C'est le cas de la responsabilité internationale des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme, qui fait l'objet des travaux au sein des Nations Unies depuis 2014, et même avant.

comme avec la pratique arbitrale, les conséquences de ce choix ne paraissent pas avoir été suffisamment anticipées. Celles-ci semblent se retourner contre l'État qui se trouve à court de moyens juridiques lorsqu'il est dans l'intérêt de sa défense, dans le cadre d'un contentieux arbitral relatif aux investissements, de soulever un argument relatif à la protection des droits sociaux.

Mis ensemble, l'argument relatif au choix volontaire et celui tenant à ses conséquences juridiques indésirées s'opposent à la conclusion que le traitement spécifique est justifié d'abord par la volonté de protection des droits sociaux. Pour s'en convaincre, il convient d'abord de cerner lequel des objectifs de protection des investissements ou de protection des droits sociaux est dominante. Cela permettra de saisir les implications pratiques de la réponse sur les moyens d'action de l'État dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. Si ce raisonnement est acceptable, il impose de qualifier ou de connoter la spécificité du traitement du contentieux relatif aux droits sociaux (**Section 1**) et la conséquence contentieuse (contentieux investisseur-État) du traitement spécifique des litiges relatifs aux droits sociaux (**Section 2**).

SECTION 1. LA QUALIFICATION DE LA SPECIFICITE DE TRAITEMENT CONVENTIONNEL DES DIFFERENDS RELATIF AUX DROITS SOCIAUX

C'est dans le droit substantiel qu'il faut rechercher les manifestations du traitement spécifique réservé aux litiges impliquant les droits sociaux. La spécificité résulte du fait que les accords d'investissement distinguent le traitement contentieux des droits des investisseurs de celui des droits des tiers à l'opération d'investissement. Toutefois, ce traitement tel qu'organisé dans le droit matériel n'est pas toujours uniforme. Certes, il se distingue globalement par son caractère peu juridictionnel, mais certains accords sont silencieux sur la question alors que d'autres réglementent expressément la question. En outre, il apparaît une différence de traitement de la question par les accords bilatéraux d'investissement et les accords de libre-échange commerciaux qui contiennent un chapitre dédié à la protection de l'investissement (dans les accords mixtes ou généraux). En prenant en considération cette distinction, il est possible de remarquer que dans le cas des TBI, la précision sur le traitement des litiges de droits sociaux est une pratique rare. Cette situation conduit à une qualification ambiguë de la présence d'un traitement particulier des litiges de droits sociaux dans un TBI. En effet, le silence d'un TBI sur la question peut, en fonction de la rédaction de la clause d'arbitrage, conduire, d'une part, à une qualification positive du traitement des litiges des droits sociaux. Ces litiges pourront

alors être décidés par le tribunal d'investissement établi à l'occasion d'un différend relatif aux investissements. D'autre part, la distinction du traitement des litiges relatifs aux droits sociaux de celui des autres différends relatifs à l'application et à l'interprétation du TBI peut être positivement appréciée si ce traitement spécifique vise à protéger les droits sociaux des tiers à l'arbitrage d'investissement. Cette situation conduit à la qualification ambiguë du traitement spécifique des différends relatifs aux droits sociaux dans le cas des TBI (**Paragraphe 1**). La qualification se précise lorsqu'on prend en compte les accords de libre-échange économique. Ceux-ci sont souvent explicites sur la question. L'analyse du traitement que ces accords réservent aux litiges de droits sociaux permet d'apprécier globalement le traitement spécifique, car elle conduit à reconnaître une qualification relative à ce traitement spécifique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'ambiguïté de la qualification du traitement des différends relatifs aux droits sociaux dans les TBI

Le constat de l'exclusion des différends relatifs aux droits sociaux se fait à la lecture des accords d'investissement. L'intérêt de faire ce constat réside principalement dans la raison de cette pratique conventionnelle. Or, cette raison n'est pas toujours évidente, les deux qualifications étant possibles.

En premier lieu, la raison est équivoque au regard du contexte actuel de crise de légitimité du système de règlement des différends investisseurs États, accusé d'être défavorable à la poursuite des objectifs publics légitimes. Aussi, l'exclusion des droits sociaux pourrait-elle s'expliquer par le souci de préserver les droits sociaux en soustrayant les différends afférents d'un mode de règlement qui serait par avance biaisé. Cette justification est implicite dans certaines dispositions d'exclusion qui semblent justifier l'exclusion par l'importance du bien public ou de la valeur protégée. L'article 10.13.3 de l'Accord de libre-échange entre le Sri Lanka et le Singapour dispose ainsi que : « *This Section shall not apply to any dispute concerning any measure adopted or maintained or any treatment accorded to investors or investments by a Party in respect of tobacco or tobacco-related products that are aimed at protecting or promoting human health* »⁵²⁸. De même, l'accord entre l'Australie et l'Indonésie semble s'inscrire dans cette logique. L'article 14.21.1 n'exclut pas seulement de l'arbitrage

⁵²⁸ *Singapore-Sri Lanka Free Trade Agreement, 23/01/2018 (date of entry into force: 01/05/2018).*

investisseur État les réclamations qui sont relatives à une mesure adoptée et mise en œuvre en vue de la protection ou de la promotion de santé publique. Il précise qu'il faut entendre par « mesures destinées à assurer la protection et la promotion de la santé publique », les mesures relatives aux systèmes et/ou services pharmaceutiques ou de la santé⁵²⁹.

Cette position est confortée par le mécanisme de règlement des différends prévu dans certains accords d'investissement, notamment brésiliens, qui consiste à prévoir un arbitrage interétatique à la suite de l'échec d'une tentative de règlement amiable. Il admet la possibilité que les parties compromettent sur la détermination par le tribunal arbitral des dommages causés par la mesure incriminée et de l'indemnisation due, il reviendra à l'État créancier de transférer la réparation aux créancier(s) réel(s), à savoir l'investisseur. Même avec cet arbitrage interétatique, ces accords soustraient du règlement arbitral des catégories de mesures d'intérêt public. La liste des mesures exclues manifeste le souci de protection des intérêts en question. Ainsi, l'article 25.3 du TBI conclu par le Brésil et la République guyanaise prévoit, à propos de l'arbitrage interétatique, que certaines dispositions peuvent ne pas être soumises à l'arbitrage. À la suite, il liste les articles suivants : « *Article 13 — Security Exceptions; Article 14— Compliance with Domestic Legislation; Article 15—Corporate Social Responsibility; Paragraph 1 of Article 16—Investment Measures and Combating Corruption and Illegality; and paragraph 2 of Article 17—Provisions on Investment and Environment, Labour Affairs and Health* ». ⁵³⁰ Ce faisant, cette approche offre la possibilité (l'exclusion n'est pas obligatoire, il s'agit d'une possibilité laissée aux États parties) de soustraire le contentieux relatif aux droits sociaux aux tribunaux arbitraux au profit des juridictions nationales. Pour rappel, les accords brésiliens d'investissement tendent à formuler des obligations à la charge des investisseurs. Ces derniers pourront être poursuivis devant les tribunaux ordinaires des États. Dans ce cas, l'exclusion produit un effet double. Elle contribue au respect du pouvoir réglementaire de l'État qui prend une mesure sociale d'une part, et à la sanction du comportement de l'investisseur qui porte atteinte aux droits sociaux des tiers, d'autre part.

⁵²⁹ La même conclusion s'applique tant à certains TBI qu'aux aspects relatifs à l'investissement dans certains Accords commerciaux.

⁵³⁰ *Cooperation and Investment Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Cooperative Republic of Guyana, 13/12/2018*. Voir également : *Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates, 15/03/2019 (article 24.3); Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, 11/04/2018 (article 25.3)*.

Ces dispositions semblent alors apporter une réponse négative à la question de savoir si l'arbitrage d'investissement est un forum juridictionnel adéquat pour le traitement des questions d'intérêt public en général et des droits de l'homme en particulier. En effet, l'effectivité des droits de l'Homme justifie la possibilité pour le titulaire du droit de porter une réclamation contre un État. Or, dans le contentieux arbitral relatif aux investissements, le titulaire des droits n'est pas une partie au différend, ce qui fait de l'État, devant ce forum juridictionnel, à la fois le représentant du titulaire du droit de l'homme et le titulaire de l'obligation des droits de l'homme. Ce « dédoublement fonctionnel » emporte nécessairement des conséquences sur la défense des droits et la réparation des violations qui pourraient être constatées. Cette raison justifie que la réclamation relative à ces droits soit portée devant une instance devant laquelle le titulaire du droit dispose d'un *jus standi*. Il est alors compréhensible, même lorsque les dispositions ne sont pas exclues du système de règlement des différends commun aux dispositions relatives à l'investissement, que l'accord d'investissement insiste pour soustraire certaines mesures de toute contestation devant un tribunal arbitral. Dans ce sens, l'Accord de libre-échange entre le Pérou et l'Australie précise à la section sur « Investor-state Dispute Settlement » que : « *(n) o claim may be brought under this Section in relation to a measure that is designed and implemented to protect or promote public health. For greater certainty, for Australia, such measures include measures comprising or related to the Pharmaceutical Benefits Scheme, Medicare Benefits Scheme, Therapeutic Goods Administration and Office of the Gene Technology Regulator. A reference to a body or program in this footnote includes any successor of that body or program* »⁵³¹.

Il reste que cette première explication de l'exclusion du contentieux des droits sociaux est soutenue par des accords relativement récents et isolés. Ce qui nous conduit à envisager une autre explication de l'exclusion des droits sociaux du contentieux arbitral, en second lieu. La majorité des accords d'investissement opèrent une exclusion qui semble signifier que l'arbitrage d'investissement est un forum juridictionnel réservé uniquement au règlement des différends relatifs aux droits de l'investisseur. Cette seconde explication est cohérente avec la

⁵³¹ Voir la note 17 de l'*Australia-Peru Free Trade Agreement*, 12/02/2018. Pourtant, l'article 8.16 relatif aux mesures se rapportant à la santé, à l'environnement et d'autres objectifs régaliens reconnaissait un pouvoir réglementaire aux États par rapport à ces mesures et prevenait le risque que de telles mesures éventuellement prises par les États soient attaquées par un investisseur (Article 8.16: "*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, health or other regulatory objectives*").

⁵³¹ *Ibid.*

pratique conventionnelle qui consiste à réserver un effet non contraignant aux références aux droits sociaux. Ces formulations non contraignantes constituent une première manifestation de ce type d'exclusion. Elles contiennent rarement des obligations en matière de droits sociaux, et consistent essentiellement à des rappels de droits reconnus dans d'autres instruments conventionnels (ou non). Elles peuvent difficilement servir de fondement à un moyen de défense de l'État. Nonobstant cela, de nombreux accords internationaux d'investissement prennent le soin de préciser que les réclamations portant sur les dispositions relatives aux droits sociaux sont exclues de l'arbitrage entre l'investisseur et l'État.

Dans certains cas, ce sont les dispositions relatives aux droits sociaux elles-mêmes qui formulent l'exclusion des droits sociaux du mode commun de règlement des différends tel qu'il prévu par l'accord d'investissement. Ainsi, il peut être prévu que « *each party shall act (...) act in accordance with core labour standards, as declared by the International Labour Organization Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 1998* ». À la suite, il peut être précisé que « *(t) he provisions of this Article shall not be subject to the Mechanism for the Settlement of Disputes between an Investor of one Contracting Party and the other Contracting Party to the Mechanism for the Settlement of Disputes between the Contracting Parties established in Articles Ten (10) and Fourteen (14) respectively of this Agreement* »⁵³².

Cela paraît curieux surtout lorsque les dispositions semblent renfermer des obligations. Une explication peut tenir à la nature essentiellement interétatique des rapports juridiques qu'établissent certaines dispositions. Les obligations sont alors destinées aux seules parties à l'accord. Or, dans un arbitrage investisseur-état, il est peu probable que l'investisseur avance la violation d'une disposition relative aux droits sociaux ou à l'environnement.

Dans d'autres cas, l'exclusion est contenue dans la clause de règlement des différends . Ainsi, « (u)n investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle : 1. d'une part, l'autre Partie a manqué à une obligation prévue à la section B (Obligations de fond), à l'exception d'une obligation prévue au paragraphe 3 de l'article 8 (Dirigeants, conseils d'administration et admission du personnel), à

⁵³² *Agreement between the Republic of Guatemala and the Republic of Trinidad and Tobago on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 19/01/2016 (date of entry into force: 30/08/2017) (article 17).*

l'article 12 (Transparence), 14 (Responsabilité sociale des entreprises) ou 15 (Mesures relatives à la santé, à la sécurité et à l'environnement) »⁵³³.

Elle conduit à interdire une réclamation de l'investisseur fondée sur une violation des droits sociaux. Elle peut aussi contribuer à fermer la possibilité d'une demande reconventionnelle contre l'investisseur. La première situation n'est pas bien regrettable en raison de la faible probabilité que l'investisseur introduise une requête en arbitrage en vue de protéger les droits sociaux, même s'il n'est pas exclu que la pratique évolue et montre des cas dans lesquels l'investisseur porte des réclamations visant la protection des droits sociaux. Un cas s'est toutefois présenté, il s'agit de l'affaire *Peter Allard contre Barbade* dans laquelle un investisseur a introduit une réclamation contre l'État de Barbade pour violation par l'État du droit national et de ses engagements en matière environnementale⁵³⁴.

On le voit bien, il est difficile de qualifier de façon générale la spécificité du traitement du contentieux relatif aux droits sociaux dans le cas des TBI. Cette difficulté impose de faire une appréciation au cas par cas. Au contraire, la qualification présente moins de difficulté dans le cas des dispositions sur le règlement des différends investisseurs État contenues dans les accords commerciaux incluant des chapitres sur l'investissement international⁵³⁵.

⁵³³ *Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements* 08/09/2016 (date d'entrée en vigueur : 24/02/2017), (article 20). De même, l'article 24 du TBI conclu par le Japon et Israël dispose que "the claimant may submit to arbitration under this Article a claim: (a) that the respondent has breached an obligation under Section I, except an obligation under articles 9, 18 and 20; and (b) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach"; l'article 20 ayant pour intitulé "Health, Safety and Environmental Measures and Labor Standards" (*Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, the Promotion and the Protection of Investments*, 01/02/2017 (date of entry into force: 05/10/2017). Voir également : *Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates*, 16/04/2018 (article 21); *Agreement between the Government of Canada and the government of the Republic of Moldova for the Promotion and Protection of Investments*, 12/06/2018 (article 20); *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between Canada and the Republic of Guinea*, 27/05/2015 (date of entry into force: 27/03/2017) (article 21); *Accord entre le Canada et la République de la Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements* 30/11/2014 (date of entry into force: 14/12/2016) (article 20); *Agreement between Japan and the Republic of Uzbekistan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments*, 15/08/2008 (date of entry into force: 24/09/2009) (article 21).

⁵³⁴ *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award, 27 June 2016.

⁵³⁵ Voir l'article 17 de l'*Australia-Peru Free Trade Agreement*, 12/02/2018, *op. cit.*; *Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea*, 22/09/2014 (date of entry into force: 01/01/2015) (article 8.18).

Paragraphe 2. La confirmation d'une qualification relative de la spécificité de traitement du contentieux des droits sociaux

Dans les accords de libre-échange économiques, l'exclusion des différends relatifs aux droits sociaux paraît atténuée par le fait que certains accords ne particularisent pas le traitement contentieux des droits sociaux. Toutefois, cette atténuation est seulement apparente.

À titre de considérations générales, tous les accords commerciaux ne traitent pas toujours de l'investissement. Pour ceux de ces accords qui en traitent, il peut arriver que, comme dans le cas des TBI, le chapitre sur l'investissement inclue des dispositions relatives aux droits sociaux et prévoie l'une des formes de traitement contentieux des droits sociaux exposées dans le paragraphe précédent. Mais les accords de libre-échange économiques peuvent présenter une particularité au niveau de clause de règlement de différends. Les accords traitant de l'investissement peuvent réserver un chapitre aux droits des travailleurs ou aux standards de travail. Dans les cas où les droits et standards des travailleurs ne sont pas pris en compte par le chapitre dédié à l'investissement, l'accord opère un traitement spécifique du contentieux des droits sociaux dès lors que le règlement des différends investisseur-État se distingue de celui prévu au chapitre dédié au règlement des différends pouvant s'élever à propos de l'interprétation et de l'application des dispositions de l'accord en général. Le traitement spécifique peut être encore plus prononcé dans certains accords qui excluent les dispositions du chapitre sur les droits sociaux et les différends afférents du chapitre commun sur le règlement des différends.

Il en résulte un traitement spécifique, un peu complexe, du contentieux des droits sociaux dans les accords commerciaux généraux. Mais ce traitement présente l'avantage de faciliter son appréciation. En effet, les dispositions relatives aux droits sociaux sont souvent très explicites dans les accords de libre-échange. Leur mise en relief ainsi que la spécification du règlement des différends afférents permettent de donner une connotation au traitement du contentieux des droits sociaux. Cette appréciation paraît relative. D'une part, il est possible de constater que l'évolution de ces accords s'accompagne d'une extension du contenu des obligations sociales justiciables (A). Toutefois le caractère de droit subjectif des droits sociaux protégés n'est pas suffisamment reflété dans le mécanisme prévu pour le règlement des différends de droits sociaux, malgré l'extension des obligations justiciables. En conséquence, le traitement spécifique réservé aux droits sociaux ne nous paraît pas satisfaisant, car, à

l'analyse, il ne semble pas pouvoir compenser les effets de l'exclusion des droits sociaux du contentieux d'investissement (B).

A- L'évolution des obligations sociales justiciables dans les accords commerciaux globaux

De façon générale, tant au niveau du contenu substantiel que du traitement contentieux, les accords commerciaux s'inspirent des accords de coopération en matière de travail conclus en marge des accords de libre-échange économique (nous les désignons par les termes « accords parallèles » ou « accords séparés »).

Dans un premier temps, les questions sociales ont été traitées dans des accords parallèles aux accords de libre-échange économique. Le plus connu est l'accord parallèle à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Un accord sur la coopération en matière de travail a été adopté et ratifié en même temps que l'ALENA (ANACT/ALENA)⁵³⁶. Le traitement spécifique a été sciemment opéré dans le cas de l'ANACT, les négociations de l'ALENA ayant évité les questions sociales. C'est à la suite de contestations des syndicats de travailleurs que l'accord sur la coopération en matière de travail a été envisagé⁵³⁷.

S'agissant particulièrement de l'évolution des obligations en matière de droits sociaux, le préambule de l'ALENA exprimait seulement l'engagement des États parties à « *protect, enhance and enforce basic workers' rights* » qui a été rappelé dans l'Accord de coopération en matière de travail (ANACT). Ce dernier traite les droits sociaux en termes de principes relatifs au travail. Outre certains objectifs généraux comme l'amélioration des conditions de vie (des populations des États parties) qui est un objectif général et commun aux accords économiques qu'ils soient d'investissement ou de commerce, l'ANACT/ALENA poursuit deux objectifs qui annoncent la prééminence du caractère interétatique du contentieux relatif aux droits sociaux : « *The objectives of this Agreement are to: (...) b. promote, to the*

⁵³⁶ *North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC) between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, 17/12/1992 (date of entry into force: 01/01/1994)*. Un autre accord parallèle relatif à la protection de l'environnement a été également adopté.

⁵³⁷ GLICK L.A., *Understanding the North American Free Trade Agreement: legal and business consequences of NAFTA*, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, p. 97-98.

maximum extent possible, the labor principles set out in Annex 1; (...) f. promote compliance with, and effective enforcement by each Party of, its labor law (...)»⁵³⁸.

L'ANACT a visé essentiellement l'amélioration et l'effectivité des législations sociales nationales à l'aune des droits sociaux internationalement reconnus⁵³⁹. Les principales obligations n'imposent pas, comme en droit international des droits de l'homme, l'effectivité juridictionnelle des droits sociaux, mais seulement l'application des législations sociales nationales⁵⁴⁰. En conséquence, la protection des droits sociaux n'implique pas ici une possibilité de réclamation par voie juridictionnelle des droits concernés⁵⁴¹. Le traitement contentieux, logiquement interétatique, ne permet pas la justiciabilité subjective ni rigoureusement parlant la justiciabilité objective des droits sociaux. La socialisation n'atteint pas donc le degré d'intensité que caractérise l'effectivité juridictionnelle des droits sociaux, mais elle reste un niveau élevé de la socialisation du droit conventionnel marquée par une effectivité relative des droits sociaux.

Malgré l'approche particulière des questions sociales et du traitement contentieux des litiges relatifs aux droits sociaux, cet accord séparé a été une source d'inspiration pour les accords de libre-échange économique. Quelques États s'en sont inspirés et ont adopté des accords qui présentent des aspects d'évolution à la fois sur le plan matériel et procédural, sans

⁵³⁸ Article 1 du *North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC) between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*.

⁵³⁹ L'accord ne fait cependant pas de référence à une convention internationale de protection des droits de l'homme. D'ailleurs, ces droits sont expressément qualifiés de principes afin de moduler les obligations que l'Accord impose aux États Parties. L'annexe 1 à l'accord auquel renvoie l'article 1 (Objectifs) précise qu'en fait de droits, il s'agit de principes directeurs que les Parties se sont engagées à promouvoir, sous réserve de chaque droit national. Ceux-ci n'imposent pas des standards minima pour les droits nationaux, mais indiquent seulement de vastes de préoccupations dans lesquelles les parties ont déjà développé, chacun à sa manière, des législations et pratiques qui protègent les droits et intérêts de leurs travailleurs respectifs. Ces principes directeurs sont : la liberté d'association et la protection du droit syndical ; le droit de négocier collectivement ; le droit de grève, l'interdiction du travail forcé ; la protection du travail des enfants et des adolescents ; les normes d'emploi minimales, telles que le salaire minimum et la rémunération des heures supplémentaires couvrant les salariés y compris ceux qui ne sont pas couverts par les conventions collectives ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi fondée sur des motifs tels que la race, la religion, l'âge, le sexe ou d'autres motifs déterminés par les lois nationales de chaque Partie ; l'égalité de rémunération entre hommes et femmes ; prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles ; indemnisation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle et des maladies professionnelles ; protection des travailleurs migrants.

⁵⁴⁰ Voir les articles 2 et 3 de l'ANACT.

⁵⁴¹ Même si l'obligation de l'article 4 de l'ANACT impose aux États d'assurer aux travailleurs des voies de recours satisfaisantes.

toutefois améliorer le mécanisme contentieux vers un contentieux juridictionnel des droits sociaux⁵⁴².

Dans les accords parallèles postérieurs, l'évolution transparaît dans les choix conceptuels. Il ne s'agit plus de « principes directeurs », mais de véritables « droits » sociaux. L'annexe 1 de l'Accord sur la coopération en matière de travail entre le Canada et le Costa Rica⁵⁴³ fait un renvoi aux engagements étatiques et aux droits et principes de la Déclaration OIT de 1998, auxquels ont été ajoutés le droit de grève et l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. Ces droits et principes sont pris en considération dans la formulation des obligations de l'État. Les États parties sont tenus de les refléter dans leurs législations et doivent s'assurer que leurs législations incarnent et pourvoient à la protection des droits et principes en question⁵⁴⁴. C'est également le cas de l'accord entre le Canada et le Pérou⁵⁴⁵.

De même, au niveau de la justiciabilité, on est plus proche, dans ces accords parallèles suivants, d'une justiciabilité objective des droits sociaux, en ce sens qu'il ne s'agit pas seulement d'assurer l'application des législations nationales, mais de rendre ces législations conformes à des standards internationaux. Dans l'Accord entre le Canada et le Pérou, un panel d'arbitrage peut être établi pour connaître non seulement d'un manquement persistant d'un État partie à l'obligation d'appliquer sa législation sociale, mais aussi du manquement résultant de l'inexécution de ses obligations aux termes des articles 1 et 2, qui se rapportent aux droits de la Déclaration OIT de 1998⁵⁴⁶. L'inclusion de l'article 2 donne dans ces types d'accords une garantie d'effectivité aux dispositions de non-dérogation qui sont moins commercialement

⁵⁴² Exception faite de l'Accord entre le Canada et le Chili qui reprend le contenu du texte de l'ANACT. Voir l'*Agreement on Labour Cooperation Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Chile*, 6 February 1997 (date of entry into force: 5 July 1997) annexé au *Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Chile*, 05/12/1996 (date of entry into force: 05/07/1997).

⁵⁴³ *Agreement on Labour Cooperation Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica*, April 2001 (date of entry into force: 11/2002); *Free Trade Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica*, 23/04/2001 (date of entry into force: 01/11/2002). L'accord de libre-échange contient une disposition sur la liberté réglementaire des États en matière de santé, de sécurité et d'environnement (article 14.16).

⁵⁴⁴ Voir l'Annexe 1 et l'article 2.

⁵⁴⁵ Voir les articles 1 et 2 de l'*Agreement on Labour Cooperation between Canada and the Republic of Peru*, 29/05/2008 (date of entry into force: 01/09/2009); l'accord principal étant le *Free Trade Agreement between Canada and Peru*, 29/05/2008 (date of entry into force: 01/08/2009).

⁵⁴⁶ Article 13.b. ii. La précision relative aux droits de la Déclaration exclut les manquements se rapportant aux conditions de travail (en rapport avec le salaire minimum, les heures de travail et la santé et sécurité au travail) et aux travailleurs migrants (article 1.1. e, f) qui sont des droits prévus non dans la Déclaration de 1998, mais dans l'Agenda sur le travail décent. Voir également les articles 13.1.b.i. des accords suivants: *Agreement on Labour Cooperation Between Canada and the Republic of Honduras*, 5/10/2013 (date of entry into force: 01/11/2014); *Agreement on Labour Cooperation Between Canada and the Republic of Panama*, 14/05/2010.

orientées que dans certains TBI⁵⁴⁷. En effet, cette formulation permet un contrôle objectif de l'état de protection des droits sociaux par les législations nationales. En outre, certains accords étendent les obligations justiciables aux obligations de garanties procédurales au plan interne et aux obligations d'information et de sensibilisation⁵⁴⁸.

L'ANACT a également inspiré la rédaction des chapitres relatifs au travail dans les accords commerciaux inclusifs, dans un second temps. Ce sont les accords qui incorporent les dispositions relatives aux droits des travailleurs dans le même texte traitant du commerce et de l'investissement. Ils représentent désormais une pratique conventionnelle bien établie. Certains de ces accords incluent des chapitres entiers consacrés aux droits des travailleurs⁵⁴⁹ ou au développement durable⁵⁵⁰.

L'extension des obligations relatives aux droits sociaux s'est poursuivie dans certains de ces accords de libre-échange économiques inclusifs⁵⁵¹. Il y est observé également un élargissement du cercle des droits que couvrent les obligations étatiques dans le cadre du commerce et de l'investissement. Par rapport aux accords parallèles canadiens qui limitaient

⁵⁴⁷ L'article 2 de l'accord entre le Canada et le Pérou formule l'obligation de ne pas déroger ou offrir de déroger aux législations sociales nationales *d'une manière qui affecte les droits et principes internationalement reconnus* de l'article 1 en vue d'encourager le commerce ou l'investissement. Voir également l'article 2 de l' *Agreement on Labour Cooperation between Canada and the Republic of Colombia*, 21 November 2008 (date of entry into force: 15 August 2011); l'article 2 de *Canada-Panama Agreement on Labour Cooperation*, 14/05/2010 (date of entry into force: 04/2013); l'article 2 de l' *Agreement on Labour Cooperation Between Canada and the Republic of Honduras*, 5/10/2013 (date of entry into force: 01/11/2014), accord parallèle au *Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Honduras*, 05/11/2013 (date of entry into force: 01/10/2014), *op. cit.*

⁵⁴⁸ Voir les articles 13. b des accords parallèles entre le Canada et respectivement le Honduras et le Panama qui visent les obligations des articles 4 à 6 de ces accords.

⁵⁴⁹ *Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea*, 22/09/2014 (date of entry into force: 01/01/2015), *op. cit.*; *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)*, 08/03/2018 (date of entry into force: 30/12/2018); *Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union*, 30/10/2016; *Free Trade Agreement Between the Government of Chile and the Government of the United States of America*, 06/06/2003 (date of entry into force: 01/01/2004); *Free Trade Agreement between Singapore and the United States of America*, 06/05/2003 (date of entry into force: 01/01/2004); *Free Trade Agreement between the Kingdom of Morocco and the United States of America*, 15 June 2004 (date of entry into force: 01 January 2006); *Australia-United States Free Trade Agreement*, 18/05/2004 (date of entry into force: 01/01/2005); *Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA)*, 05/08/2004 (date of entry into force: 01/01/2009); *Free Trade Agreement between the Kingdom of Bahrain and the United States of America*, 14/09/2004 (date of entry into force: 11/01/2006); *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area*, 19/01/2006 (date of entry into force: 01/01/2009); *Free Trade Agreement between the United States and Panama*, 28/06/2007 (date of entry into force: 31/10/2012); *Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea*, 30/06/2007 (date of entry into force: 15/03/2012).

⁵⁵⁰ Voir les accords de libre-échange conclus par l'Union européenne.

⁵⁵¹ Le nouvel accord qui remplace l'ALENA inclut les dispositions relatives au travail et à l'environnement directement : voir le chapitre 23 de *Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*, 30/11/2018 (date of entry into force : 01/07/2020).

les obligations étatiques aux seuls droits de la Déclaration OIT de 1998, l'accord de libre-échange entre le Canada et la Corée du Sud comprend des dispositions relatives aux conditions de travail, les standards relatifs aux accidents de travail et à leur indemnisation et la non-discrimination des travailleurs migrants⁵⁵².

Toutefois, si les accords commerciaux connaissent une relative évolution par rapport aux accords parallèles, et surtout à l'ANACT, ils accentuent la spécificité du traitement contentieux des droits sans renforcer l'effectivité juridictionnelle de ces droits. Au contraire, ce traitement spécifique tend vers l'évitement d'un mécanisme juridictionnel de la justiciabilité subjective des droits sociaux.

B- L'évitement d'un mécanisme juridictionnel de droits de l'homme

C'est à ce niveau que la qualification de la spécificité du traitement du contentieux des droits sociaux se précise. L'analyse montre que la spécificité n'est pas organisée en vue de refléter l'importance des droits sociaux. Cette affirmation découle de l'examen du traitement réservé aux litiges impliquant les droits sociaux (1) et de l'analyse du mécanisme non juridictionnel prévu à cet effet dans les accords de libre-échange économique (2).

1. Le traitement spécifique du contentieux des droits sociaux

À titre de présentation générale, le mécanisme prévu pour le traitement du contentieux relatif aux droits sociaux présente des limites importantes. Dans le cadre de l'ANACT/ALENA, le système de règlement des différends fait intervenir successivement un comité d'experts en évaluation dans la phase de consultations entre les parties⁵⁵³ et à la suite de l'échec des consultations un panel d'experts qui formule seulement des recommandations. La mission de ces organes est limitée. Notamment, la mission du panel d'arbitrage consiste à déterminer si un État fait preuve d'un manquement persistant à faire respecter effectivement ses normes techniques en matière de sécurité et de santé au travail, de travail des enfants ou de salaire

⁵⁵² Voir ensemble les articles 18.2, 18.3, 18.10 et 18.12. Voir également l'article 19.4 du TTIP. Dans le cas de nombreux accords américains qui ont suivi l'ANACT, il y a une tendance à se limiter aux droits de la Déclaration de 1998 de l'OIT (droit à l'association syndicale, négociation collective, conditions de travail en lien avec le salaire minimum, heures de travail et santé et sécurité au travail, travail des enfants et élimination des pires formes de travail des enfants, interdiction du travail forcé. (FOLSOM R.H., *Principles of free trade agreements: from GATT 1947 through NAFTA re-negotiated 2018*, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2019, p. 267).

⁵⁵³ Voir la Partie IV de l'ANACT.

minimum. La mission comprend, à la suite du constat de manquement, la formulation des conclusions, des déterminations et des recommandations conformément à l'article 36, paragraphe 2⁵⁵⁴.

Outre qu'elle ne fait pas mention de sanction, la formulation de la mission restreint le champ de compétence matérielle du panel par rapport aux principes visés dans les objectifs, même si le manquement s'apprécie par rapport aux obligations vaguement imposées aux articles 2 et 3. En outre, une autre exigence limitative requiert que le manquement persistant soit relatif au commerce et porte sur une législation sociale également adoptée par la partie demanderesse⁵⁵⁵. Enfin, l'accord retient un critère élevé pour constater un manquement de l'État. Aux termes de l'article 49, un manquement persistant suppose un comportement récurrent qui ne doit pas se limiter à une occurrence.

De même, dans les accords inclusifs, les dispositions du chapitre sur les droits sociaux sont exclues du mécanisme commun⁵⁵⁶. Le règlement des différends s'élevant entre les parties à propos du chapitre sur le travail est exclusivement soumis au mécanisme prévu dans ce chapitre. C'est le cas notamment des accords conclus par l'Union européenne. L'exclusion a pour conséquence de soustraire la sanction des violations des obligations relatives aux droits sociaux ou à l'environnement des sanctions économiques. Ce qui pose un problème d'effectivité de ces droits. L'accord avec le Kazakhstan précise ainsi à propos des différends relatifs à ces dispositions, que « *after the arbitration panel has delivered its final report pursuant to Articles 180 and 182, the Parties, taking the report into account, shall discuss*

⁵⁵⁴ Article 29 de l'ANACT/ALENA

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Voir l'article 18.24 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et la Corée du Sud. Voir également les accords conclus par l'Union européenne. À titre illustratif, l'article 16.17 de l'accord de partenariat conclu avec le Japon dispose que « *in the event of disagreement between the Parties on any matter regarding the interpretation or application of this Chapter, the Parties shall only have recourse to the procedures set out in this Article 16.18. The provisions of this Chapter shall not be subject to dispute settlement under Chapter 21* » (*Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17/07/2018 (date of entry into force: 01/02/2019), op. cit.* Voir également : article 6.3 de l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et les pays membres de la SADC qui exclut les dispositions du chapitre sur le développement durable du système de règlement des différends prévu dans l'accord à l'exception de l'article 7. Toutefois, ce dernier article ne formule pas une obligation précise (*Economic Partnership Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the SADC EPA States, of the other part, 10/06/2016*). Voir aussi l'article 13.16 de l'accord libre-échange avec la Corée du Sud (*Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea, 06 October 2010 (date of entry into force: 01 July 2011)*); l'article 300.7 du *Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/01/2016)* ; article 242.1 du *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/07/2016)*.

*suitable measures to be implemented. The Cooperation Committee shall monitor the implementation of any such measures and shall keep the matter under review, including through the mechanism referred to in Article 154 (3)*⁵⁵⁷». Il arrive même que certains accords ne prévoient aucun panel d'arbitrage en dehors des consultations⁵⁵⁸.

Parmi les accords qui adoptent un mécanisme de règlement des différends commun à tous les chapitres de l'accord de libre-échange⁵⁵⁹ (sauf au chapitre sur l'investissement), notamment certains accords canadiens et américains, il est possible de soumettre le différend au mécanisme commun suivant les dispositions prévues dans le chapitre⁵⁶⁰. L'accord entre les États-Unis et le Chili prévoit cette possibilité à l'article 18.6.8 en limitant toutefois le recours au mécanisme de règlement commun sur le plan matériel. Seuls les différends s'élevant à propos de l'article 18.2.1 (a) peuvent être soumis au mécanisme commun : « *A Party shall not fail to effectively enforce its labor laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement* »⁵⁶¹. La seule différence se situe au niveau de la sanction du non-respect de

⁵⁵⁷ Article 155 du *Enhanced Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Kazakhstan, of the other part*, 21/12/2015).

⁵⁵⁸ Voir l'article 12.9 de l' *Free Trade Agreement between the Eurasian Economic union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part*, 29/05/2015 (date of entry into force: 05/10/2016), *op. cit.*

⁵⁵⁹ L'accord de libre-échange entre la Jordanie et les États-Unis d'Amérique ne contient pas un chapitre sur l'investissement (*Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area*, 24/11/2000 (date of entry into force: 17/12/2001)). Son article 17.1. d précise que le rapport du panel d'expert n'est pas contraignant. Tandis que le règlement des différends investisseur État n'est pas spécifiquement prévu dans l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie. Son article 11.16 prévoit une consultation avec la possibilité de soumettre le différend à la loi nationale d'arbitrage d'un État Partie.

⁵⁶⁰ Voir l'article 19.13 TPP.

⁵⁶¹ Voir également l'article 17.6.5 de l'Accord de libre-échange entre les États unis d'Amérique et le Singapour (*Free Trade Agreement between Singapore and the United States of America*, 06/05/2003 (date of entry into force: 01/01/2004), *op. cit.*); l'article 16.6 de l'accord entre les États-Unis et le Maroc (*Free Trade Agreement between the Kingdom of Morocco and the United States of America*, 15 June 2004 (date of entry into force: 01 January 2006), *op. cit.*); l'article 18.6.4 & 5 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie (*Australia-United States Free Trade Agreement*, 18/05/2004 (Date of entry into force: 01/01/2005), *op. cit.*); l'article 19.5.4 & 5 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Bahreïn (*Free Trade Agreement between the Kingdom of Bahrain and the United States of America*, 14/09/2004 (date of entry into force (11/01/2006), *op. cit.*); l'article 16.6.4 & 5 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Oman (*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area*, 19/01/2006 (date of entry into force: 01/01/2009), *op. cit.*); l'article 17.7.6 & 7 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Pérou (*Free Trade Agreement between the United States of America and Peru*, 12/04/2006 (date of entry into force 01/02/2009)) ; l'article 16.7.6 & 7 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Panama (*Free Trade Agreement between the United States and Panama*, 28/06/2007 (date of entry into force: 31/10/2012), *op. cit.*) ; l'article 19.7.4 & 5 de l'accord entre les États-Unis et la Corée du Sud (*Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea*, 30/06/2007 (date of entry into force: 15/03/2012), *op. cit.*). En dehors des accords américains et canadiens, le récent accord conclu par le Royaume-Uni et les pays du Cariforum adopte la même logique (*Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the*

l'obligation de mettre fin au manquement. L'article 22.16.4 requiert que la compensation financière due soit reversée dans un fonds que la commission sur le commerce et le développement durable utilisera au service des activités de promotion du travail ou de l'environnement⁵⁶².

Dans l'un ou l'autre cas, la condition relative à la conséquence du manquement de l'État sur le commerce indique que le constat de la violation requiert un seuil élevé et peut s'avérer difficile à atteindre. Cette condition est requise dans le texte des accords tant au niveau de la formulation des obligations relatives aux droits sociaux qu'au niveau procédural. À titre d'exemple pour le premier niveau, par une note sur les obligations relatives aux droits des travailleurs de l'AECG précise que « *to establish a violation of an obligation under Article 19.3.1 (Labour Rights) or Article 19.3.2, a Party must demonstrate that the other Party has failed to adopt or maintain a statute, regulation or practice in a manner affecting trade or investment between the Parties* ». De même, pour le second niveau, dans l'accord TPP, une des conditions de soumission de la communication est d'expliquer « *how and to what extent the issue raised affects trade and investment* »⁵⁶³. Enfin, à l'intention du panel d'arbitres, les accords américains incluent dans les critères de détermination de l'indemnisation, « *the bilateral trade effects of the Party's failure to effectively enforce the relevant law* ».⁵⁶⁴

Dans la pratique, une disposition similaire dans l'Accord de libre-échange économique entre les États-Unis d'Amérique et les pays de l'Amérique centrale et la République dominicaine a donné lieu à une constatation du panel d'arbitrage établi dans l'affaire Guatemala⁵⁶⁵. Le panel a considéré que le comportement allégué n'a pas conduit à la distorsion

other part, 22/03/2019). L'article 204.6 soumet le règlement des différends interétatiques relatifs au chapitre sur les « social aspects » à des consultations préalables et à une durée de négociations de 9 mois.

⁵⁶² Voir également l'article 20.7 de l'accord entre les États-Unis et le Singapour ; l'article 20.12 de l'accord entre les États-Unis et le Maroc ; l'article 2 de l'*Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership*, 17/07/2018 (Date of entry into force: 01/02/2019), *op. cit.* ; article 1.12 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie ; l'article 19.12 de l'accord entre les États-Unis et le Bahreïn ; l'article 20.12 de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Oman. Les accords conclus par les États-Unis avec les pays suivants : Pérou, Panama, Colombie, Corée du Sud n'opèrent pas cette distinction.

⁵⁶³ Article 19.9. (c) de l'accord économique et commercial global (AECG) (*Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union*, 30/10/2016, *op. cit.*). Voir aussi l'obligation de non-dérogation de l'article 19.4.

⁵⁶⁴ Article 22.16.2 (a) de l'accord de libre-échange entre les États-Unis et le Singapour (*Free Trade Agreement between Singapore and the United States of America*, 06/05/2003 (date of entry into force: 01/01/2004), *op. cit.*).

⁵⁶⁵ *Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA)*, 05/08/2004 (date of entry into force: 01/01/2009), *op. cit.*, article 16.2.1 (a).

des échanges commerciaux, car il n'a pas fourni un avantage à des entreprises locales⁵⁶⁶. Autrement dit, l'effet sur les droits sociaux importe peu tant que ce seuil n'est pas atteint. Cela donne une raison de critiquer cette constatation en ce qu'elle « *signals an erosion of social rights and standards in the context of FTAs, which sets a seemingly unattainably high threshold for establishing that a violation has occurred* » « *in a manner affecting trade* »⁵⁶⁷. L'absence de critère de définition ou de directives d'interprétation de l'effet des atteintes aux droits sociaux sur le commerce ou l'investissement contribue également à rendre l'obligation de mise en œuvre des législations nationales sans intérêt pratique⁵⁶⁸.

Le constat suivant s'impose : la spécificité du traitement du contentieux relatif aux droits sociaux est la règle. Elle connaît toutefois une forme peu adaptée à une effectivité juridictionnelle des droits sociaux. Comme il a pu être constaté, certains éléments dont principalement la condition relative à l'effet sur le commerce ou l'investissement tendent à présenter le contentieux relatif aux droits sociaux comme une étape ou un aspect du contentieux commercial généralement considéré. Il en découle que les évolutions apportées aux nouveaux accords de libre-échange économiques par rapport à l'ANACT n'ont pas été accompagnées d'adaptation du mécanisme de contrôle au caractère subjectif des droits sociaux.

2. Le défaut d'adaptation du mécanisme contentieux au caractère subjectif des droits sociaux

Le mécanisme de traitement des litiges relatifs aux droits sociaux dans les accords commerciaux inclusifs n'a pas évolué vers une juridiction, encore moins, vers une juridiction de droits de l'homme.

⁵⁶⁶ *Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty in the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1 (a) of the CAFTA-DR Final Report of the Panel, 14 June 2017*, para. 190.

⁵⁶⁷ GAMMAGE C., « Social norms in EU free trade agreements: justiciable or not? », *op. cit.*, p. 74.

⁵⁶⁸ BRONCKERS M. and GRUNI G., « Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements », in *Journal of International Economic Law*, vol. 24 (2021), n° 1, p. 1-27, spéc. p. 7. La précision apportée à la note 11 du chapitre 23 de l'Accord remplaçant l'ALENA ne satisfait pas au besoin de lignes directrices ressenti : « *For greater certainty, a "course of action or inaction" is "in a manner affecting trade or investment between the Parties" if the course involves: (i) a person or industry that produces a good or supplies a service traded between the Parties or has an investment in the territory of the Party that has failed to comply with this obligation; or (ii) a person or industry that produces a good or supplies a service that competes in the territory of a Party with a good or a service of another Party* » (*Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, 30/11/2018 (date of entry into force : 01/07/2020)*, *op. cit.*).

D'une part, la définition d'une juridiction en droit international n'est pas toujours unanime. La tentation d'importer la définition du droit interne⁵⁶⁹ a été critiquée sans pour autant qu'un consensus se soit dégagé sur les critères applicables en droit international. Ce qui semble certain est l'insuffisance des critères formel et matériel, car, « il paraît impossible de prendre comme critérium certain, tout au moins tel quel, un de ceux, formel ou matériel que le droit interne reconnaît. Il faut dans chaque cas faire état de la structure de l'organisme, de la nature de la décision rendue par lui, de la procédure suivie devant lui, du rôle qu'il joue. C'est la seule considération de cet ensemble qui peut, croyons-nous, amener à prendre parti »⁵⁷⁰. Mais l'élément décisif fait débat. Remarquant que les critères formels et matériels de la définition de la juridiction sont insuffisants, des auteurs ont finalement retenu que le « véritable critère de la juridiction, c'est l'autorité de la chose jugée qui s'attache à ses décisions »⁵⁷¹. Le professeur Santulli quant à lui reprend tous ces critères (l'existence d'un différend, l'application du droit et le caractère obligatoire) auquel il ajoute un quatrième critère fonctionnel que relevait sans y insister Nicolas Valticos : « la juridiction n'est telle que si elle a pour fonction de trancher un différend par une décision obligatoire rendue en application du droit »⁵⁷². En tout état de cause, on ne saurait définir une juridiction en faisant abstraction du critère relatif à l'autorité de la chose jugée.

Or, s'il est évident de retrouver les critères matériel et formel dans les panels d'arbitrage prévus comme mécanisme de règlement des différends, il ressort que l'autorité de la chose jugée y est problématique, en clair inexistante. La fonction juridictionnelle découle du caractère

⁵⁶⁹Voir par exemple l'intervention de Nicolas Valticos selon laquelle il convenait de partir au moins des critères de juridiction en droit interne. Car, la notion de juridiction comme celle de l'acte juridictionnel suppose, en réalité, en droit international aussi bien qu'en droit interne, la combinaison de deux critères. Un critère organique tout d'abord, en vertu duquel on dit avoir affaire à un organe auquel l'État ou la communauté internationale, ou un ensemble d'États, ont confié la fonction juridictionnelle (...) et surtout un critère matériel en vertu duquel il devrait avoir une contestation qui n'est pas nécessairement une contestation entre États, à laquelle l'organe en question doit donner une solution de droit en constatant s'il y a violation d'une règle juridique et en ordonnant la réparation nécessaire (Commentaire dans SFDI (dir.), *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, p. 84.

⁵⁷⁰ CAVARE L., « La notion de juridiction internationale », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 2 (1956), n° 1, p. 496-509, spéc. p. 501-502.

⁵⁷¹ PHILIP C. et CARA J.-Y. de, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in SFDI (dir.), *La juridiction internationale permanente*, *op. cit.*, p. 3-43, spéc. p. 10. Cela est bien sûr discutable et a d'ailleurs été discuté par le professeur Cohen-Jonathan qui adhère à une définition organico formelle de l'acte juridictionnel dont le cœur serait la notion de constatation faite sur la base de droit, même si elle n'est pas formellement revêtue de l'autorité de la chose jugée (voir l'intervention dans SFDI (dir.), *La juridiction internationale permanente*, *op. cit.*, p. 80). La définition des auteurs ne prend alors en compte que le produit final, selon le professeur Abi-Saab, laissant ainsi de côté, à tort, la prémisse majeure (la décision doit être basée exclusivement sur le droit) et le processus décisionnel (*Ibid.* p. 86).

⁵⁷² *Ibid.*, p. 38.

juridique des constatations qui règlent le différend en droit⁵⁷³. Toutefois, le caractère obligatoire de ces constatations est douteux par le seul fait que les recommandations prévues comme telles dans la mission du panel ne seront pas systématiquement suivies⁵⁷⁴.

D'autre part, dans ce mécanisme, le caractère juridictionnel est apparent d'un point de vue formel, matériel et fonctionnel, mais il pêche toutefois à remplir les caractéristiques d'une juridiction de protection de droits de l'homme. De ce second point de vue, le caractère incomplet du mécanisme (à supposer qu'il prétende à la qualité de juridiction) réside dans la limite tenant en l'absence des titulaires des droits sociaux. Les parties sont des États. Les titulaires de droits ne formulent aucune réclamation ; leurs interventions se limitent à faire des communications écrites par l'intermédiaire des points de contact nationaux⁵⁷⁵. Certains accords prévoient, parfois, la possibilité pour les ONG et associations de faire des commentaires au rapport initial du Panel d'arbitrage⁵⁷⁶. Au regard de ce caractère interétatique, on peut concéder à juste titre que « *if the provisions of the agreement on minimum standards or maintenance of standards are breached, the persons whose human rights are directly affected are not provided with the means for demanding the enforcement of these provisions, as such violations may be economically beneficial for the host state and the home state and its investors* »⁵⁷⁷.

Par ailleurs, ces insuffisances relativement à la qualification de juridiction de droits de l'homme sont accrues par une sanction qui est négociée. Le régime de la sanction tant dans les

⁵⁷³ Le panel a une mission juridictionnelle et fait ses constatations en droit. L'article 16.18. 2 de l'Accord entre l'Union européenne et le Japon dispose ainsi que « (t) he panel shall interpret the relevant Articles of this Chapter in accordance with customary rules of interpretation of public international law, including those codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969. Pending the establishment of those rules of procedure and terms of reference, the Rules of Procedure referred to in Article 21.30 shall apply mutatis mutandis, and the terms of reference shall be, unless the Parties agree otherwise no later than five days after the date of establishment of the panel, as follows: "to examine, in the light of the relevant Articles of Chapter 16, the matter referred to in the request for the establishment of the panel of experts, and to issue a report in accordance with paragraph 5 of Article 16.18, making recommendations for the resolution of the matter ». En outre, le panel peut s'inspirer de la jurisprudence des instances de l'OIT (voir l'article 9 de l'AECG).

⁵⁷⁴ En effet, ces accords prévoient qu'à la suite de la détermination du panel arbitral, les États parties au différend s'accordent mutuellement sur un plan d'action en tenant compte des recommandations du panel. L'échec de l'adoption du plan ou de sa mise en œuvre va conduire et à une re convocation du panel qui pourra astreindre à une compensation financière la partie en défaut. La mise en œuvre de la compensation peut demander une troisième intervention du panel. Le système est alourdi et demande un suivi constant sur une longue période de la part de l'entité qui a fait la communication publique.

⁵⁷⁵ Voir les articles 10 des accords conclus avec le Costa Rica et la Colombie et les articles 11 des accords conclus avec le Panama et le Honduras.

⁵⁷⁶ Voir par exemple l'article 20. 4 de l'accord entre les États-Unis et le Singapour.

⁵⁷⁷ DIMOPOULOS A., « EC Free trade agreements: an alternative model for addressing human rights in foreign investment regulation and dispute settlement? », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, op. cit., 2009, p. 565-594, spéc. p. 590.

accords parallèles que dans les accords inclusifs affecte de façon décisive l'effectivité des droits dans la mesure où il n'existe pas un mécanisme de réparation des atteintes aux violations. En effet, aucune sanction n'est immédiatement prise en cas de constat du manquement par le panel. L'ANACT/ALENA prévoit que les parties s'accordent mutuellement sur un plan d'action satisfaisant à mettre en œuvre en prenant en considération les recommandations du panel d'arbitres. En l'absence d'accord sur le plan d'action ou en cas d'allégation de refus d'application de ce dernier par la partie « condamnée », le panel pourra être reconvoqué, avec la possibilité d'imposer une compensation financière à la partie qui continue de manquer à ses obligations⁵⁷⁸. En cas de persistance du manquement et de refus de paiement, l'autre partie pourra décider de suspendre le bénéfice de l'accord à un montant à évaluer à hauteur de la compensation financière due⁵⁷⁹. À quelques exceptions près, les accords européens ne prévoient pas de sanction commerciale en cas de manquement persistant constaté⁵⁸⁰.

Ainsi, l'inclusion dans un accord de libre-échange d'un chapitre relatif au travail qui traite de la protection des droits sociaux dans le cadre du commerce et de l'investissement aurait pu contribuer à une socialisation effective des activités économiques internationales. Cela aurait pu se faire non seulement à travers les obligations de non-abaissement des standards, les obligations de renforcement et de mise en œuvre effective des législations nationales, les obligations de ratification des conventions internationales de protection des droits sociaux. Surtout, la socialisation serait plus renforcée à travers la mise en place d'un mécanisme visant à sanctionner les violations des obligations énumérées. Malheureusement, le mécanisme mis en place ne permet pas un contrôle régulier de l'exécution des obligations. La vulgarisation de ce mécanisme fait craindre une socialisation superficielle des accords de libre-échange économiques (incluant des chapitres sur la protection de l'investissement) dans la pratique.

Il est vrai que pour certains acteurs comme l'Union européenne, la simple promotion des droits sociaux paraît une fin en soi, mais la poursuite de cet objectif n'est pas incompatible avec le renforcement d'un mécanisme de contrôle qui permet de rendre effectives les obligations tendant à la promotion des droits sociaux (l'obligation de ratification des

⁵⁷⁸ Voir l'article 39 et l'annexe 39.

⁵⁷⁹ Article 41 et Annexe 41.

⁵⁸⁰ Voir à titre d'exception : *Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy, of one Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part, 30 December 2020*, articles 9.2.19; 9.3.3. Voir pour la situation en Asie : ZHENG L., « Rethinking the role of labour provisions under Asian international investment regime. A possible linkage with FTAAP? », in NAKAGAWA J. (ed.), *Asian perspectives on international investment law, op. cit.*, 2019, p. 114-145.

conventions de l'OIT par exemple)⁵⁸¹. L'action initiée contre la Corée du Sud et la Constatation du Panel qui rejette l'argument de violation de l'obligation de ratification avancé par l'Union européenne contre la Corée montre qu'il est important de recourir au mécanisme pour préciser le sens des obligations qui sont souvent vagues dans leur nature et dans leurs composantes. C'est le cas par exemple du contenu des « *obligations deriving from membership of the ILO* » qui a été discuté par les parties⁵⁸². Dans le même sens, cette affaire montre à quel point certaines obligations sont perfectibles. L'article 13.4.3 qui impose de faire des efforts continus et soutenus en vue de la ratification des conventions OIT en est une illustration, le panel ayant considéré que l'obligation de ratification est une obligation de moyen qui n'est pas violée par la Corée⁵⁸³.

Conclusion de la section

Au final, l'analyse sur le traitement du contentieux des droits sociaux aboutit à une précision de la qualification de la spécificité du traitement. L'ambiguïté sur la qualification de la spécificité de traitement du contentieux des droits sociaux constatée dans les TBI tend à disparaître, lorsqu'on lit ensemble les TBI et les accords de libre-échange économique. Elle laisse place à l'idée que, parce qu'il ne favorise pas toujours une effectivité moyenne des droits sociaux, le traitement du contentieux des droits sociaux n'est pas toujours pensé en vue de la protection des droits sociaux. En outre, il comporte une insuffisance liée à sa difficile mise en œuvre. Ce point d'insatisfaction que présente le traitement du contentieux des droits sociaux est un obstacle important qui conditionne l'effectivité des droits sociaux en droit international des investissements. Le fait que ce traitement soit encore volontairement adopté par les États montre que ceux-ci entretiennent encore des velléités importantes quant à la prise en compte des droits sociaux dans leurs engagements économiques internationaux. Cette attitude générale de négligence, qui s'observe dans la pratique, peut présenter des revers importants lorsqu'à l'occasion d'un arbitrage d'investissement l'État défend une mesure d'intérêt général. Il peut être limité dans l'invocation des arguments de droits de l'homme.

⁵⁸¹ Voir pour des propositions de sanction et leur compatibilité avec le droit international : BRONCKERS M. and GRUNI G., « Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements », *op. cit.*, p. 13-24.

⁵⁸² *Report panel of experts proceedings constituted under 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, 20 January 2021*, para. 105-108.

⁵⁸³ *Ibid.*, para. 277-280.

SECTION 2 – L'IMPLICATION CONTENTIEUSE DU TRAITEMENT SPECIFIQUE DES LITIGES RELATIFS AUX DROITS SOCIAUX

Lorsque le traitement spécifique est replacé dans le contexte de l'arbitrage d'investissement, il peut avoir deux types de conséquences. Du point de vue de l'investisseur, l'exclusion des dispositions relatives aux droits sociaux du règlement des différends s'élevant à propos de l'investissement (lorsqu'il est prévu) exclut les mesures étatiques se rapportant à certaines matières qui ne peuvent faire l'objet de réclamations de l'investisseur. L'exclusion agit alors comme un bouclier qui protège les droits sociaux contre les revendications de l'investisseur. Toutefois, comme il a été constaté, les dispositions qui font souvent l'objet de traitement contentieux spécifique, notamment la consultation et/ou le mécanisme du panel d'experts, renferme des engagements interétatiques qui n'empêchent pas des réclamations portées par un investisseur sur des valeurs protégées par les droits sociaux. Il en résulte que, du point de vue de l'État, le traitement spécifique du contentieux des droits sociaux qui ne prend pas en compte le contentieux impliquant l'investisseur révèle une négligence ou un manque d'anticipation des conséquences de son choix. Dans ce cas, l'exclusion ou la négligence privent l'État d'une « épée » qui aurait pu servir à la défense des droits sociaux. En d'autres termes, lorsqu'il vise seulement le règlement des obligations entre États, le traitement spécifique ne protège pas automatiquement les droits sociaux contre les atteintes directes ou indirectes de l'investisseur résultant des opérations d'investissement. L'État se retrouve à devoir gérer les conséquences du défaut de traitement des droits sociaux dans son rapport avec l'investisseur. Celles-ci peuvent être, par ailleurs, aggravées par le choix des stratégies judiciaires et des moyens de défense de l'État à l'occasion. Cette hypothèse de défaut de prise en compte des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement peut paraître abstraite. En réalité, il s'agit de comportements fréquents des États qui se manifestent à l'occasion d'un différend déjà né. La brève présentation d'une affaire connue servira d'introduction illustrée au problème (**Paragraphe 1**). Elle permet d'annoncer de façon concrète les points problématiques qui feront l'objet des développements sous la forme des obstacles à l'effectivité arbitrale des droits sociaux résultant du défaut de traitement du contentieux des droits sociaux dans les rapports entre l'État et l'investisseur (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'introduction pratique du problème

L'exposé suivant décrit une affaire qui a donné lieu à un arbitrage d'investissement entre un investisseur américain (Chevron) et l'État de l'Équateur. La sentence analysée à titre principal est rendue à l'occasion du contentieux arbitral relatif à l'investissement réalisé dans la région *Oriente* en Équateur et qui a opposé l'entreprise multinationale américaine Chevron Corporation et sa filiale Texaco Petroleum Company (Texpet) à l'État équatorien⁵⁸⁴.

Cette affaire dont il convient au préalable de présenter succinctement les éléments factuels pertinents⁵⁸⁵ (A) permet de montrer que l'État n'a pas anticipé le traitement contentieux des atteintes aux droits sociaux dans son rapport avec l'investisseur et, par voie de conséquence, n'aura pas pu assurer la défense des droits sociaux après la naissance du différend. L'affaire n'est pas seulement remarquable par les conséquences de l'investissement sur les droits sociaux des populations (dont des peuples autochtones) à travers les atteintes à l'environnement, à l'eau potable, à la santé. Elle l'est également par les interrogations soulevées relativement aux conséquences du défaut du traitement du contentieux des droits sociaux sur la défense des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement (B).

A- Les éléments factuels pertinents de l'affaire

Les principaux faits de l'affaire remontent à l'année 1964. L'État équatorien a conclu, un premier contrat de concession suivi d'un second contrat en 1973 pour l'exploration et

⁵⁸⁴ L'affaire a auparavant fait l'objet de deux arbitrages internationaux. Le premier est un arbitrage État investisseur commencé en 2006. *Chevron* et *Texpet* ont demandé la réparation du dommage subi du fait de la longueur du traitement de leurs réclamations conventionnelles contre l'Équateur devant les cours équatoriennes. Les demandresses ont qualifié cette longueur de procédure en une violation de l'article II (7) du traité d'investissement de 1993 qui impose à l'Équateur de garantir des moyens effectifs à l'investisseur pour revendiquer ses droits en cas de litige. Dans la seconde sentence finale du 31 août 2011, le Tribunal a admis la violation du traité et a imposé à l'Équateur le paiement à titre de dommages et intérêts de la somme de 77, 74 millions de dollars américains (*Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2007-02/AA277, Partial Award on the Merits, 30 March 2010*). Le deuxième est un arbitrage interétatique dont la requête a été introduite par l'Équateur à l'encontre des États-Unis fait suite au premier arbitrage et porte sur l'interprétation des termes moyens effectifs. Par une sentence du 29 septembre 2012, le tribunal arbitral rejeté sa compétence au motif que le silence gardé par les États-Unis face à l'interprétation équatorienne de l'article VII du traité d'investissement de 1993 ne saurait être interprété en une manifestation de son opposition à cette interprétation pouvant conduire à l'admission de l'existence d'un différend entre les deux États (*Republic of Ecuador v. United States of America, UNCITRAL Arbitration Rules PCA Case No. 2012-05, Award, 29 September 2012*, para. 213).

⁵⁸⁵ On partira du récent dénouement contentieux de cette affaire avec la sentence arbitrale rendue le 30 août 2018 par un tribunal arbitral siégeant à la Cour permanente d'arbitrage de La Haye. Voir *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, second partial Award on Track II, 30 August 2018*.

l'exploitation du pétrole avec une joint-venture dénommée Consortium. Cette entité avait été créée par deux entreprises : la société de droit équatorien Texaco Petroleum (Texpet), filiale de Texaco et *l'Ecuadorian Gulf Oil Company*, filiale de la multinationale Gulf Oil.

Au cours de la vie du contrat, des changements ont eu lieu. Les premiers ont été l'acquisition en 1974 des parts de Consortium par l'entreprise d'État, PetroEcuador, de l'ordre de 25 % et le rachat de la totalité par la même entreprise des 37,5 % des parts de l'Ecuadorian Gulf Oil Company dans Consortium, détenant ainsi la majorité des parts de la concession. En 1990, Texpet était remplacée par PetroEcuador dans la gestion du Consortium. Elle quittait la région Oriente cette même année, puis l'Équateur en 1992. Plus tard, en 2001, Texaco et Chevron Corporation convenaient de transférer sur Texpet à Chevron les droits du premier.

D'autres changements significatifs ont été constitués par la conclusion le 4 mai 1995 par l'Équateur et PetroEcuador d'une part, et Texpet, d'autre part, d'un accord de réalisation de travaux de réparations environnementales et de décharge de responsabilité. Cet accord remplaçait un mémorandum d'accord de 1993 sur le même sujet. Il stipulait que Texpet serait libérée de toutes poursuites et réclamations fondées sur l'impact environnemental de ses activités menées dans le cadre de la concession, une fois qu'elle aura réalisé les travaux de remise en état des lieux, comme convenu dans l'accord. Les clauses de décharge ont été très largement rédigées ; Texpet et les sociétés apparentées seront protégées contre toute poursuite pour tout dommage à l'environnement, y compris aux personnes et aux biens. L'accord excluait toute action judiciaire de l'État fondée une réglementation quelconque (lois, décrets sur l'eau, les hydrocarbures ou autres). Enfin l'accord ne créait pas de droits pour des tiers. Dans un dernier accord convenu en 1998, l'Équateur a reconnu que Texpet avait exécuté l'ensemble des obligations de réparations environnementales convenues dans l'accord de 1995 et, en conséquence, déchargeait Texpet de toute responsabilité pour des dommages liés à la concession⁵⁸⁶.

Le contentieux entre l'État d'Équateur et Chevron (et Texpet) s'est élevé à propos du respect des termes contractuels et à la suite des plaintes portées par des particuliers contre Chevron. En effet, une pollution importante de l'environnement émanant d'un site fermé en 1983 a été causée par la remontée et le déversement du pétrole brut à la surface. En raison de

⁵⁸⁶ La concession a pris fin le 6 juin 1992 conformément aux clauses du contrat.

sa proximité des lieux d'habitation, ce site de pollution constituait une menace à la santé humaine par la détérioration de la qualité de l'air et de l'eau qu'elle a entraînée. Les habitants de la région, notamment des communautés de peuples autochtones, ont introduit une première plainte contre Texaco devant le juge du District sud de New York, qui a refusé de statuer sur l'affaire pour *forum de non conveniens*⁵⁸⁷. Une deuxième plainte portée toujours contre Texaco devant la cour nationale de Lago Agrio a donné lieu à un jugement contre Chevron⁵⁸⁸. Par la suite, par une requête d'arbitrage introduite devant la Cour permanente d'arbitrage en 2009, Chevron et Texpet ont poursuivi l'État équatorien pour violation du traité d'encouragement et de protection réciproque des investissements conclu entre les États-Unis d'Amérique et l'Équateur en 1993⁵⁸⁹.

Les sociétés demandereses ont reproché à l'Équateur d'avoir violé l'accord de décharge de 1998 en s'abstenant d'intervenir et en laissant prospérer une plainte déposée par des habitants de la Province équatorienne de *Lago Agrio* devant le Tribunal fédéral du District sud de New York, d'abord, et devant la cour de *Lago Agrio* en Équateur, ensuite. Pour les demandereses, l'Accord de 1995 a proscrit toute action individuelle fondée sur la réparation de droits collectifs. Cette violation de l'accord a entraîné par le jeu de la clause parapluie de l'article II (3) (c) du traité de 1993, une violation du traité d'investissement. Après neuf ans de procédure (pour ce qui concerne seulement cet arbitrage), le Tribunal arbitral a rendu, en application des règles de procédure arbitrale CNUDCI, quatre sentences sur des mesures provisoires, une sentence sur la compétence et la recevabilité, deux sentences partielles, une décision et la sentence finale du 30 août 2018.

⁵⁸⁷ Le 3 novembre 1993, une plainte portée par plusieurs personnes nommées a été déposée devant la cour du District sud de New York aux États-Unis contre Texaco. Les plaignants poursuivaient initialement la réparation de dommages personnels et de dommages aux biens. Dans un jugement du 12 décembre 1996, la cour rejette la plainte pour absence de lien avec les États-Unis et non adjonction de tiers intéressés : l'État d'Équateur et Petroecuador. À la suite d'une requête demandant un réexamen, la même cour américaine rejette une seconde fois dans un jugement du 30 mai 2001 la plainte pour *forum de non conveniens* après que Chevron a pris l'engagement de se soumettre aux juridictions équatoriennes.

⁵⁸⁸ Le 7 mai 2003, une plainte est déposée devant la Cour de *Lagos Agrio* (Équateur), 48 personnes portent plainte contre Chevron pour les méthodes utilisées par Texaco dans l'exploitation de la concession et les conséquences de la pollution sur l'environnement, la santé et les terres. Selon le tribunal, les plaignants sont identiques à ceux qui ont intenté l'action contre Texaco devant les juridictions américaines (*Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, second partial Award on Track II, 30 August 2018*, para. 4. 90). Le jugement de la Cour de *Lagos Agrio* rendu le 14 février 2011 est favorable aux plaignants.

⁵⁸⁹ Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 27 August 1993.

Dans le fond, et pour ce qui concerne notre propos, le Tribunal a, certes, décidé que l'accord de 1995 n'excluait pas une action individuelle pour la réparation d'un dommage personnellement souffert par un particulier. Toutefois, il a considéré que la demande des plaignants de Lago Agrio incluait la réparation de droits collectifs dont la protection par une action en justice était exclusivement réservée à l'État et que l'État avait renoncé à ce droit d'action dans l'Accord de 1995. Il a en conséquence reconnu que l'État équatorien avait violé les dispositions du traité d'investissement dont la clause « parapluie ». À la suite de l'admission de la responsabilité de l'Équateur, le Tribunal a ordonné l'octroi d'une indemnisation en faveur de Chevron. Il a, en outre, demandé à l'Équateur de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour priver d'effet le jugement de *Lago Agrio* dans l'ordre juridique interne, et d'indemniser les plaignants bénéficiaires du jugement de *Lago Agrio*, dans le cas où ceux-ci obtiendraient une reconnaissance à l'étranger de l'exécution du jugement rendu en leur faveur.

Cette affaire est intéressante en ce qu'elle témoigne de la marginalisation du traitement contentieux des droits sociaux dans tout le processus contractuel et processuel.

B- Les interrogations relatives à la défense des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif à l'investissement

Cette affaire suscite quatre interrogations qui touchent à la protection des droits sociaux.

En premier lieu, elle interpelle au sujet de la réticence des acteurs (notamment l'État, et aussi les plaignants) à qualifier les préjudices subis d'atteintes ou de violations des droits sociaux. Outre les dommages matériels et environnementaux, les atteintes à la santé des individus ont été exposées par un expert appelé dans le cours de la procédure. Celui-ci a constaté le développement, au sein de la population, de nombreuses maladies dont des maladies de peau, un nombre élevé de cas de cancers, des malformations constatées chez les enfants et une mortalité infantile importante⁵⁹⁰. L'expert a ensuite conclu que « *all of these factors support the notion that a serious health hazard is present from the oil production activities in*

⁵⁹⁰ *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Philippe Grandjean, MD, 22 November 2013, p. 2.*

El Oriente, and that information available so far most likely substantially underestimates the magnitude of adverse health consequences»⁵⁹¹.

Alors que ces atteintes à la santé peuvent être vues sous l'angle de la violation du droit à la santé ou du droit à l'eau, cette qualification n'a pas été souvent soutenue par l'État ou par les plaignants. Ce n'est que dans leur lettre de demande de mesures conservatoires devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme, que les plaignants ont évoqué, parmi leurs droits menacés par la demande de mesures provisoires de Chevron visant la suspension du jugement de *Lago Agrio*, leur droit à la santé.

En second lieu, il est également tentant de se demander pourquoi l'État défendeur n'a pas choisi une approche par les obligations en matière de droits sociaux dans sa défense. Une telle défense reprendrait l'argument de protection des droits individuels des tiers se trouvant sous sa juridiction. Même si le traité d'investissement ne fait aucune mention de ces obligations, cela ne fait nullement obstacle à l'invocation de celles-ci par l'État, qui inviterait par là même le Tribunal à prendre en compte à travers l'interprétation systémique ses obligations sociales dans l'interprétation des dispositions du traité d'investissement.

Peut-être la réponse se trouve-t-elle dans la mesure prise par l'État de l'erreur qu'il a commise dans son engagement contractuel ? En tout cas, concernant la renonciation générale de l'État défendeur à toute action contre *Texpet* (et partant contre Chevron) consentie dans l'Accord de 1995, le Tribunal arbitral a constaté que l'État ne pourra plus soutenir la cause des titulaires de droits à caractère collectif ou diffus. Entre l'obstacle de la relativité du procès arbitral et celui du caractère obligatoire de l'engagement à renoncer aux poursuites, et faute de l'avoir anticipé, l'État n'a eu aucun moyen sérieux de défendre les droits des tiers dans le cadre de l'arbitrage⁵⁹². C'est en vain qu'il a tenté de faire prévaloir l'argument des droits des victimes

⁵⁹¹ *Ibid.* p. 3.

⁵⁹² Le Tribunal explicite la situation: "it remains clear that individual claims for personal harm from environmental damage, made by the Aguinda Plaintiffs in *Aguinda Litigation* in New York or similar claims for personal harm (not being diffuse claims) made by the Lago Agrio Plaintiffs in the *Lago Agrio Litigation*, are not and cannot be claims asserted by the Respondent in its own right against Chevron (or Texpet) in this arbitration. For its cross-claim in this arbitration, therefore, the Respondent, cannot assert against Chevron (or Texpet) personal rights possessed only by these Aguinda or Lago Agrio Plaintiffs as individuals. Such an assertion would require an exercise lying beyond this Tribunal's jurisdiction under the Parties' arbitration Agreement, inconsistent with the Tribunal's application of the principle in *Monetary Gold* in its Third Interim Award (see above). Nor can any claims be made by the Respondent, in its own right, against Chevron (or Texpet), given the effect of the 1995 Settlement Agreement as decided by the Tribunal in its First Partial Award. Under the 1995 Settlement Agreement, the Respondent is precluded from asserting any diffuse claim against Chevron as a 'Releasee' (as also Texpet and,

à l'occasion de ses recours contre la sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage précédent devant les juridictions néerlandaises⁵⁹³.

On peut également constater que la mise en œuvre de cette responsabilité a été négligée par les victimes. En témoigne la stratégie discutable de défense des droits des victimes. En concentrant leur attention sur l'acteur Texaco-Chevron, les plaignants ont fortement réduit leur chance d'obtenir réparation, alors qu'il ne fait pas de doute que l'État tient une part de responsabilité dans la pollution en cause (à travers Petroecuador qui a participé à la gestion de la concession et qui continue l'exploitation du pétrole⁵⁹⁴). Dans la mesure où les droits en cause pourraient être bien qualifiés de droits sociaux, l'on peut bien se demander pourquoi les victimes n'ont pas poursuivi l'État en invoquant la violation de leurs droits sociaux dont l'État est l'obligé. C'est d'ailleurs marqué pareil étonnement que de se demander pourquoi accorder à l'État équatorien une renonciation au droit d'être poursuivi (de la part des plaignants ayant saisi le juge new-Yorkais contre Chevron) au cas où ce juge admettrait la responsabilité de l'État équatorien à la suite d'une demande reconventionnelle de Texaco. La crainte exprimée de n'obtenir aucune réparation en poursuivant l'État n'est pas une raison convaincante dans la mesure où celle-ci vaut également à l'égard d'une entreprise multinationale de la taille de Chevron. Cela est d'autant plus surprenant que fonder la réparation du dommage sur la violation par l'État de ses obligations en matière de droits sociaux n'excluait pas les actions en responsabilité civile contre Chevron.

Une action dans cette direction (mais fondée sur une cause différente) avait été entreprise par les plaignants de *Lago Agrio* devant la Commission interaméricaine des droits de

likewise, Texaco as 'Releasees'). Thus, whatever right is here being asserted by the Respondent for its cross-claim could only be a diffuse claim. However, the Respondent cannot assert a diffuse claim against Chevron (or Texpet) without the Respondent violating the effect of the 1995 Settlement Agreement, as decided by this Tribunal. There is therefore no safe passage for the Respondent's cross-claim between Scylla at Charybdis» (Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, second partial Award on Track II, 30 August 2018, para. 7.39-7.42).

⁵⁹³ District Court of The Hague, Judgment of 20 January 2016, C/09/477457/HA ZA 14-1291, para. 4.28 ss; 4.35 ss.

⁵⁹⁴ Le Sous-secrétaire à la protection de l'environnement du Gouvernement d'Équateur de l'époque (1995-1996), M. Giovanni Rosania Schiavone, affirmait: *"I insisted the technical work and environmental work was done well, and we accepted that the problem had been corrected, environmental problem in that area had been corrected». De même Manuel Muñoz, directeur d'une agence étatique de protection de l'environnement auprès du ministère de l'Énergie a confirmé la responsabilité de l'État équatorien: I would like to share with you some very important news which are very interesting but have not come to public notice. Petroproducción (PetroEcuador) was left with a very considerable debit side derived from the pits left by Texaco. Texaco completed the remediation of the pits that were their responsibility; this was 33% of the total. However, Petroecuador, during more than three decades, had done absolutely nothing with regard to the pits that were the state-owned company's responsibility to remediate» (Award on Track II, para. 4.180-4.181).*

l'homme le 9 février 2012 pour anticiper les conséquences de la décision du Tribunal arbitral relative à la demande de mesures provisoires faite par Chevron. Les plaignants demandaient alors à la Commission d'ordonner à l'Équateur de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter de nuire à la protection et à l'exercice de leurs droits substantiels (les droits à la vie, à l'intégrité physique, à la santé) et procéduraux (droits à un procès équitable sous tous ses aspects, droit à une protection judiciaire), pour l'exécution des réparations judiciaires accordées et la protection égale devant la loi sans discrimination tels qu'ils sont garantis par la Convention américaine des droits de l'homme⁵⁹⁵. Toutefois, la demande de mesures préventives a été retirée par la suite⁵⁹⁶.

En troisième lieu, cette affaire attire également l'attention par la faible représentation des intérêts des victimes de l'opération d'investissement (dont l'absence d'une demande reconventionnelle) dans le contentieux arbitral. Alors que l'affaire trouve son origine dans les atteintes aux droits des victimes, ces derniers ont été ignorés dans le contentieux arbitral en présence des droits de l'investisseur (Chevron et Texpet), en raison de la possibilité qui est reconnue à l'investisseur seul par le traité d'investissement de porter une requête en arbitrage, lui permettant ainsi de définir tout seul et en grande partie l'objet du litige arbitral. Aussi, au lieu de citer les textes internationaux relatifs aux droits relatifs à la santé (notamment le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme), le Tribunal a-t-il évoqué des droits du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques et ceux de la Déclaration universelle des droits de l'Homme auxquels l'investisseur peut prétendre (droit à un procès équitable, droit d'être entendu par un tribunal impartial et équitable). Certes, l'État équatorien a objecté au stade de la recevabilité, en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de *l'Or monétaire*, que le succès des griefs de Chevron dans l'arbitrage en cours nuirait aux droits de tiers à la procédure arbitrale, à savoir les plaignants qui poursuivent Chevron en exécution d'un jugement (car c'est justement ce jugement que Chevron vise à faire priver d'effet). Le Tribunal a refusé de retenir cet argument, en se fondant sur le caractère non indispensable des tiers et de leurs droits pour la bonne conduite du procès arbitral dont il a la charge⁵⁹⁷. Pour

⁵⁹⁵ Cf. Letter of Request for Precautionary measures, February 9, 2012, p. 6. Disponible en ligne : <https://chevrontoxico.com/assets/docs/2012-02-09-IACHR-req-for-precautionary-measures.pdf>

⁵⁹⁶ Voir JOHNSON L., « A case note: How Chevron v. Ecuador is pushing the Boundaries of Arbitral Authority », *Investment Treaty News Quaterly*, (13 avril 2012).

⁵⁹⁷ Le Tribunal a alors jugé que «the Lago Agrio Plaintiffs cannot here be regarded as indispensable third parties» et que «this case can properly proceed to the merits of the Claimants' claims without them» (Chevron Corporation,

motiver sa décision, il a rappelé la relativité de l'instance arbitrale et le fait qu'il n'a pas compétence pour statuer sur des demandes individuelles de réparation d'un dommage personnel des plaignants de *Lago Agrio*⁵⁹⁸.

En conséquence, cela a entraîné un déni de justice dont l'État est le premier responsable. Le périple judiciaire des victimes de la pollution rappelle la difficulté pour les individus d'obtenir la réparation des conséquences des actes des entreprises multinationales qui investissent dans un pays étranger. Des membres de communautés de peuples autochtones ont souffert des dommages résultant de la pollution sans pouvoir obtenir une réparation satisfaisante. Les obstacles juridiques liés au caractère international du litige ont jusqu'à présent nui au succès effectif des actions en réparation initiées par les plaignants de *Lago Agrio* depuis 2003. Ayant obtenu un jugement favorable contre Texaco Corporation devant la cour de Lago Agrio, ceux-ci n'ont encore pu l'exécuter ni en Équateur ni ailleurs (Argentine, Brésil, Canada, États-Unis où les actions en exécution du jugement contre Chevron ont été rejetées). Cette situation aurait pu être atténuée par une demande reconventionnelle de l'État. À défaut, le tribunal a simplement regretté à la fin de l'analyse des moyens des demandeurs, et dans une posture purement morale (il prend d'ailleurs le soin de le mettre sous un *postscript* et de préciser qu'il ne constitue pas une partie du raisonnement juridique de la sentence) que : «*it is deeply regrettable that individual claims for personal harm caused by such damage were not amicably settled long ago, without the massive costs expended on the multiple lawsuits and arbitrations (...) the 'real plaintiffs' with 'real claims' are likely to receive nothing after 25 years of continuous litigation* »⁵⁹⁹.

Toutes ces interrogations à propos de la situation des droits sociaux montrent une attitude de retenue de l'État dans la défense des droits sociaux. Elles invitent à l'analyse des obstacles procéduraux ou non qui peuvent justifier pertinemment cette attitude et limiter l'action de l'État et des tiers. L'analyse vise à montrer que ces obstacles résultent du défaut de prise en compte par l'État des droits sociaux dans ses engagements antérieurs à la naissance du différend.

Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 27 February 2012, para. 4.67).

⁵⁹⁸ *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, Second partial Award on Track II, 30 August 2018, op. cit., para. 7.36.*

⁵⁹⁹ *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, UNCITRAL, Second partial Award on Track II, 30 August 2018, para. 8.80.*

Paragraphe 2. Les obstacles découlant du défaut de traitement du contentieux des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement

Les interrogations soulevées dans la présentation de l'affaire Chevron montrent que le défaut de traitement du contentieux des droits sociaux dans les relations entre l'État et l'investisseur peut avoir des conséquences importantes sur la protection des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Il est possible de cerner ces conséquences juridiques en recherchant une explication à la réticence des États à avancer des arguments de défense des droits sociaux dans le contexte de l'arbitrage d'investissement. En effet, plusieurs raisons peuvent expliquer les réticences de l'État à soulever des arguments de défense des droits sociaux. Certaines sont liées directement au défaut de traitement du contentieux des droits sociaux par l'État. D'autres le sont indirectement.

Précisément, la réticence des États à avancer des arguments relatifs aux droits sociaux semble pouvoir être expliquée par des raisons à la fois subjectives et objectives. Les premières ne sont pas directement liées au défaut du traitement du contentieux des droits sociaux. Elles le sont indirectement à travers l'attitude de l'État vis-à-vis de la protection des droits sociaux avant la naissance du différend. Elles semblent se fonder sur un doute quant à l'efficacité de l'argument relatif aux droits sociaux, les chances de succès d'un tel argument étant jugé faible en raison du comportement antérieurement posé par l'État. Elles sont donc des raisons de fond et représentent la dimension subjective de la réticence de l'État. Leur pertinence dépend des circonstances de chaque espèce. Contrairement à ces dernières qui représentent des obstacles surmontables, les secondes raisons de l'attitude de l'État revêtent un caractère structurel, en ce qu'elles sont les conséquences directes du défaut de traitement du contentieux des droits sociaux dans les rapports entre l'État et l'investisseur. Elles sont liées au comportement de l'État en tant que parties à l'accord d'investissement. Elles ont donc un caractère procédural. Il est ainsi possible de distinguer, suivant les deux catégories, des obstacles à caractère substantiel (**A**) et des obstacles à caractère procédural (**B**).

A. Les obstacles à caractère substantiel

À travers les obstacles substantiels conjoncturels, il est possible d'expliquer la réticence de l'État à avancer des arguments relatifs aux droits sociaux en étudiant successivement deux

hypothèses. La première hypothèse est relative aux caractères juridiques des traités de protection des droits sociaux et la seconde est liée au comportement de l'État vis-à-vis de la protection des droits sociaux au cours de l'opération d'investissement. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'analyser la pertinence juridique de chacune d'elles. *A priori*, la question de la normativité des dispositions des droits sociaux ne semble pas constituer un obstacle sérieux. Il sera successivement étudié l'hypothèse de la réticence de l'État fondée sur la « normativité problématique » des droits sociaux (1) et celle de la réticence de l'État fondée sur le principe de l'*Estoppel* (2).

1. L'hypothèse de la réticence de l'État fondée sur les caractères juridiques des normes de droits sociaux

Il s'agit de se demander si les caractères juridiques parfois discutés (opposabilité des obligations de droits sociaux, caractère contraignant des normes internationales de protection de droits sociaux, contenu des droits sociaux) peuvent normalement constituer une raison de la réticence des États à avancer des arguments de défense des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Le problème peut être posé graduellement.

D'abord, un point problématique réside dans le fait que, dans le contentieux arbitral relatif aux investissements, les droits sociaux les plus souvent menacés sont des droits qui ne sont pas toujours explicitement reconnus dans les conventions internationales (droit à l'eau, du droit à la santé, droit à la terre). De ce fait, la réclamation de leur respect aux États peut être discutée et les États peuvent légitimement craindre que les arguments y relatifs soient inopérants devant les tribunaux arbitraux. Mais la pratique montre au fil des développements jurisprudentiels sur la question que cette crainte n'est pas justifiée.

Ensuite, la question du caractère obligatoire des droits sociaux apparaît à la lecture de du travail de certains auteurs qui ont traité de la prise en considération des droits de l'homme par les tribunaux d'investissement. Ces auteurs manifestent un brin de pessimisme qu'ils semblent justifier par le caractère discuté de l'obligatorité de certaines normes internationales de protection des droits sociaux. Ainsi, observant que tous les droits de l'Homme n'ont pas la même valeur juridique, le professeur Alain Pellet suggère que les tribunaux compétents en matière d'investissement « appliquent les droits de l'Homme de manière différenciée en fonction de cette gradation de leur valeur contraignante-impérative, simplement obligatoire ou

recommandée »⁶⁰⁰. Lorsque la question du caractère obligatoire ne se pose pas comme c'est le cas des droits sociaux conventionnellement reconnus, c'est le défaut de certains caractères attachés à la norme qui est présenté comme un obstacle. S'agissant du cas des droits sociaux, il a pu être considéré qu'«(a) u-delà des questions de compétence du tribunal et de droit applicable, la formulation et l'autorité parfois incertaines de ces droits ne favorisent sans doute pas leur prise en compte la plus large par les tribunaux d'investissement »⁶⁰¹. *A fortiori*, les « droits les plus susceptibles d'être invoqués » devant les tribunaux à savoir « les droits à la santé, à un environnement sécurisé ou à l'eau potable en particulier (...) sont si vagues, leur « pédigrée » juridique est tellement incertain que les tribunaux, non sans regret, mais avec des raisons juridiques plutôt convaincantes, hésitent le plus souvent à se fonder sur ces droits »⁶⁰².

D'une part, il est vrai que de telles conclusions peuvent bien s'appuyer sur l'état du droit positif relativement à ces droits dont les fondements juridiques ne sont pas aussi incontestables que le sont ceux des droits expressément consacrés par les traités. Pour ne prendre que le cas du droit à l'eau, il ne figure que dans des conventions spécifiques⁶⁰³. Dans le PIDESC, le droit

⁶⁰⁰ PELLET A., « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in DUPUY P.-M., ALLAND D., CHETAIL V., FROUVILLE O. de et VIÑUALES J. E. (dir.), *Unité et diversité du droit international: Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden ; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 757-784, spéc. 762-763.

⁶⁰¹ CAZALA J., « Le respect des droits de l'homme comme justification de la violation d'un traité d'investissement », in BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse = Convergences and contradictions between investment law and human rights law: a litigation approach*, Paris, Pedone, 2017, p. 319-342, spéc. p. 355. Les droits sociaux ont donc des problèmes propres qui sont une difficulté supplémentaire dans la problématique des droits de l'Homme en droit des investissements : il s'agit de « *their contested quality as proper rights, the reluctance to define the states' concrete legal obligations under these rights, and the difficulty of enforcing them in national and international courts and arbitration processes* » (THIELBÖRGER P., « The Human Right to Water versus Investor Rights : Double Dilemma or Pseudo-Conflict », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration, op. cit.*, 2009, p. 487-510, spéc. p. 493).

⁶⁰² PELLET A., « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 771. La difficulté à saisir les obligations que les instruments conventionnels (à l'occurrence le PIDESC) imposent aux États rentre également dans la critique relative au contenu normatif des droits sociaux : voir KRIEBAUM U., « Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights », in REINISCH A. and KRIEBAUM U. (eds.), *The Law of international relations: liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Pub, 2007, p. 165-189.

⁶⁰³ La Troisième convention de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre (article 26 sur l'exigence de l'eau potable en suffisance pour les prisonniers de guerre) et la Quatrième convention sur la protection des personnes civiles en temps de guerre (articles 85, 89). On peut ajouter l'article 54 du Protocole additionnel I et les articles 5 et 14 du protocole additionnel II ; la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (A/RES/34/180, 18 décembre 1979) (article 14 al. 2. h) : garantir un approvisionnement en eau aux femmes des zones rurales) ; la convention relative aux droits de l'enfant (à/RES/44/25, 20 novembre 1989 ; article 24 al. 1, al. 2 (c) : fournir de l'eau potable et salubre tous les enfants) ; la Charte africaine des droits et du bien-être des enfants en Afrique (article 14 alinéa 2 ; article 15 [a] du Protocole de Maputo relatif aux droits de la femme) et le Protocole sur l'eau et la santé à la Convention américaine sur les droits de l'homme relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Article 11). Voir pour un aperçu de l'ensemble des sources du droit à l'eau : PETERSMANN M.-C., *Les sources du droit à l'eau: en droit international*, Paris, Éditions Johanet, 2013, 130 p.

n'est pas expressément prévu, mais il est considéré comme inclus dans le droit à un niveau de vie suffisant dont la liste des composantes n'est pas exhaustive⁶⁰⁴ ainsi qu'au droit à la santé au droit à la nourriture et à l'habillement⁶⁰⁵. Ainsi, « *(o)f the contenders for what else such a standard requires, the most significant that is not elsewhere provided for in the Covenant is adequate water, which is widely accepted as being implicit in Article 11 and about which there now exists an impressive and growing body of commentary* »⁶⁰⁶.

De même, leur « pédigrée » juridique requiert-il de la part de tribunaux qui ne sont pas spécialisés en droits de l'homme une précision de leur contenu⁶⁰⁷ dont le défaut fait craindre légitimement le risque d'altérer la portée de ces droits et les exigences de leur mise en œuvre. On se rappelle, par exemple, que le sens précis à donner au droit à la santé a été longuement discuté lors des travaux préparatoires du PIDESC et que le contenu qui lui est attaché aujourd'hui englobe presque tous les droits sociaux. Ainsi, grâce au travail du CODESC, la définition de la santé retenue dans la Constitution de l'OMS (la santé comme un état de bien-

⁶⁰⁴ « L'article 11, paragraphe 1, du Pacte énonce un certain nombre de droits qui découlent du droit à un niveau de vie suffisant – y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants – et qui sont indispensables à sa réalisation. L'emploi de l'expression « y compris » indique que ce catalogue de droits n'entendait pas être exhaustif. Le droit à l'eau fait clairement partie des garanties fondamentales pour assurer un niveau de vie suffisant, d'autant que l'eau est l'un des éléments les plus essentiels à la survie » (CODESC, Observation générale no 15 (2002), le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2002/11 (20 janvier 2003). Cette interprétation extensive de l'article 11.1 a pu être discutée dans la doctrine. Certains auteurs contestant cette extension du Comité qui crée sans nécessité un nouveau droit de l'homme (TULLY S., "A Human Right to Access Water? A Critique of General Comment No. 15", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, mars 2005, vol. 23, n° 1, p. 35-63; ALSTON P., "Conjuring up new human rights: a proposal for quality control", *American journal of international law*, 1984, vol. 78, p. 607-621), d'autres soutenant qu'il s'agit d'une simple affirmation d'un droit implicite dans le PIDESC dont les États ont déjà accepté les obligations (LANGFORD M., "Ambition That Overleaps Itself? A Response to Stephen Tully's Critique of the General Comment on the Right to Water", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, September 2006, vol. 24, n° 3, p. 433-459; LANGFORD M., "Expectation of Plenty: Response to Stephen Tully", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, septembre 2006, vol. 24, n° 3, p. 473-479 ; CRAVEN M.C.R., « Some Thoughts on the Emergent Right to Water », in RIEDEL E. and ROTHEN P. (eds.), *The human right to water*, Berlin, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 37-47). Chacune de ces positions peut bien s'appuyer sur les travaux préparatoires dont il ressort qu'un projet distinguait de façon autonome le droit à l'eau des autres droits économiques et sociaux.

⁶⁰⁵ OG n° 24, para. 3. Certains ont relevé l'enfermement du droit à l'eau dans la seule catégorie des droits économiques et sociaux qui résulte de cette opération du comité au risque de rendre inutile la jurisprudence existante qui dérive ce droit de certains droits civils et politiques comme le droit à la vie (Voir THIELBÖRGER P., « The Human Right to Water versus Investor Rights : Double Dilemma or Pseudo-Conflict », *op. cit.*, p. 492) ou encore de condamner ainsi le droit à l'eau à n'être qu'un droit social et économique entendu comme un sous-droit de l'homme par rapport aux droits civils et politiques (BRAY H.L., "ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup" 2013 ICSID Review Student Writing Competition, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1 May 2014, vol. 29, n° 2, p. 477). Mais la dérivation d'un droit d'un autre ne s'accompagne pas nécessairement de la transmission de la nature du second au premier. En tout cas, c'est ce que l'observation de la jurisprudence nationale et internationale en matière de droits sociaux offre à observer.

⁶⁰⁶ SAUL B., D.H. KINLEY, et J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: commentary, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 862.

⁶⁰⁷ KRIEBAUM U., « Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights », *op. cit.*, p. 187.

être complet physique, mental et social), rejetée par la porte lors des discussions à la troisième sous-commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, a été pratiquement ramenée par la fenêtre dans la définition que le CODESC donne du droit à la santé. Dans son Observation générale sur ce droit, il affirme que « la formulation "le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental qu'elle soit capable d'atteindre" figurant au paragraphe 1 de l'article 12 du Pacte ne se limite pas au droit aux soins de santé. Au contraire, comme il ressort du processus d'élaboration et du libellé spécifique du paragraphe 2 de l'article 12, le droit à la santé englobe une grande diversité de facteurs socioéconomiques de nature à promouvoir des conditions dans lesquelles les êtres humains peuvent mener une vie saine et s'étend aux facteurs fondamentaux déterminants de la santé tels que l'alimentation et la nutrition, le logement, l'accès à l'eau salubre et potable et à un système adéquat d'assainissement, des conditions de travail sûres et hygiéniques et un environnement sain »⁶⁰⁸.

D'autre part, si l'on peut souscrire partiellement à ces réserves, il reste qu'en ce qui concerne la précision des normes, celle-ci est toujours relative⁶⁰⁹ et le travail qu'elle requiert d'un tribunal d'investissement est bien différent de celui qui est demandé à un juge des droits de l'homme devant lequel le demandeur est le titulaire du droit social dont il faudra au préalable saisir les dimensions. En l'absence des titulaires des droits sociaux à l'instance arbitrale, les droits sociaux requièrent des tribunaux arbitraux moins un travail de détermination du contenu normatif des droits dont les grands traits sont déjà précisés par les juridictions et organes spécialisés qu'un raisonnement en termes d'obligations⁶¹⁰ dont la progressivité tend à ne plus

⁶⁰⁸ CODESC, Observation générale n° 14 (2000), le droit à la santé (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4 (11 août 2004). Il n'a d'ailleurs pas hésité à lire dans presque tous les droits de l'homme des composantes du droit à la santé : Le droit à la santé est étroitement lié à d'autres droits de l'Homme et dépend de leur réalisation : il s'agit des droits énoncés dans la Charte internationale des droits de l'homme, à savoir les droits à l'alimentation, au logement, au travail, à l'éducation, à la dignité humaine, à la vie, à la non-discrimination et à l'égalité, le droit de ne pas être soumis à la torture, le droit au respect de la vie privée, le droit d'accès à l'information et les droits à la liberté d'association, de réunion et de mouvement. Ces droits et libertés, notamment, sont des composantes intrinsèques du droit à la santé (para.3).

⁶⁰⁹ On pourrait même dire que l'imprécision est de la nature même de la norme, « car la norme se présente rarement comme telle dans la vie juridique ». S'il est vrai que « les normes n'accèdent à l'existence juridique que dans la mesure où elles sont contenues dans un acte, cette existence demeure largement virtuelle tant qu'elles n'ont pas été l'objet d'un raisonnement juridique qui leur permet de réaliser le passage entre un acte et un autre » (SUR S., *Les dynamiques du droit international*, op. cit., p. 28-31). Ce raisonnement est nécessairement une interprétation qui, par définition, subjective.

⁶¹⁰ Faut-il d'ailleurs rappeler que « la pratique internationale ne raisonne pas en termes de normes, mais d'obligations, qui peuvent avoir une intensité différenciée, sans pour autant constituer de normes générales. L'expression même de norme n'appartient pas au vocabulaire de droit international positif, sauf dans les conventions de Vienne sur le droit des traités ou, plus récemment, dans la motivation de certaines décisions des juridictions internationales. Elle est davantage de caractère doctrinal, elle vient au support de raisonnements juridiques davantage que d'obligations concrètes. À ce titre elle est utile, et l'on y recourt souvent, mais sur le

être perçue comme un obstacle⁶¹¹. Ce raisonnement s'impose d'autant plus qu'il est justifié par le dialogue entre le tribunal et les parties⁶¹². En effet, il revient à l'État de défendre la prise en compte de ses obligations en matière de droits sociaux. De même, l'incertitude sur les fondements juridiques se dissipe progressivement à la faveur d'une jurisprudence prometteuse tant en droit de l'homme⁶¹³ qu'en droit des investissements⁶¹⁴. De façon générale, il est désormais évident qu'à la faveur de techniques d'emprunt et d'inspiration⁶¹⁵, les tribunaux d'investissement se réfèrent, prennent en considération ou s'inspirent des décisions des cours et organes de droits de l'homme. Même si certaines interprétations comme celles du CODESC ne sont pas contraignantes⁶¹⁶, elles ont acquis une certaine autorité qui leur confère une place indéniable dans une pratique de fertilisation croisée relative aux droits sociaux⁶¹⁷. Pour preuve, lorsque les tribunaux d'investissement abordent les droits sociaux à l'occasion d'un contentieux, ils sont plus portés à discuter l'applicabilité du droit international des droits de l'Homme à l'investisseur⁶¹⁸ ou la mise en cause dans le contentieux des obligations relatives à

plan de l'analyse et de la systématisation » (COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2014, p. 51).

⁶¹¹ Voir la thèse de doctorat de madame PUTTI C., *Les obligations internationales des États en matière de droits économiques, sociaux et culturels: L'édification d'un régime obligatoire spécifique aux droits à réalisation progressive*. Aix-Marseille Université, Marseille, 2020.

⁶¹² "The arbitrator is bound by his or her legal dialogue with the parties, as he or she has the obligation to answer their respective arguments. As a consequence, it is primarily to them to learn how to deal with human rights law in the framework of an international law dispute" (DUPUY P.-M., « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in DUPUY P.-M., PETERSMANN E.-U. and FRANCONI F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, *op. cit.*, p. 45-62, spéc. p. 59)

⁶¹³ Voir pour la jurisprudence nationale affirmant le droit à l'eau : SAUL B., KINLEY D.H. and MOWBRAY J., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, p. 915-916.

⁶¹⁴ Voir le chapitre 5.

⁶¹⁵ KRIEBAUM U., « Les techniques interprétatives », in BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse = Convergences and contradictions between investment law and human rights law: a litigation approach*, Paris, Pedone, 2017, p. 305-315.

⁶¹⁶ Dès lors que l'on accepte la juridicité du droit, ce qui compte semble la précision du contenu normatif. Pierre-Marie DUPUY pense ainsi que les droits sociaux qui n'ont pas encore fait l'objet d'observations générales de la part du CODESC, la "relative indeterminacy may in some cases be considerably reduced by referring to specific standards, particularly those established by international organisations" (DUPUY P.-M., « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », *op. cit.*, p. 54).

⁶¹⁷ Malgré les limites du pouvoir du CODESC, celui-ci s'est construit une légitimité qui force le respect des États (SEPULVEDA CARMONA M.M., *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 87-112). Il est désormais admis qu'en l'absence de jurisprudence, les observations générales font autorité, en ce sens que leur contenu constitue aujourd'hui « la base la plus solide pour donner la définition des DESC et des obligations corrélatives des États en droit international » (GOLAY C., « Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels », in DECAUX E., DE SCHUTTER O. et TEXIER P. (dir.), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels: commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 21-40, spéc. p. 28.

⁶¹⁸ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, AWARD, 8 December 2016, para. 120 ss. Bien au contraire, le tribunal reconnaît qu'il s'agit d'un droit largement reconnu.

ces droits⁶¹⁹ que leur valeur juridique ou leur contenu normatif. Au regard de ces considérations, une crainte fondée sur les caractéristiques de ces droits n'est donc pas justifiée.

2. *L'hypothèse de la réticence de l'État fondée sur le principe de l'Estoppel*

Une crainte plus sérieuse est celle qui dissuaderait un État, en raison de son propre comportement, à invoquer devant un tribunal compétent en matière d'investissement ses obligations en matière de droits sociaux. Cette situation est plus probable lorsque le contentieux ne se fonde pas sur le traité, mais sur un contrat ; la violation par l'État de ses obligations en matière des droits sociaux en droit des investissements étant plus manifeste dans le contentieux contractuel comme l'a montré l'affaire *Chevron*. Pour prendre encore le cas du droit à l'eau dans le cadre du contentieux d'investissement, la situation s'était présentée dans des affaires impliquant l'Argentine et la Bolivie. Ainsi, dans l'affaire *Compana de Aguas del Aconquita*, la province argentine de Tucuman (État fédéré) avait accepté en 1993 de conclure, avec la filiale locale de la société française Générale des Eaux (*Aguas del Aconquita*), une concession de trente ans par laquelle elle privatisait la distribution de l'eau dans la province. La concession avait eu pour effet de faire supporter des coûts très élevés de distribution d'eau aux consommateurs. L'échec d'une tentative de renégociation du contrat en vue de réduire les sujétions financières des foyers a été à l'origine du contentieux⁶²⁰.

Conformément au droit international des droits de l'homme, il revient aux autorités administratives et politiques de la Province de s'assurer que le contrat est conforme à leurs obligations en matière du droit à l'eau, car « *(t)he State cannot exempt itself from its human rights obligations by involving non-state actors in service provision. Irrespective of responsibilities of the latter, the state remains the primary duty-bearer of the realization of human rights* »⁶²¹. Comme le note le CODESC, « (l)es États parties doivent veiller à ce que les tiers qui gèrent ou contrôlent les services (réseaux d'adduction d'eau, navires-citernes, accès à

⁶¹⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 252 ss; SAUR International S.A. vs Republic of Argentina, ICSID Case No ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 6 June 2012, para. 328.*

⁶²⁰ *Ibid.*, para. 24-39.

⁶²¹ Human Rights Council, Report of the Independent Expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque, A/HRC/15/31 (9 June 2010), para.18.

des cours d'eau et à des puits, etc.) ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante »⁶²².

En l'espèce, la violation de cette obligation a résidé dans le fait que la province s'est engagée à travers un contrat qui n'assurait pas aux populations l'accessibilité à un coût abordable et à une qualité acceptable de l'eau servie⁶²³. De même, avec l'affaire *Aguas del Tunari*⁶²⁴, il est possible de remarquer que la violation résulte le plus souvent de l'inaccessibilité en coût à la suite de la privatisation et du défaut d'alternative pour les populations en raison de la clause d'exclusivité de l'adduction d'eau en faveur du concessionnaire.

La question de savoir si un tel manquement peut jouer à l'encontre de l'État va dépendre à la fois des moyens de défense de l'État et des arguments soulevés par l'investisseur. Il n'est pas rare que des contre-arguments relèvent la responsabilité première, voire exclusive de l'État en matière de droits sociaux et que le tribunal se donne la peine de mentionner la pertinence de cette observation. Cependant est une pratique contentieuse plutôt rare le fait que l'investisseur soulève la violation par l'État défendeur des obligations étatiques en matière de droits sociaux au titre par exemple d'un moyen de défense basé sur l'*estoppel* et que cela soit discuté par le tribunal.

En ce qui concerne les moyens de défense de l'État, celui-ci peut avancer, à titre d'objection à la compétence du tribunal arbitral, la nullité du contrat d'investissement en se fondant sur l'absence d'engagement contractuel tiré du défaut d'une procédure constitutionnelle ou la violation de l'ordre public international. Dans une affaire (non relative aux droits sociaux) qui a opposé l'investisseur *Bankswitch* à l'État du Ghana, l'investisseur contestait la validité du contrat de fourniture de solution technologique au motif que la Constitution ghanéenne impose pour les contrats internationaux d'affaires que ceux-ci soient

⁶²²CODESC, Observation générale n° 14 (2000), Le droit à la santé (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2000/4 (11 août 2004), para. 24.

⁶²³ THIELBÖRGER P., « The Human Right to Water versus Investor Rights: Double Dilemma or Pseudo-Conflict », in DUPUY P.-M., PETERSMANN E.-U. and FRANCONI F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, op. cit., p. 495. Une tentative de cerner les violations que peut commettre l'État a permis d'identifier quatre séries de violations possibles à travers la privatisation. Outre, le défaut de dispositions claires sur le prix et la qualité prenant en compte le niveau de vie des populations dans le contrat, les violations résultent de l'absence ou de l'insuffisance de suivi et de contrôle de la concession, du défaut de participation publique à toutes les étapes de la concession (et même si difficile) à l'instance arbitrale, le défaut de contrôle juridictionnel résultant de la non-prévision des droits de l'homme dans le droit applicable (p. 503-509).

⁶²⁴ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case N° ARB/02/3, *Decision on Jurisdiction*, 21 October 2005, para. 1-17.

approuvés par l'organe législatif⁶²⁵. Le tribunal a considéré que le Ghana ne pouvait plus se prévaloir de l'invalidité du contrat au regard de son droit interne à partir du moment où, les principes du droit international s'appliquant à ce contrat international, il a pu légitimement laisser croire à l'investisseur que le contrat était valide et qu'un dommage en a résulté pour ce dernier. C'est donc la simple impression à laquelle se serait fié de bonne foi l'investisseur (même si celui-ci était supposé connaître les exigences du droit interne pour ce type de contrat) qui prévaut sur la réalité de la non-satisfaction d'une exigence constitutionnelle et qui a été sanctionnée au titre de l'*estoppel*. *A fortiori*, il serait difficile à un État de revenir sur ses engagements contractuels en arguant de son propre manquement vis-à-vis de sa législation nationale ou de ses engagements internationaux (de toute façon incorporés dans son droit interne) en matière de droits sociaux. Dans cette hypothèse, le principe de justice à travers l'*estoppel*, qui suppose la création d'attentes légitimes chez l'investisseur dont un dommage résulterait de la trahison, lui sera applicable dans sa conception stricte⁶²⁶. En évoquant l'affaire *Biwater Gauff* dans laquelle l'investisseur avait rappelé l'état dégradé de l'approvisionnement en eau potable aux populations, antérieur à son contrat et à son installation, un auteur observait à juste titre que « *by invoking human rights as a defence in investment arbitrations, states may have to disclose they own failure to hitherto ensure the protection of human rights* »⁶²⁷.

Dans sa conception large qui est également adoptée par les tribunaux, l'*estoppel* pourrait être simplement retenu en cas de simple incohérence du comportement de l'État qui aurait précédemment violé ses engagements en matière de droits sociaux à travers un engagement contractuel et qui réclamerait, par la suite, la prise en compte de ces engagements devant un

⁶²⁵ *Bankswitch Ghana Ltd v. The Republic of Ghana action as the Government of Ghana, UNCITRAL, Award save as to Costs, PCA Case No. 2011-10, 11 April 2014.*

⁶²⁶ Dans l'affaire *Chevron*, face à la position de l'Équateur qui faisait la différence entre deux entités qu'il considérait distinctes juridiquement alors ses propres juridictions avaient déjà considéré qu'il s'agissait d'une même entité, le tribunal insistait ainsi sur le fait que le « *duty of good faith precludes clearly inconsistent statements, deliberately made for one party's material advantage or to the other's material prejudice, that adversely affect the legitimacy of the arbitral process. In other words, no party to this arbitration can 'have it both ways' or 'blow hot and cold', to affirm a thing at one time and to deny that same thing at another time according to the mere exigencies of the moment* » (*Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, arbitration Rules, PCA Case NO. 2009-23, UNCITRAL, Second partial Award on Track II, 30 August 2018*, para. 7, 106). Voir également, *Československa obchodní Banka, A.S. v. Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case no. ARB/97/4, 24 May 1999*, para. 47 ; KULICK A., "About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: Estoppel in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals", *European Journal of International Law*, février 2016, vol. 27, n° 1, p. 107-128.

⁶²⁷ KRAJEWSKI M., « International Investment Law and Human Rights: Beyond General Observations, Towards Greater Differentiation », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International Investment Law and its others*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 71-77, spéc. p. 76.

tribunal arbitral⁶²⁸. L'application de l'*estoppel* entendu largement pourrait ainsi contraindre l'État à éviter de contracter en violation de ses engagements contractuels. Dans ce cas, la violation de ces engagements en matière de droits sociaux par le fait même de la conclusion du contrat peut lui être reprochée à titre d'*estoppel*, indépendamment de tout préjudice en résultant pour l'investisseur (*Allegans contraria non audendus est*). La crainte est ici d'autant plus sérieuse que dans cette conception, l'*estoppel* est susceptible d'être retenu en dehors de la relation contractuelle et peut s'appliquer dans un contentieux conventionnel.

Ensuite, il est plus probable que, lorsque l'État défendeur reproche une atteinte aux droits sociaux à l'investisseur, notamment sur le terrain de l'exigence de la conformité de l'investissement au droit local, celui-ci soulève l'argument de l'*estoppel* comme une exception à la doctrine des mains propres (*clean hands*)⁶²⁹. Toutefois, une pareille tentative pourrait être un aveu de mauvaise foi de la part de l'investisseur.

Ainsi, la conception large de l'*estoppel* et la possibilité que le tribunal la soulève *proprio motu* rendent probable le fait que l'État puisse être confronté à sa propre violation des droits sociaux. Le succès d'un tel argument pour l'investisseur n'est pas totalement certain. En l'absence de précédent jurisprudentiel, cet argument paraît exigeant au niveau probatoire. Aussi, l'intérêt pour l'investisseur de relever la violation par l'État des obligations relatives aux droits sociaux est-il minime en dehors de tout lien avec la contestation de ses droits tant au stade de la compétence que du fond. Paradoxalement, si cela arrivait, la socialisation du contentieux arbitral en sortirait plus renforcée. Elle le serait davantage si les obstacles à caractère procédural venaient à recevoir un traitement adapté.

⁶²⁸ Le tribunal dans l'affaire Fraport a simplement relevé que "(p) rinciples of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defence when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with it law» (*Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, Award, ICSID Case no. ARB/03/25, 16 August 2007*, para. 346); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case no. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction, 19 December 2012*, para. 109. Dans l'affaire Desert Line, le tribunal a relevé que la doctrine de l'*estoppel* empêchait à l'État du Yémen de soutenir avec succès, au titre de sa demande conventionnelle, le paiement d'une compensation de la part de l'investisseur pour manquement à des obligations contractuelles dont cet État lui avait dispensé: "In the present case, the doctrine of estoppel (*venire contra factum proprium*) serves as a shield to prevent the Respondent from obtaining compensation for the failure of the Claimant to execute its maintenance and repair obligations as well as for its failure to maintain the two bank guarantees. The Respondent - while imposing the Settlement Agreement that provided for the release of all these obligations - had clearly and unmistakably represented that it no longer treated the Claimant's aforementioned obligations as extant» (*Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, Award, ICSID Case no. ARB/05/17, 6 February 2008*, para. 224).

⁶²⁹ *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, Award, ICSID Case no. ARB/05/17, 6 February 2008, op. cit.*; para. 119-120. MOLOO R. and A. KHACHATURIAN, « The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law », *Fordham International Law Journal*, septembre 2011, vol. 34, p. 1497 ss.

B. Les obstacles à caractère procédural

Il s'agit de limites conventionnelles à l'effectivité des droits sociaux qui résultent d'un défaut de traitement du contentieux des droits sociaux dans les rapports entre l'État et l'investisseur. Elles sont représentées ici par la difficulté pour l'État de soulever des demandes reconventionnelles et l'absence de la place des titulaires de droits dans le contentieux arbitral d'investissement. Le défaut de traitement du contentieux des droits sociaux laisse aux tribunaux arbitraux une grande marge de manœuvre dans l'interprétation des règles procédurales et des accords d'investissement pour admettre les demandes de soumission d'*amicus curiae* ou des demandes conventionnelles. Il en résulte souvent des divergences d'interprétation et des incertitudes qui ont un effet dissuasif sur les États⁶³⁰. Ainsi, ces obstacles procéduraux s'opposent à ce que l'État dans le cas des demandes reconventionnelles ou les tiers à la procédure arbitrale relative à l'investissement dans le cas des demandes de pétition d'*amicus curiae* puissent avancer des arguments de défense des droits sociaux.

Bien que ces techniques procédurales ne permettent pas que la défense des droits sociaux, elles soulèvent des préoccupations d'une acuité particulière lorsqu'il s'agit de présenter des arguments de défense des droits sociaux. Pour cette raison, on se contentera ici d'une présentation générale de ces difficultés relatives aux demandes reconventionnelles **(1)**, et à la place des tiers dans le contentieux d'investissement **(2)** en lien avec le manquement par l'État du traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux dans son rapport avec l'investisseur.

1. *L'obstacle procédural relatif aux demandes reconventionnelles.*

Il est possible de postuler, au regard de l'idée de justice et de bonne administration de la justice à la base de la demande reconventionnelle⁶³¹, que les règlements d'arbitrages opèrent

⁶³⁰ HARRISON J., « Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration: Perenco Ecuador Ltd v Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 August 2015 (Peter Tomka, Neil Kaplan, J Christopher Thomas) », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 (2016), n° 3, p. 479-488, spéc. 479.

⁶³¹ Voire au-delà, car « (il) est contraire au sentiment de la justice qu'un demandeur prétende par sa demande obtenir du défendeur ce qui lui est dû et que, en même temps, il puisse se dérober à l'exécution des obligations connexes qu'il pourrait avoir envers le défendeur. Il est conforme aux dictées de la justice que le défendeur remplisse à son tour les obligations à sa charge qui présentent un certain degré de connexité avec celles qui sont l'objet de sa propre demande » (TORRES BERNARDEZ S., « La modification des articles du règlement de la Cour

une réception du « principe général du droit propre à l'organisation de la fonction judiciaire »⁶³², source du droit à la demande reconventionnelle. Aussi ce droit existe-t-il même dans le silence des règlements d'arbitrage qui se bornent alors à (re) préciser les conditions de recevabilité⁶³³. On ne pourrait pas en dire autant du silence des accords d'investissement pour deux considérations⁶³⁴.

D'une part, il est vrai que la « capacité du défendeur de présenter une demande reconventionnelle recevable devant un tribunal garantit l'égalité procédurale des parties »⁶³⁵, mais la demande reconventionnelle fait courir le risque d'exposer l'investisseur à la « revanche » de l'État. Les difficultés qu'elle soulève tiennent au caractère incertain de l'équilibre recherché entre la protection de l'investisseur et la protection, à travers celle de l'État, de certaines valeurs, en l'occurrence celles protégées par les droits sociaux. Cette raison explique le rejet de l'admission automatique des demandes reconventionnelles et le nécessaire consentement de l'investisseur. Dans les contrats d'investissement, le caractère synallagmatique des engagements facilite l'admission de la demande reconventionnelle en cas de différend réglé au moyen de la procédure arbitrale. La situation est complexe lorsque le

internationale de Justice relatifs aux exceptions préliminaires et aux demandes reconventionnelles », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 49 (2003), n° 1, p. 207-247, spéc. p. 228). Les avantages techniques de la demande reconventionnelle dans l'arbitrage d'investissement ont été relevé par le professeur Reisman dans son opinion dissidente dans l'affaire *Spyridon Roussalis v Romania*, *ICSID Case No ARB/06/1, Award*, 7 December 2011).

⁶³² Partant de l'idée qu'il serait aisé de démontrer que la reconvention constitue une procédure commune aux grands systèmes de droit, Yves Nouvel observe que la norme qui attache un effet reconventionnel à la volonté de l'État trouve son origine dans un principe général du droit propre à l'organisation de la fonction judiciaire et conclut que le règlement de la C.I.J. opère la réception de ce principe (NOUVEL Y., « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *Annuaire Français de Droit International*, 1998, vol. 44, n° 1, p. 327)

⁶³³ L'article 46 de la Convention CIRDI dispose que « *except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counterclaims arising directly out of the subject matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre* » (ainsi que l'article 40 du règlement CIRDI. Voir également l'article 19.3 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 5.5 du règlement de la CCI ; l'article 10.2 du règlement de l'institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

⁶³⁴ Voir sur la question des demandes reconventionnelles dans l'arbitrage d'investissement : HELLIO H., « L'État, un justiciable de second ordre ? À propos des demandes étatiques dans le contentieux transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, 2009, vol. 3, p. 589-620; LABORDE G., "The Case for Host State Claims in Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, 1 février 2010, vol. 1, n° 1, p. 97-122 ; KRYVOI Y., "Counterclaims in Investor-State Arbitration", *Minnesota Journal of International Law*, 2012, vol. 21, n° 2, p. 216-252; KALICKI J., "Counterclaims by States in Investment Arbitration", *Investment Treaty News*, 2013, vol. 3, n° 2; HOFFMANN A.K., "Counterclaims in Investment Arbitration", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1 November 2013, vol. 28, n° 2, p. 438-453; ATHANASOVA D., A.M. BENOIT, et J. OSTŘANSKÝ, "The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 2014, vol. 31, n° 3, p. 357-391.

⁶³⁵ « *L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissement* », Résolution de l'Institut du droit International, Session de La Haye, 31 août 2019 (Article 6.1).

différend s'élève à propos des obligations d'un traité d'investissement, ces obligations étant demeurées pendant longtemps interétatiques. Dans ces traités, le consentement de l'investisseur à une demande reconventionnelle est difficile à déduire de l'acceptation de l'offre d'arbitrage ; et le fait que l'investisseur s'attende à une défense de l'État ne peut pas être assimilé à un consentement à une demande reconventionnelle⁶³⁶.

D'autre part, dans la pratique, les décisions des tribunaux sont source d'incertitude lorsqu'il s'agit de reconnaître à l'État le droit de contre-revendiquer. Elles manifestent une tendance à assimiler l'absence de référence explicite à la demande reconventionnelle dans le traité d'investissement à une exclusion de la possibilité pour l'État de faire une demande reconventionnelle⁶³⁷. À défaut d'une référence expresse, la rédaction de la clause de règlement des différends importe beaucoup. Lorsque la clause vise seulement le règlement des litiges résultant des violations des obligations de l'État, elle est restrictive et peut conduire à exclure la possibilité de demande reconventionnelle. Par contre, une clause largement rédigée peut permettre de formuler des demandes reconventionnelles⁶³⁸, même sur une base juridique différente (loi nationale par exemple) de celle de la demande principale⁶³⁹.

En traitant de la demande reconventionnelle comme le *gymkhana de la réaffirmation de l'État*⁶⁴⁰, le professeur Frank Latty exposait ces difficultés relatives à l'admission des demandes reconventionnelles. À l'occasion, il a notamment insisté sur les obstacles principaux à l'admission des demandes reconventionnelles de l'État dans l'arbitrage d'investissement : le

⁶³⁶ STEINGRUBER A.M., « Counterclaims: a Critical Analysis of Article 6 of the 2019 The Hague Resolution of the Institut de Droit International on the 'Equality of Parties before International Investment Tribunals' », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 35 (2021), n° 3, p. 595-645, spéc. p. 609-610.

⁶³⁷ Voir par exemple : *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, *ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability*, 21 April 2015, para. 154.

⁶³⁸ Dans l'affaire *Urbaser*, la formulation neutre de la clause de juridiction (article 10 du TBI USA-Argentine) permettant à chacune des parties d'introduire une demande en arbitrage a conduit à une interprétation en faveur du droit de contre-revendiquer (para. 1145-1148) ; le consentement de l'investisseur étant déduit de l'acceptation de l'offre d'arbitrage. Voir également *Hesham Talaat Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, *UNCITRAL, Final Award*, 15 December 2014, para. 660-662 ; *Antoine Goetz & Consorts and SA Affinage des Métaux v Burundi*, *ICSID Case No ARB/01/2, Award*, 21 June 2012, para. 271 ss.

⁶³⁹ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, *ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim*, 11 August 2015. Toutefois, il a été parfois soutenu que, même avec une clause largement rédigée, la possibilité de la demande reconventionnelle peut être limitée par l'étendue du champ matériel de la demande principale ou par la rédaction de la clause d'arbitrage qui reconnaît souvent et exclusivement le droit d'action à l'investisseur (Voir ISHIKAWA T., « Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v Romania: A New Approach to Determining Jurisdiction over Counterclaims in ICSID Arbitration? », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32 (2017), n° 3, p. 721-728).

⁶⁴⁰ Il compare ainsi les difficultés du « retour » de l'État dans l'arbitrage d'investissement à travers la possibilité de demande reconventionnelle à celles de ces courses au parcours parsemé d'obstacles pratiquées dans les sports mécaniques.

droit processuel de l'État demandeur de formuler une demande reconventionnelle, le consentement de l'investisseur, le problème de connexité et le régime de la responsabilité de l'investisseur⁶⁴¹. De même, l'article 6.2 de la résolution de l'Institut du droit international adoptée à La Haye précise également que « afin d'être déclarée recevable, une telle demande reconventionnelle doit : a) relever de la compétence du tribunal ; et b) découler directement de l'objet de l'investissement »⁶⁴².

Dans la perspective qui est de comprendre le traitement périphérique des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif aux investissements, il est possible de considérer que le traitement du régime de la responsabilité de l'investisseur résout en grande partie les difficultés relatives à l'admission de la demande reconventionnelle. Si cette affirmation est soutenable, le défaut de traitement par les États de la responsabilité de l'investisseur constitue indirectement un manquement à la prise en compte du contentieux des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Deux arguments principaux soutiennent l'idée du traitement des difficultés d'admission de la demande reconventionnelle par l'imposition des obligations positives à l'investisseur.

En premier lieu, l'imposition des obligations positives à l'investisseur permet d'apporter des réponses aux autres problèmes, qui sont, au demeurant, liés.

Ces problèmes sont liés. Par exemple, le problème de la connexité est lié à celui du consentement de l'investisseur. La connexité est une exigence processuelle qui n'est pas propre à l'arbitrage d'investissement⁶⁴³. Même pourvue d'une autonomie procédurale⁶⁴⁴, la demande reconventionnelle en tant que demande incidente doit satisfaire à l'exigence de connexité par rapport à la demande principale⁶⁴⁵, le tribunal ne pouvant se voir soumettre une affaire nouvelle

⁶⁴¹LATTY F., « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : Le Gymkhana de la réaffirmation de l'État », in EL GHADBAN T., MAZUY C.-M., SENEGACNIK A.(dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ? op. cit.*, p. 161-178.

⁶⁴²« L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissement », *op. cit.*

⁶⁴³ Le tribunal dans l'affaire Saluka remarquait ainsi : «(i)n relation specifically to counterclaims, it is necessary that they must also satisfy those conditions which customarily govern the relationship between a counterclaim and the primary claim to which it is a response. In particular, a legitimate counterclaim must have a close connexion with the primary claim to which it is a response» Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, para. 61.

⁶⁴⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J., 25 septembre 1997, Rec. 1997, p. 7, p. 256, para. 27 ; AZARI H., La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de justice, Paris, L'Harmattan, coll. Collection "Le droit aujourd'hui", 2018, p. 114-120.*

⁶⁴⁵ Cela apparaît comme une évidence même en l'absence de toute disposition sur ce point. En droit interne français, l'ancien code de procédure civile ne comportait ni définition de la demande reconventionnelle ni précision

à l'occasion d'une demande incidente, car cela poserait un problème de compétence, même pour une juridiction autre qu'un tribunal arbitral⁶⁴⁶. Ainsi, le rapport à la connexité est évident dans le questionnement relatif à la compétence du tribunal dans la mesure où la connexité juridique⁶⁴⁷ sera discutée lorsque le fondement de l'obligation sur laquelle repose la demande reconventionnelle (un traité de droit de l'homme par exemple) est différent de la base juridique de la demande principale⁶⁴⁸. Cette hypothèse qui traite de la compétence du tribunal requiert que soit réglée la question du consentement de l'investisseur. Par exemple, un compromis entre les parties au différend peut s'avérer nécessaire à l'absence de l'expression du consentement de l'investisseur dans le TBI. Dans l'affaire *Burlington Resources*, le consentement de

sur sa recevabilité. Mais la jurisprudence, systématisée par les auteurs unanimes, la déclarait recevable, soit lorsqu'elle servait de défense, soit lorsqu'elle tendait à la compensation judiciaire, soit lorsqu'elle était unie par un lien de connexité à la demande principale (COSNARD H.-D., « Demande reconventionnelle : La notion de "lien suffisant avec la demande originaire» », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 5 (1981), n° 1, p. 92-99, p. 95). Cette exigence de connexité vaut également en droit international dans la mesure où la possibilité de la demande reconventionnelle a été vue comme un principe général de droit (ANZILOTTI D., « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *JDI*, (1930), p. 857-877, spéc. p. 863), d'inspiration de la pratique judiciaire des États (SAVADOGO L., « La renaissance de la procédure de demande reconventionnelle », *Revue belge de droit international*, (1999), n° 1, p. 237-270, spéc. p. 239). En effet, en l'absence de définition dans les statuts (le Statut de la C.I.J. n'en comporte pas toujours) et dans le règlement intérieur, la CPJI (son règlement intérieur version 1922, il est simplement prévu que les contre-mémoires peuvent comprendre des demandes reconventionnelles pour autant que ces dernières rentrent dans la compétence de la Cour) a nourri le contenu définitionnel et procédural de la notion de façon prétorienne. Ce n'est que plus tard à la faveur de la révision du règlement de la Cour en 1936 que l'exigence relative à la connexité a été textuellement prévue (article 63).

⁶⁴⁶ « [...] le défendeur ne saurait tirer parti de l'action reconventionnelle pour porter devant le juge international des demandes qui excéderaient les limites dans lesquelles les parties ont reconnu sa compétence ; et que le défendeur ne saurait davantage imposer par cette voie au demandeur n'importe laquelle demande, au risque de porter atteinte aux droits de celui-ci et de compromettre la bonne administration de la justice ; et [...] que c'est par ce motif qu'il est exigé, au paragraphe 1 de l'article 80, que la demande reconventionnelle "relève de la compétence de la Cour" et "soit en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse » (*Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J., 25 septembre 1997, Rec. 1997, p. 7, op. cit. p. 257-258, para. 31).

⁶⁴⁷ En outre, la connexité factuelle peut être considérée comme suffisante pour satisfaire l'exigence de connexité : Voir *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, op. cit., para.1151.

⁶⁴⁸ La question est différemment tranchée par les tribunaux. Voir à ce propos, les affaires du tribunal de réclamations Iran-États-Unis citées par le tribunal dans l'affaire *Saluka* (*Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, para. 69 ss). Mais en général, il s'agit d'affaires contractuelles. Dans l'affaire *AMCO Asia*, le tribunal a retenu le défaut de connexité à propos d'une demande reconventionnelle relative à la fraude fiscale parce que le différend n'était pas relatif à l'investissement. Pour le tribunal, "(t)he obligation not to engage in tax fraud is clearly a general obligation of law in Indonesia. It was not specially contracted for in the investment agreement and does not arise directly out of the investment» (*Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, para.126). Cet argument pourrait s'appliquer à une demande relative aux allégations de violation de droits de l'homme est critiquable dans la mesure où l'on peut considérer que le contrat fait un renvoi au droit national, incluant ainsi le droit national dans le droit applicable. (L'application du droit national est encore plus évidente dans le cas du contrat dans la mesure où le premier pallie les insuffisances du second). Cette solution a été retenue dans l'affaire *Hesham Talaat M. Al Warraq*, le tribunal a considéré que l'obligation contenue dans le droit national était, par l'effet du renvoi, une obligation internationale qui servait de base à l'admission et au bien-fondé de la demande reconventionnelle (para. 663).

l'investisseur a été donné dans un compromis qui a permis à l'état de fonder sa demande reconventionnelle sur sa loi nationale⁶⁴⁹.

Aussi, l'observation de la jurisprudence permet-elle de remarquer que le sort de la demande reconventionnelle est différent suivant la présence ou l'absence des obligations de l'investisseur dans le traité d'investissement. D'une part, l'absence des obligations de l'investisseur a conduit à des raisonnements encore discutés de la manière dont les tribunaux reconnaissent ou non des obligations aux investisseurs pour accepter des demandes reconventionnelles en l'absence de telles obligations expressément prévues dans le traité⁶⁵⁰.

D'autre part, la présence des obligations de l'investisseur dans le traité (ou le renvoi à un texte extérieur les contenant) favorise le traitement positif de la problématique du droit de contre-revendiquer et de celle de consentement de l'investisseur⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Voir *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), *Decision on Ecuador's Counterclaims*, 7 February 2017, para. 60.

⁶⁵⁰ L'invocation des obligations du droit national comme fondement d'une demande reconventionnelle en l'absence d'une clause contractuelle ou conventionnelle renvoyant au droit national a été considérée comme étendant excessivement la compétence du tribunal dans les affaires AMCO et Paushok. Ainsi, dans l'affaire Paushok, le tribunal a soutenu que "the Respondent seeks to extend the extraterritorial application and enforcement of its public laws, and in particular its tax laws, to individuals or entities not subject to and not having accepted to submit to Mongolian public law or its courts. Thus, if the Arbitral Tribunal extended its jurisdiction to the counterclaims, it would be acquiescing to a possible exorbitant extension of Mongolia's legislative jurisdiction without any legal basis under international law to do so, since the generally accepted principle is the non-extraterritorial enforceability of national public laws and, specifically, of national tax laws" (*Sergei Paushok v. Government of Mongolia*, UNCITRAL, *Award on Jurisdiction and Liability*, 28 April 2011, para. 695). Aussi, dans l'affaire Urbaser, l'Argentine ne pouvant pas fonder la compétence du tribunal sur le droit national en l'absence de référence à ce droit, a dû avancer une violation d'une obligation de droit international général de respecter les droits qui s'imposeraient aux investisseurs. Regardant la compétence du tribunal, comme condition de la recevabilité de la demande reconventionnelle, le tribunal dans l'affaire Urbaser a retenu *prima facie* sa compétence revoyant la question à l'analyse du fond (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, *Award*, 8 December 2016, *op. cit.*, para. 1153) ; alors que le tribunal dans l'affaire *Biloune* n'a pas retenu sa compétence (p. 203). Relativement à des obligations qui pourraient découler de la clause relative à la conformité au droit local, le tribunal dans l'affaire *Urbaser* a rejeté que la disposition y relative dans le BIT, parce qu'elle porte la définition de l'investissement dont il est précisé que l'acquisition des avoirs et leur réalisation doivent être conformes au droit national, celle ne contenait pas une obligation à la charge de l'investisseur (*Ibid.* 1184-1185). Dans l'affaire *Roussalis*, la tentative de l'État, demandeur reconventionnel, de fonder sa demande sur la clause parapluie qui opérerait une transformation de la nature des obligations conventionnelles de l'investisseur n'a pas été convaincante aux yeux du tribunal (*Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, *Award*, 7 December 2011, para. 875).

⁶⁵¹ L'existence des obligations est centrale. Dans l'affaire *Roussalis*, l'absence d'obligations, entre autres, a conduit à la négation du consentement de l'investisseur (*Ibid.*, para. 869-971). Dans l'affaire *Hesham*, le consentement de l'investisseur a été déduit de son acceptation de son offre d'arbitrage contenue dans le traité qui comportait des obligations à la charge de l'investisseur (*Hesham Talaat Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL, *Final Award*, 15 December 2014, *op. cit.*, para. 663). Voir également *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/15/3, *Award*, 18 September 2018.

Pour ces raisons, l'imposition explicite des obligations à l'investisseur dans le traité est importante pour l'admission et le succès de la demande reconventionnelle. Les simples références relatives aux droits sociaux ne semblent pas pertinentes pour résoudre ce problème. Il en est de même de la conclusion d'un traité parallèle imposant des obligations aux entreprises multinationales qui peut s'avérer encore insuffisante. Même si un traité international comporte des obligations en matière de droits de l'homme, sa pertinence dans le contentieux arbitral sera limitée par l'absence de renvoi fait dans le traité d'investissement servant de fondement à l'appréciation de la compétence matérielle du tribunal vis-à-vis de la demande reconventionnelle. De même, le fait qu'un nouveau traité oblige les États à rendre compatibles les traités d'investissement et à les interpréter conformément à ses dispositions⁶⁵² ne résout pas le problème, car non seulement cela ne pourra pas lier le tribunal, mais cela demandera aussi que les États apportent des amendements aux accords d'investissement et de commerce existants afin de les rendre conformes aux traités.

En second lieu, certaines réponses apportées par des États dans les nouveaux modèles de traités ou nouveaux accords d'investissement ne sont pas sans difficulté lorsque celles-ci ne consistent pas en l'imposition des obligations à l'investisseur. Par exemple, conditionner la demande en arbitrage de l'investisseur à son consentement à la demande reconventionnelle ne résout pas les difficultés résultant du régime de responsabilité⁶⁵³. Certains accords semblent admettre la possibilité de demande reconventionnelle à travers l'exclusion de demandes reconventionnelles sur certains points⁶⁵⁴. Ce choix rédactionnel n'est pas aussi à l'abri d'interprétations divergentes des tribunaux⁶⁵⁵.

En tout état de cause, si certaines interprétations et certaines nouvelles dispositions autorisent les demandes reconventionnelles, la pratique arbitrale enseigne que des obligations

⁶⁵² Article 12.6 du projet révisé : *“States Parties agree that any bilateral or multilateral agreements, including regional or sub-regional agreements, on issues relevant to this (Legally Binding Instrument) and its protocols, shall be compatible and shall be interpreted in accordance with their obligations under this (Legally Binding Instrument) and its protocols”* (Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises With Respect to Human Rights (IGWG), Revised draft of a legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, 2019. https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf).

⁶⁵³ *Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT 2019, 28/03/2019* (article 19.D.2).

⁶⁵⁴ *Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA), 05/08/2004 (date of entry into force: 01/01/2009), op. cit. (article 10.20.7) ; Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, 30/11/2018 (date of entry into force: 01/07/2020), op. cit. (article 44.D.7).*

⁶⁵⁵ STEINGRUBER A.M., « Counterclaims », *op. cit.*, p. 616.

expressément prévues dans le traité garantissent davantage l'admission des demandes reconventionnelles. Dès lors, les États manquent de prendre en compte des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement non seulement par l'absence de traitement (ou par le traitement insuffisant) conventionnel des demandes reconventionnelles, mais ils le font également par leur réticence à soulever des demandes reconventionnelles alors que des arguments sont disponibles (même si leur efficacité n'est pas certaine).

2. *L'obstacle procédural relatif à l'admission d'un amicus curiae*

La difficulté à réprimer les violations des droits de l'homme par les entreprises multinationales entraîne une conséquence fondamentale sur la réparation des dommages subis par les titulaires des droits. Cette difficulté se manifeste dans l'inefficacité des actions portées devant les juridictions nationales des droits de l'homme. Or, s'agissant de la réparation⁶⁵⁶, l'arbitrage d'investissement pourrait présenter un avantage, car dans la mesure où l'investissement est sous la juridiction de l'État des justiciables, une décision arbitrale en faveur des titulaires de droits sera plus facile à exécuter d'une part, et les sentences arbitrales,

⁶⁵⁶ La question de l'existence d'un droit à la réparation des victimes des violations des droits de l'homme en droit international n'est pas résolue en droit international. La réponse semble tendre vers la négative, en tout cas dans la doctrine. Ainsi pour le professeur Tomuschat "*it is clear that international law has not yet evolved to a point where it could be said that, just as with states under the regime of state responsibility, individuals enjoy a full (secondary) right to reparation, including financial compensation, where their (primary) rights have been infringed. As shown above, no such right exists under the most highly developed treaties for the protection of human rights at the universal level as well as at the regional level*" (TOMUSCHAT C., *Human rights: between idealism and realism*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, coll. The collected courses of the Academy of European Law, 2008, p. 371). Il se fonde ensuite sur l'absence d'un forum juridictionnel dédié pour conclure alors que "*the concept of reparation claims under international law has fairly weak foundations, given, over and above its frailty on the substantive level, the absence of an international forum where such claims could be fi led. Th is lack of procedural support also explains why the concept has not yet materialized as a rule of positive international law*" (p. 174). Mais un autre point de vue s'appuie surtout sur le droit matériel pour affirmer que "*the existence of this international obligation is indisputable. It is a firmly international customary norm that, at the same time, constitutes one of the fundamental principles of international law on the matter of the State's responsibility. On the other hand, all international norms on victims declare the victims' right to redress*" (FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI C., *International law of victims*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 177). Mais cette dernière position s'appuie aussi sur du *soft law*. Or, comme le montre le professeur Pierre D'Argent, l'affirmation d'un tel droit en droit international général repose sur une extrapolation du droit conventionnel. En outre, l'émergence d'un tel droit à partir d'un principe général devra faire face à deux limites que sont les immunités et la prescription du droit (D'ARGENT P., « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire », *Annuaire Français de Droit International*, 2005, vol. 51, n° 1, p. 27-55 ; Le droit des individus à obtenir réparation, Cours audio et vidéo disponible sur https://legal.un.org/avl/lis/dArgent_S.html). En tout état de cause, l'inexistence du droit à la réparation ne fait pas obstacle à une action visant la reconnaissance d'allégations d'atteintes aux droits de l'Homme et à leur sanction par un tribunal. Si droit à réparation il y a, il naît de la violation de l'obligation de respecter les droits de l'homme. Mieux, ce droit peut être conventionnellement prévu, même s'il ne l'est pas encore.

contrairement aux jugements étrangers, disposent d'un cadre juridique plus ou moins commun de leur reconnaissance et de leur exécution, d'autre part. Mais cet avantage demeure théorique en raison non seulement de la quasi-impossibilité de présenter des demandes reconventionnelles, mais encore de l'absence des titulaires de droit au procès arbitral. L'*amicus curiae*, la seule possibilité offerte aux titulaires des droits sociaux, n'est pas un droit et l'efficacité des demandes d'*amicus curiae* admises est restreinte.

En premier lieu, l'*amicus curiae* n'est pas un droit. Il est défini comme une « faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclaircir la Cour sur des questions de fait ou de droit »⁶⁵⁷. Mais la faculté doit-elle s'entendre ici d'un droit ou d'une simple possibilité ?

Les statuts et règlements des juridictions internationales s'accordent en faveur de la simple possibilité. Le statut de la CIJ ne prévoit pas expressément la possibilité d'*amicus curiae*. Les articles 62 et 63 qui visent respectivement l'intervention générale et l'intervention spéciale retiennent une rédaction exprimant un droit pour l'État tiers intervenant. Cette position est retenue même pour l'intervention générale⁶⁵⁸ dans la mesure où la cour a affirmé ne pas disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans l'admission de l'intervention⁶⁵⁹. Toutefois, cette forme d'intervention incidente qui permet au tiers de défendre un intérêt d'ordre juridique propre⁶⁶⁰ n'est pas nécessairement compatible avec la définition de l'*amicus curiae*, encore que ce droit n'est ouvert qu'aux États. La question de savoir si l'article 52 du Statut permettant le recours aux experts pourrait servir de porte d'entrée à la procédure d'*amicus curiae* devant la Cour⁶⁶¹ n'a pas encore reçu de pratique jurisprudentielle. Mais, même dans l'affirmative, l'*amicus curiae* ne serait pas un droit devant la CIJ.

⁶⁵⁷ J. SALMON (DIR.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Émile Bruylant, 2001, p. 62.

⁶⁵⁸ KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, p. 728-729

⁶⁵⁹ « La Cour relève qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 62 c'est à la Cour elle-même qu'il appartient de décider de toute demande d'intervention invoquant cet article. Elle souligne en même temps qu'elle ne considère pas que le paragraphe 2 lui confère une sorte de pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accepter ou de rejeter une requête à fin d'intervention pour de simples raisons d'opportunité. Au contraire, de l'avis de la Cour, la fonction que lui confie ce paragraphe est de déterminer si la requête est admissible ou non par application des dispositions pertinentes du Statut » (*Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), requête de Malte à fin d'intervention, arrêt, C.I.J., 14 avril 1981, Rec. 1981, p. 3.*)

⁶⁶⁰ Le tiers peut aussi intervenir en faveur d'une partie principale au procès.

⁶⁶¹ Voir à ce propos les « Débats » (notamment les commentaires des professeurs Olivier De Schutter et de Hélène Ruiz-Fabri dans RUIZ-FABRI H., J.-M. SOREL (DIR), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, coll. Collection contentieux international, 2005, p. 81-82.

L'absence de droit semble également être la règle devant les juridictions régionales des droits de l'homme même si, dans certains cas, la souplesse d'une cour vis-à-vis des conditions d'admission donne l'impression qu'on est en présence d'un droit⁶⁶². La convention interaméricaine ne prévoit pas la faculté d'*amicus curiae*⁶⁶³ contrairement à la Convention européenne des droits de l'Homme qui prévoit à l'article 36§2 que le président peut inviter tout État non-partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites. Ce n'est pas non plus un droit, mais une possibilité dans la mesure où l'invitation s'analyse en une autorisation pour laquelle le président dispose d'un pouvoir discrétionnaire⁶⁶⁴. Il en est de même devant la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples⁶⁶⁵.

Cette pratique conventionnelle ne faisant pas de l'admission de l'*amicus curiae* un droit a eu une influence certaine sur le sort de l'*amicus curiae* dans la procédure arbitrale relative à l'investissement. En effet, en l'absence de mentions dans les règlements de procédure et dans les accords d'investissement, les tribunaux ont manifesté une attitude erratique. Ils ont ainsi pendant longtemps entretenu une incertitude sur les fondements juridiques du pouvoir du tribunal d'admettre un *amicus curiae*. D'une part, des décisions de refus ont été fondées sur la nature consensuelle de l'arbitrage qui fait reposer l'admission des *amicus curiae* sur la volonté des parties⁶⁶⁶. D'autre part, les décisions d'admission ont été justifiées sur divers fondements. En l'absence de dispositions conventionnelles et procédurales favorables, les tribunaux ont dû fonder l'admission de ces demandes sur plusieurs raisons : la nature procédurale de la question de l'*amicus curiae* qui relève dès lors du pouvoir du tribunal arbitral de gérer la procédure⁶⁶⁷,

⁶⁶² OLARTE – BACARES Carolina note ainsi que la neutralité de l'ami de la cour n'est pas une exigence dans le cadre interaméricain et le juge de San José interprète largement les motivations des participants en qualité d'*amicus curiae* (OLARTE– BACARES C., « Droits de l'Homme et droit des investissements en Amérique latine : Interaction des procédures par la participation des particuliers », in TITI C. (dir.), *Droits de l'Homme et droit international économique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 83-113, spéc. p. 102).

⁶⁶³ C'est l'article 3 para.2 du règlement de la Cour qui la prévoit.

⁶⁶⁴ SILICIANOS L.-A., « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in RUIZ-FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, p. 123-150, spéc. p. 132.

⁶⁶⁵ L'article 5 (3) du Protocole de création de la Cour dispose que Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux organisations non gouvernementales (ONG) dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34(6) de ce Protocole. La rédaction laisse voir que la condition relative à la déclaration d'acceptation de la compétence de la cour pour recevoir des requêtes de l'article 5(3) n'est pas la seule condition de l'admission de la demande d'*amicus curiae* devant la cour.

⁶⁶⁶ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case N° ARB/02/3, *Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction*, 21 October 2005, para. 13.

⁶⁶⁷ *Aguas Argentinas S.A. and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/19, *Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus curiae*, 19 May 2005, para. 11–13; *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and*

la présence d'un intérêt public manifestant une particularité de l'arbitrage d'investissement par rapport à l'arbitrage commercial⁶⁶⁸, la recherche de la légitimité de l'arbitrage d'investissement par sa transparence⁶⁶⁹. En conséquence, cette attitude prétorienne entérinait l'inexistence d'un droit à l'*amicus curiae*. Les règlements d'arbitrage n'ont fait que codifier tous ces éléments⁶⁷⁰. Mais cela ne scelle pas irrémédiablement ce caractère de l'*amicus curiae* dans la procédure arbitrale relative à l'investissement, car les règlements sont souvent supplétifs de la volonté des parties. À défaut de pouvoir modifier les règlements de procédure, les États peuvent ainsi prévoir conventionnellement de faire de l'admission de l'*amicus curiae* un droit. Malheureusement, en l'état actuel du droit matériel des investissements, cette possibilité est bien théorique, car les accords d'investissement apportent peu d'innovation ou sont d'une portée pratique faible de ce point de vue.

En effet, les accords d'investissement présentent de ce point de vue une tendance peu favorable. Si l'on exclut la grande majorité des accords, même récents⁶⁷¹, qui ne font aucune référence explicite aux *amicus curiae* ou au « *non-disputing party* », les accords faisant référence à l'*amicus curiae* n'en font pas un droit. En général, ils accordent un pouvoir discrétionnaire au tribunal pour considérer les demandes de soumission de pétitions⁶⁷². On peut

InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus curiae, 17 March 2006, para. 11–13.

⁶⁶⁸ *UPS v. Canada*, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, 17 October 2001, para. 70.

⁶⁶⁹ *Aguas Argentinas S.A and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus curiae, 19 May 2005, para. 20–22.

⁶⁷⁰ Voir article 37 (2) du Règlement d'arbitrage du Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements du 10 avril 2006 ; *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation (NAFTA)*, 7 October 2007; article 1(4) du Règlement d'arbitrage CNUDCI adopté en 2013.

⁶⁷¹ Voir à titre d'exemples, les accords suivants : *Agreement between the Kingdom of Morocco and Japan for the Promotion and Protection of Investment*, 08/01/2020; *Agreement between Japan and the Hashemite Kingdom of Jordan for the Promotion and Protection of Investment*, 27/11/2018; *Agreement between the Government of Hungary and the Government of the Republic of Cabo Verde for the promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 28/03/2019; *Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproque des investissements*, 11/04/2019 ; *Agreement between the Government of the Hong Kong Special administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Arab Emirates for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 16/06/2019; *Agreement between the Slovak Republic and the Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 19/01/2016 (Date of entry into force: 30/08/2017); *Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 3/06/2014 (date of entry into force: 17/04/2015); *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments*, 10/02/2016 (date of entry into force: 06/09/2016).

⁶⁷² Par exemple, l'article 29. 3 de l'Accord d'investissement entre l'Australie et Hong-kong stipule que: "After consultation with the disputing parties, the tribunal may accept and consider written amicus curiae submissions regarding a matter of fact or law within the scope of the investment dispute that may assist the tribunal in evaluating the submissions and 23 arguments of the disputing parties from a person or entity that is not a disputing party but has a significant interest in the arbitral proceedings" (*Investment Agreement between the Government*

citer l'Accord entre le Burkina Faso et le Canada dont l'annexe sur les règles de procédure retient que le « Le tribunal décide s'il doit accorder l'autorisation de déposer une communication d'*amicus curiae* »⁶⁷³. Cela est vrai même pour les accords qui recourent à une rédaction évoquant une obligation pour le tribunal comme dans le passage suivant : « *(t)he tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party* »⁶⁷⁴. La suite laisse toujours une marge au tribunal qui, dans l'analyse des conditions d'admission, « *shall consider, among other things...* »⁶⁷⁵. En outre, la

of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, 15/09/1993 (Date of entry into force: 15/10/1993) . Voir également : *Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of The Other Part, 30/06/2019* (Rules of procedure, para. 40-42); *Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, 15/10/2018* (article 3.1); *Accord entre le Canada et la République de Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements 03/03/2014 (date d'entrée en vigueur : 16/12/2016)* (article 31); *Accord entre le Canada et la République de la Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements, 30/11/2014 (date d'entrée en vigueur : 14/12/2015), op. cit. (article 31)*; *Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between Canada and the Republic of Guinea, 27/05/2015 (date of entry into force : le 27/03/2017), op. cit. (article 32)*; *Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements 08/09/2016 (date d'entrée en vigueur : 24/02/2017), op. cit. (article 31)*; *Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements 01/09/2014 (date d'entrée en vigueur: 27/04/2015)* (article 32); *Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, 01/12/2018* (article 27).

⁶⁷³ *Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la protection des investissements, 20/04/2015 (date of entry into force: 11/10/2017), Annexe IV, para.7)*. Voir également le *Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea, 22/09/2014 (date of entry into force: 01/01/2015), op. cit., (article 8.36)*.

⁶⁷⁴ *Treaty between the United States of America and the government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19/02/2008 (date of entry into force: 01/01/2012)* (article 28.3); *Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 04/11/2005 (date of entry into force: 31/10/2006)* (article 28.3); *Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu, 10/07/2013 (date of entry into force: 01/12/2013)* (article 25); *Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea, 23/03/2015 (date of entry into force: 20/12/2015)* (article 10.26); *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 09/01/2013 (date of entry into force: 12/05/2014)* (article 34); *Agreement between Canada and the State of Kuwait for the Promotion and Protection of Investments, 26/09/2011(19/02/2014)* (article 31); *Agreement between Canada and Mali for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 28/11/2014 (date of entry into force: 08/06/2016)* (article 31); *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 17/05/2013 (date of entry into force: 09/12/2013)* (article 31); *Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA), 05/08/2004 (date of entry into force: 01/01/2009), op. cit. (article 10.15.2)*; *Free Trade Agreement Between the Government of Chile and the Government of the United States of America, 06/06/2003 (date of entry into force: 01/01/2004), op. cit. (article 10.19.3)*; *Free Trade Agreement between Singapore and the United States of America, 06/05/2003 (date of entry into force: 01/01/2004), op. cit. (article 15.19.3)*; *Free Trade Agreement between the Kingdom of Morocco and the United States of America, 15 June 2004 (date of entry into force: 01 January 2006), op. cit. (article 10.19.3)*; *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 19/01/2006 (date of entry into force: 01/01/2009), op. cit. (article 10.19.3)*;

⁶⁷⁵ *Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Honduras, 05/11/2013 (date of entry into force: 01/10/2014), op. cit. (article 10.36)*; *Free Trade Agreement between Australia and the Republic of Korea, 08/04/2014 (date of entry into force: 12/12/2014)* (article 11.20.5); *Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea, 23/03/2015, date of entry into force: 20/12/2015), op. cit. (article 10.26)*; *Agreement*

consultation des parties au litige, expressément requis dans certains accords, vient compliquer davantage l'admission d'une demande *d'amicus curiae*⁶⁷⁶. À cela, il faut ajouter les conditions restrictives d'origine jurisprudentielle relatives à l'admission que certains accords prennent le soin de présenter longuement.

En second lieu, l'admission de l'*amicus curiae* n'implique pas un statut important. Elle ne garantit pas de façon automatique l'accès aux documents (la communication des pièces des parties) ou la présence aux audiences⁶⁷⁷. Surtout, et c'est le point le plus malheureux de ce statut, le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le traitement de l'argument de l'*amicus*. Ce traitement (il ne s'agit pas de donner une suite favorable) n'est pas non plus un droit. Résultat d'une pratique arbitrale, ce principe de non-obligation pour le tribunal de considérer les arguments de l'*amicus curiae* est parfois clairement relevé par les accords internationaux d'investissement. Le silence (sur ce point) de nombreux accords ayant prévu la possibilité de la demande d'*amicus curiae* confirme le constat. Quelques récents traités précisent, au mieux, que le tribunal n'est tenu de répondre à tous les arguments⁶⁷⁸ ni même d'en discuter un seul⁶⁷⁹.

between Canada and the Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments, 20/07/2010 (date of entry into force: 14/03/2012) (Annexe B.III.1); Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 17/05/2013 (date of entry into force: 09/12/2013), op. cit. (article 39); Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea, 22/09/2014 (date of entry into force: 01/01/2015), op. cit. (article 8.36); Agreement between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan, 28/06/2009 (date of entry in force: 14/12/2009) (article 39); Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republics of Central America, 21/02/2018 (article 9.21).

⁶⁷⁶ L'accord entre l'Australie et la Chine réécrit d'ailleurs l'accord obligation des parties: "With the written agreement of the disputing parties, the tribunal may allow a party or entity that is not a disputing party to file a written *amicus curiae* submission with the tribunal regarding a matter within the scope of the dispute" (*Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China, 17/06/2015 (date of entry into force: 20/12/2015) (article 9.1.3)*). Voir aussi *Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 15/10/2018 (Rules 40-42)*. Mais d'autres accords mentionnent une simple consultation des parties. Voir par exemple : *Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of The People's Republic of China, 15/09/1993 (Date of entry into force: 15/10/1993), op. cit. (article 29); Free Trade Agreement between Australia and the Republic of Korea, 08/04/2014 (date of entry into force: 12/12/2014), op. cit. (article 11.20.5); CPTPP (article 9.23.3).*

⁶⁷⁷ DIAS SIMÕES F., « Myopic Amici ? The Participation of Non-Disputing Parties in ICSID Arbitration », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 42 (2016), n° 3, p. 791-822.

⁶⁷⁸ Un tribunal qui accorde l'autorisation de déposer une communication d'*amicus curiae* n'est pas tenu de répondre à tous les points de la communication dans l'arbitrage (Annexe IV 8 de l'accord entre le Canada et le Burkina Faso).

⁶⁷⁹ *Agreement between Canada and the Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments, 20/07/2010 (date of entry into force: 14/03/2012), op. cit. (annexe B.III.7) ; Investment Protection Agreement between the European Union and Its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of The Other Part, 30/06/2019, op. cit. (Rules of procedure 42); Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Honduras, 05/11/2013 (date of entry into force: 01/10/2014), op. cit. (article 7); Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, 15/10/2018 (Rules of Procedures, para.44); Agreement between Canada and the Republic of*

Il en résulte qu'en l'état actuel de son encadrement juridique, l'*amicus curiae* n'est pas admis de droit et que son statut n'assure pas l'efficacité des arguments présentés.

Au titre des obstacles procéduraux, les difficultés relatives à la présentation des demandes reconventionnelles par l'État et à l'admission de l'*amicus curiae* se présentent comme des obstacles sérieux à l'effectivité des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Certains accords d'investissement comportent des dispositions qui traitent ces difficultés sans entamer de façon substantielle la protection de l'investissement et des droits de l'investisseur.

Conclusion de la section

Ainsi, au titre des obstacles découlant du défaut du traitement du contentieux des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement (et plus généralement, au titre de la section II de ce chapitre), il est possible de relever sommairement deux points. Premièrement, les obstacles à caractère substantiel sont relativement moins préoccupants dans la mesure où leur impact peut être limité par une bonne défense de l'État. Au contraire, la place importante du précédent *de facto* dans l'analyse des tribunaux fait craindre que de bons arguments ne suffisent pas à convaincre les tribunaux et à inverser la tendance dans le cas des obstacles à caractère procédural. La réforme des accords d'investissement est peut-être (ou s'impose comme) la solution viable à condition que les États adoptent des dispositions qui ne laissent pas beaucoup de place à l'interprétation. Deuxièmement, dans cette réforme, si l'on peut s'autoriser, pour le besoin de l'argumentation, un ordre de priorité dans le traitement des obstacles, il nous paraît plus urgent d'assurer une place aux tiers, titulaires des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Comme il a été observé dans le chapitre précédent, les besoins de ces derniers ne coïncident pas toujours avec les intérêts dont l'État cherche la protection dans l'arbitrage d'investissement. Même si la médiation de l'État est indispensable, s'agissant d'un contentieux fermé *ratione personae*, l'amélioration du statut de l'*amicus curiae* est décisive pour la protection des droits sociaux.

Peru for the Promotion and the Protection of Investments, 14/11/2006 (date of entry into force: (20/06/2007), (article 39.7).

Conclusion du chapitre

Au final, l'analyse du traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux permet de retenir deux points. Le premier point relève l'ambiguïté de la qualification du traitement en question. Il existe un traitement conventionnel du contentieux des droits sociaux, mais il est difficile d'affirmer sans réserve que ce traitement vise principalement la protection des droits sociaux. Lorsque cette analyse prend en compte les accords de libre-échange économique avec des chapitres sur l'investissement, le doute tend à se dissiper en faveur d'une confirmation que ce traitement conventionnel du contentieux est défavorable à la protection des droits sociaux. Précisément, cet essai de qualification a permis de constater la prééminence d'un traitement interétatique du contentieux des droits sociaux. Ce traitement interétatique marque la spécificité du traitement du contentieux des droits sociaux et se présente, au moins théoriquement, comme un traitement perfectible au regard de son efficacité pour la protection des droits. Deuxièmement, la dominance du traitement interétatique du contentieux des droits sociaux a semblé faire oublier le besoin de traitement du contentieux des droits sociaux dans les rapports entre l'État et l'investisseur. Le traitement insuffisant et minimaliste du contentieux des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement l'atteste. Il en a résulté des obstacles à la possibilité de défense des droits sociaux par l'État ou par les tiers dans cette procédure arbitrale. Certains obstacles n'ont pas de solutions immédiates.

Pour finir, la recherche des solutions aux insuffisances relevées à propos du traitement spécifique du contentieux relatif aux droits sociaux est subordonnée à une évaluation de la pratique concrète de ce traitement conventionnel spécifique. Cette évaluation permettra de confirmer ou de relativiser les conclusions précédentes et servira de guide à la suggestion de solutions. Elle fait l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE 4. LA FONCTION PRÉVENTIVE DU TRAITEMENT SPÉCIFIQUE DU CONTENTIEUX DES DROITS SOCIAUX DES TRAVAILLEURS

Ce chapitre complète l'analyse faite dans le précédent en s'intéressant à l'état de la mise en œuvre concrète du traitement spécifique des droits sociaux. Il décrit alors le résultat de la mise en œuvre du traitement interétatique du contentieux des droits sociaux et permet de relativiser positivement le niveau de socialisation que ce traitement permet. En effet, il vise à identifier, malgré les insuffisances précédemment relevées, les atouts et les potentialités du traitement spécifique pour la protection des droits sociaux. C'est pourquoi, s'il est en grande partie descriptif, il permet grâce à cette description de comprendre la proposition soutenue ici de réexaminer le mécanisme de règlement du contentieux des droits sociaux à la lumière du critère de transparence et de la participation des titulaires des droits sociaux. La fonction préventive des violations des droits sociaux que ce mécanisme revisité pourrait favoriser sert de point de départ pour comprendre les développements du chapitre.

En matière de droits de l'homme, la prévention est souvent entendue de façon large et est difficile à cerner dans la nature des obligations qu'elle impose aux États. D'abord, elle renvoie vaguement au « développement matériel d'une prévention indirecte des violations des droits de l'Homme » qui intègre la considération des causes lointaines ou profondes des violations des droits de l'Homme (pauvreté, sous-développement et/ou mal développement, conflits et guerre...). Ensuite, sur le plan contentieux, la notion n'est pas circonscrite, car les organes de contrôle juridictionnel de droits de l'Homme tendent à faire de l'obligation de prévention une obligation transversale relevant tant de l'obligation de protection ou d'une obligation de promotion ou encore à la fois d'une obligation de résultat et d'une obligation de comportement⁶⁸⁰. Dans le discours des organes non conventionnels onusiens et régionaux des droits de l'homme, « la dimension préventive est rarement affichée de façon ostentatoire et explicite (...) Elle est plutôt noyée au milieu de recommandations ou de considérations qui concernent à la fois la promotion et la protection des droits de l'Homme ». Enfin, la prévention s'invite au stade de la répression et de la réparation, donc au niveau de la mise en œuvre de la responsabilité internationale où elle pose la difficulté d'identification de l'obligation primaire

⁶⁸⁰ Voir à ce propos TOUZE S., « La notion de prévention en droit international des droits de l'homme », in DECAUX E. et TOUZE S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme: actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, Paris, Pedone, 2015, p. 19-36, spéc. p. 19 ss.

lorsque la violation des droits tend à se confondre avec le défaut de prévention des violations⁶⁸¹. Malgré la définition large de la prévention, l'obligation de prévention est souvent sanctionnée par les juridictions de droits de l'homme, par exemple, au titre des obligations positives de l'État⁶⁸². La responsabilité internationale de l'État pour la violation d'obligations positives permet de déterminer « un effet de prévention marqué » « dans la mesure ou une telle responsabilité surviendra en tant que conséquence d'un simple manquement autonome et immédiat à ces obligations »⁶⁸³. Un exemple de ces obligations positives est l'obligation de se doter d'une législation respectueuse des droits de l'homme. En droit international des investissements, l'obligation positive d'adopter une législation respectueuse des droits de l'Homme est aujourd'hui encadrée par le droit conventionnel.

En revanche, si l'on insiste moins sur la nature et les caractères de l'obligation pour considérer simplement la prévention comme un effet, on remarquera que les obligations d'application et de perfectionnement des législations nationales sont assorties d'un mécanisme de contrôle qui présente un effet potentiel de prévention des violations des droits sociaux.

Dans le cadre de l'ANACT (Accord nord-américain de coopération en matière de travail), les États ont pris le soin de réserver un traitement spécifique au contentieux aux droits sociaux. Alors que la proposition initiale était plus ambitieuse sur le plan institutionnel⁶⁸⁷, dans sa version définitive, le périmètre de l'ANACT a été délimité par le principe de souveraineté. Les États conservent leurs souverainetés dans la législation des normes relatives au travail. En conséquence, sur le plan institutionnel, l'accord ne crée pas un tribunal administratif de travail ou encore une cour supranationale en matière de travail⁶⁸⁸. La législation nationale en matière de travail est simplement appréciée au regard de onze principes prévus en annexe de l'accord. Cette appréciation est le fait d'institutions administratives. Le but de ce mécanisme mis en place

⁶⁸¹ DECAUX E., « Avant-propos » in DECAUX E., TOUZE S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme: actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, Paris, Pedone, 2015, p. 13.

⁶⁸² Voir *Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, Osman c. Royaume-Uni, Rec. 1998-VIII*, para.115 ; et plus généralement : MADELAINE C., *La technique des obligations positives en droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014. Pour l'affirmation d'une obligation de prévention devant la C.I.J. : *Détroit de Corfou (fond), (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), Arrêt, C.I.J., 9 avril 1949, Rec. 1949*, p. 22 ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), Arrêt, C.I.J., 24 mai 1980, Rec. 1980*, p. 31.

⁶⁸³ DE SENA P., « Responsabilité internationale et prévention des violations des droits de l'homme » in DECAUX E., TOUZE S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme, op. cit.* p. 43.

⁶⁸⁷ Le projet d'accord privilégiait une commission indépendante et des sanctions économiques.

⁶⁸⁸ COMPA L. and BROOKS T., *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 29.

n'est donc pas la recherche de l'uniformisation ou de l'harmonisation du droit social. Au contraire, « *the NAALC repudiates the idea of common standards or harmonization of standards. But at the same time that sovereignty is strictly observed, the NAALC commits the parties to certain common « principles» and « obligations» to effectively enforce their national labor laws, with an oversight mechanism meant to deter commercial competition on the basis of lower labor standards* »⁶⁸⁹.

Les accords postérieurs à l'ANACT marquent une légère évolution ; ils ne visent plus seulement l'application des législations nationales, mais aussi leur adaptation ou standardisation au sens d'amélioration et d'harmonisation. En attestent les obligations de perfectionnement des législations nationales.

L'apport attendu de toutes ces obligations est leur contribution à l'effectivité des droits sociaux à travers la prévention des violations des droits. En tant qu'obligations de droits de l'homme, leur application emporte « les garanties de prévention des droits, qui découlent, déjà en principe, de l'obligation de résultat de se doter de législations étatiques respectueuses desdits droits, ainsi que d'appareils de prévention globalement adéquats ». Cet effet est rattachable à l'obligation de perfectionnement des législations nationales. Il se produit ensuite un effet dissuasif, commun aux obligations d'application et de perfectionnement des législations nationales, et qui résulte du fait que « la violation et la responsabilité de l'État surviennent en tant que simples conséquences de l'inexistence du résultat attendu »⁶⁹⁰. La prévention comme effet se réalise donc à travers un ensemble de facteurs autour du mécanisme quasi-juridictionnel qui visent l'application effective de législations existantes et l'adoption effective de législations respectueuses des droits sociaux fondamentaux des travailleurs.

Le mécanisme de règlement étudié ici peut efficacement contribuer à cette effectivité à condition que la protection des droits sociaux soit au centre du fonctionnement du mécanisme. Pour ce faire, il est suggéré dans ce chapitre d'étudier le mécanisme en mettant l'accent sur les étapes qui impliquent la participation des tiers de sorte à réduire le caractère interétatique et à accroître, ce faisant, son efficacité. En conséquence, l'attention sera moins portée sur le panel d'experts et les étapes fortement politiques. Suivant ce critère, le mécanisme peut être subdivisé

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁹⁰ DE SENA P., « Responsabilité internationale et prévention des violations des droits de l'homme », in DECAUX E., TOUZE S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme*, op. cit., p. 46.

en deux grandes étapes : une première étape considérée comme celle du contrôle de la mise en œuvre des obligations et une seconde identifiée comme celle du suivi de la décision issue de l'opération de contrôle.

L'intérêt de cette distinction réside dans l'idée que l'étape du contrôle est la plus apte à contribuer à la prévention des violations des droits sociaux en raison du rôle que y jouent les particuliers. Or, cette étape a tendance à être ignoré dans les accords suivants, réduisant ainsi leur caractère de mécanisme de protection des droits de l'homme. Cette faveur pour la phase du mécanisme qui permet la présence des tiers ne néglige pas la part d'effectivité des droits sociaux qu'apporte la phase moins juridictionnelle, mais elle vise juste à montrer que, dans le cas du mécanisme étudié, la phase qui est considérée comme étant plus juridictionnelle présente dans la pratique plus de garantie d'effectivité des droits sociaux que le suivi qui est marqué par des considérations politiques importantes.

C'est pourquoi, l'analyse vise à montrer l'importance non seulement de maintenir cette étape à caractère juridictionnel, mais également de l'améliorer. Cette analyse passe par l'étude de la pratique susceptible de produire un effet de prévention des violations des droits sociaux. Comme cela vient d'être expliqué, la prévention résulte essentiellement du contrôle des obligations conventionnelles (**Section 1**) et du suivi de la mise en œuvre du résultat du contrôle (**Section 2**).

SECTION 1. LA PREVENTION DES VIOLATIONS DES DROITS SOCIAUX PAR LE CONTROLE QUASI-JURIDICTIONNEL

Le contrôle international de l'application des conventions internationales peut être défini comme une opération juridictionnelle ou non au cours de laquelle le comportement de l'État est apprécié au regard de ses engagements conventionnels pris dans un traité particulier. Il est supposé comprendre trois phases : l'établissement des faits, la qualification du comportement étatique et l'appréciation de sa conformité à l'obligation conventionnelle. Le contrôle juridictionnel étant une modalité avancée du contrôle international, ces conditions permettent de cerner au mieux le contrôle international.

Si la juridiction internationale est une transposition adaptée dans l'ordre juridique international de la juridiction en droit interne⁶⁹¹, elle en reprend donc l'essentiel des critères définitionnels. La qualification du contrôle conventionnel de la mise en œuvre du mécanisme de l'ANACT et de celui des accords postérieurs similaires suppose alors de réunir principalement deux conditions.

La première condition est double, elle est organico-formelle. Le critère organique soumet l'organe de contrôle à une double exigence d'indépendance et d'impartialité. En réalité, il s'agit d'une « prescription juridique » dont la réalisation est attendue du tribunal, de la juridiction ou de l'organe de contrôle⁶⁹². Il s'observe en effet une tendance des juridictions internationales à s'aligner sur un idéal procédural qui produit un « effet d'entraînement sur toute institution qui souhaite adhérer au modèle juridictionnel »⁶⁹³. Aussi, du point de vue formel, l'organe de contrôle est supposé refléter les garanties d'équité procédurale (égalité des armes, droits de la défense).

La deuxième condition tient au critère matériel. Ce critère veut que si la *jurisdictio* (« dire le droit ») consiste à l'énonciation du droit, l'activité juridictionnelle soit celle qui consiste à trancher un différend d'ordre juridique. On voit bien que cette définition plus ou moins littérale n'inclut pas le caractère obligatoire de la décision tranchant le différend. Or, là où réside la spécificité de la juridiction internationale par rapport au contrôle international, c'est dans le rattachement de ce caractère obligatoire à la « *jurisdictio* ». Il semble qu'il importe peu que ce caractère ne soit pas inhérent à l'activité de dire le droit ; il serait un dérivé de l'*imperium*⁶⁹⁴. Précisément, c'est ce rattachement d'une partie de l'*imperium* à la *jurisdictio* qui fait la différence entre la juridiction internationale et les organes dits quasi-juridictionnels⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », La juridictionnalisation du droit international », in SFDI (dir.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 187.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 188.

⁶⁹⁴ Car le « caractère obligatoire, généralement considéré comme inhérent à la notion de juridiction au moins dans sa partie « chose jugée », est parfaitement extérieur à l'activité consistant à dire le droit. Il s'explique par la délégation d'une part de l'*imperium* à l'organe chargé de dire le droit », *Ibid.*, p. 178.

⁶⁹⁵ Cette différence n'aurait pas existé si le caractère obligatoire était inhérent à la *jurisdictio*. En effet, en dérivant le caractère obligatoire de l'affirmation d'un pouvoir inhérent au pouvoir de juger (A ce propos, voir *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, C.I.J., 27 juin 2001, para 102), on a pu se questionner sur la portée potentielle de ces « *inherent powers* » de la juridiction sur des institutions qui n'ont pas reçu initialement le pouvoir de revêtir leur décision du caractère obligatoire. La question a concerné les quasi-juridictions (ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question », La juridictionnalisation du droit international », *op. cit.*, p. 193). Si la réponse à une telle question était positive, la catégorie de quasi-juridiction n'aurait aucune raison de continuer à exister à côté de la catégorie « idéale » de juridiction.

En tout état de cause, la particularité de la juridiction n'épuise pas la problématique du contrôle international. Dans ce dernier cas, l'aspect matériel déterminant est l'application du droit à un différend d'ordre juridique. Le caractère obligatoire et la sanction sont extérieurs au contrôle et leur défaut n'infléchit pas le caractère juridique du contrôle.

En appliquant ces considérations au mécanisme étudié, on remarque que les accords de libre-échange économique qui organisent une protection des droits sociaux fondamentaux des travailleurs prévoient bien un contrôle international de la mise en œuvre des engagements souscrits par les États. Il n'est pas un contrôle juridictionnel en raison du défaut de la force obligatoire des décisions de constatations de la mise en œuvre ou de violations des obligations internationales. Même si cela n'est pas décisif pour l'analyse, il peut toujours prétendre à la nature juridictionnelle sur le plan organico-formel et en partie sur le plan matériel. L'objet du contrôle n'est pas particulier, il vise la mise en œuvre des obligations internationales. Car, comme, tout contrôle international, il permet « d'abord de vérifier l'exécution par les États des engagements internationaux qu'ils ont assumés à l'égard des normes internationales »⁶⁹⁸. Ces obligations visent l'application et l'adoption des législations nationales relatives aux droits sociaux.

Sous l'angle de l'effectivité des droits sociaux, l'effet préventif résultant de la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État n'implique certainement pas un changement immédiat dans la situation des droits du plaignant à la suite du contrôle. Le mécanisme n'est pas du tout satisfaisant de ce point de vue. Mis à côté de l'effectivité juridictionnelle des droits sociaux, le mécanisme prévu par l'ANACT et les accords suivants est insuffisant et incomplet. À l'occasion de l'examen des soumissions, les bureaux rappellent bien qu'il ne s'agit pas d'une justiciabilité subjective des droits sociaux : « *the NAO Secretary made it clear that the hearing was being conducted to gather information to assist the NAO in preparing its public report that the purpose of the bearing was not to adjudicate individual rights, and that it was not an adversarial proceeding* »⁶⁹⁹ ; « *(t)hus, in accord with Article 3 of the NAALC, the issue at hand in the review of the two submissions is whether the Government of Mexico is enforcing its labor*

⁶⁹⁸ VALTICOS N., « Contrôle. Aperçu général », in DUPUY R. J. (dir.), *A Handbook on International Organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 461-484, spéc. p. 461.

⁶⁹⁹ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, p.15.*

laws»⁷⁰⁰. Suivant cette logique, il ne s'agit pas non plus de mettre en cause l'employeur ou l'investisseur, car la fonction du bureau n'inclut pas de se focaliser « *on the conduct of the individual company named in the submission* »⁷⁰¹ dans le but de déterminer si « *the company named in the submission may have acted in violation of Mexican labor law* »⁷⁰².

La prévention des violations tient d'abord au constat de non-exécution. Il tient ensuite à l'évitement de la répétition de l'atteinte à l'origine de la plainte. La réaction attendue de l'État n'est pas d'offrir une réparation, mais de mettre en œuvre ses obligations conventionnelles en adoptant ou en appliquant certains types de législations et réglementations. Si tant est que l'objectif du contrôle international permet « d'obtenir de l'État informé de ses errements, la rectification de son comportement »⁷⁰³, cette rectification prend en l'occurrence la forme d'une mesure générale et non d'une mesure individuelle.

Le contrôle indique le sens de la rectification. En matière de droits de l'homme, cette rectification s'accompagne d'une particularité d'origine jurisprudentielle. On parle de « contrôle orientation » qui résulte de la tendance des juridictions de droits de l'Homme à identifier des obligations positives d'une part, et à ordonner, en conséquence de la violation desdites obligations, des mesures générales de prévention de la violation des droits concernés. Vu comme une « intrusion de la part des organes de contrôle dans l'exercice de pouvoirs typiquement étatiques »⁷⁰⁴, ce contrôle n'en est pas moins toléré.

Partant, l'intérêt pratique (en termes de prévention des violations) du contrôle international organisé par l'ANACT et des accords post ANACT, va résider d'une part dans la pratique de ce contrôle orientation qui vise à prévenir la violation des droits sociaux. D'autre part, il tient au fait que ce mécanisme a favorisé, dans le contexte de l'investissement en général, un tremplin à l'expression des travailleurs à propos de leurs droits. Cette expression est essentielle, car elle incite et contribue à la mise en œuvre et à l'amélioration des législations

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁰¹ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, p. 10.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 25.

⁷⁰³ CHARPENTIER J., « Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des États », *R.C.A.D.I.*, vol. 182 (1983), IV, p. 217.

⁷⁰⁴ DE SENA P., « Responsabilité internationale et prévention des violations des droits de l'homme » in DECAUX E., TOUZE S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme*, op. cit., 2015, p. 52.

sociales en portant à la lumière du jour les insuffisances des législations étatiques. Pour bien cerner ce double intérêt, il est possible de résumer les leçons tirées de la pratique en opérant la distinction entre l'effectivité procédurale des droits sociaux (**Paragraphe 1**) et l'effectivité substantielle relative des droits sociaux (**Paragraphe 2**) .

Paragraphe 1. L'effectivité procédurale des droits sociaux

La plupart des affaires évoquées dans la suite du chapitre concernent des opérations d'investissement. Certes, la qualification juridique de l'investissement n'est pas en cause, les préoccupations étant centrées sur les faits et les conditions de travail dans les usines et lieux de travail et sur le comportement des employeurs dans ces lieux. Toutefois, les situations qui sont présentées incluent des opérations d'investissement international. Ainsi, les situations mettent en présence de filiales qui constituent des unités de production dans la chaîne de sociétés étrangères. C'est, par exemple, le cas dans l'affaire impliquant la société *Sony* qui dispose d'une filiale (Magneticos de Mexico) au Mexique, forte de cinq usines de production employant près de 1700 travailleurs⁷⁰⁵.

L'examen de ces affaires, au titre de l'effectivité procédurale, vise à montrer que l'ANACT a été un tremplin à l'expression des travailleurs (**A**). Le mécanisme procédural mis en place a été bien exploité par les travailleurs malgré ses limites. Il s'est présenté comme un moyen unique qui a permis non seulement l'expression internationale des travailleurs, mais également la construction des stratégies de défense procédurale des droits sociaux dans un

⁷⁰⁵ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, op. cit.* Voir également les cas suivants: celui d'une filiale (Maxi-Switch) d'une entreprise taiwanaise (Silitek Corporation) (*U.S. NAO Submission 9602 (Maxi-Switch)*); celui d'une société d'assemblage de matériels (Han Young) pour une entreprise américaine (Hyundai Precision America) (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998.*); celui d'une filiale (ITAPSA) d'une société américaine (Echlin Inc.) (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998)*); de deux filiales (Auto-trim and Custom Trim/Breed Mexicana) d'une société de droit américain (Breed Technologies, Inc) (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001*); celui d'une entreprise mexicaine de textile (Matamoros Garment S.A. de C.V. and Tarrant México S.R. de C.V. garment) entrant dans la chaîne de production d'une multinationale (PUMA) (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004*).

contexte transnational. Sur le plan technique, le mécanisme s'est amélioré au fur et à mesure des pétitions au point qu'on y retrouve des éléments de la définition *organico-formelle* de la juridiction. Ainsi, cette effectivité procédurale s'avère un moyen de prévention de la violation des droits sociaux en jouant indirectement un rôle dissuasif. L'effet préventif est renforcé, notamment dans la pratique des accords post ANACT par la prise en compte des limites procédurales de l'ANACT (B).

A. L'effet de tremplin à l'expression des droits des travailleurs

Le mécanisme prévu par l'ANACT constitue un tremplin pour les travailleurs en ce sens que ceux-ci plaident avec une relative facilité la cause de leurs droits sociaux au-delà de la sphère nationale.

D'une part, le mécanisme est ouvert à un large groupe de plaignants potentiels. L'ANACT a conduit à la création dans chaque État membre d'un bureau administratif national (National Administrative Office-NAO) au sein du département ou du ministère du Travail. Chaque bureau met en place un conseil consultatif à composition tripartite pour le guider dans son travail et dans la réflexion autour de la mise en œuvre de l'accord. La fonction de ces bureaux est définie à l'article 16 de l'ANACT. Essentiellement, l'activité d'un bureau administratif national consiste à permettre, à recevoir ainsi qu'à publier (périodiquement) les demandes formulées sur des questions concernant la législation sociale, de les instruire et de les traiter suivant des règles procédurales établies au plan national. La possibilité de présenter une communication est largement ouverte à tous. Les communications publiques sont des plaintes présentées par des travailleurs et des syndicats de travailleurs, mais aussi par des organisations de défense des droits de l'homme ou toute autre organisation⁷⁰⁶. Ainsi des syndicats des travailleurs des trois États peuvent prendre simultanément part à une même procédure.

⁷⁰⁶ Des organisations de défense des droits de l'homme en général ont pu initier la procédure ANACT, le plus souvent en association avec les syndicats ou associations de travailleurs ou d'autres organisations de droits de l'Homme : *Human Rights Watch* (affaire *Gender Discrimination*) *International Labor Rights Fund* (affaires *Gender Discrimination*, *Han Young*) ; *International Labor Rights Education and Research Fund* (affaire *Sony*), *Maquiladora Health and Safety Network* (affaire *Han Young*) ; une association estudiantine (*United Students Against Sweatshops (USAS)*) (affaire *Puebla* devant le Bureau américain affaire *Duro Bag*) ; *Federation of Goods and services companies* (affaire *Maxi-Swicht*) ; *National Association of Democratic Lawyers* (*Sony*, *SUTSP*, *Gender Discrimination*, *Han Young*), *Coalition for Justice in the Maquiladoras* (*Sony*) ; *American Friends Service Committee* (*Sony*) ; *Worksafe! Southern California* (*Han Young*).

La plainte doit soulever une violation des droits des travailleurs au regard d'une législation nationale du travail. Comme il a pu être remarqué, « *the scope of issues that can be subjects of complaints is extremely broad. The term 'labor law matters' encompasses any of the eleven labor principles contained in Annex 1, leaving practically all potential workers' rights violations within the subject matter jurisdiction of the NAALC* »⁷⁰⁷. Ainsi, les plaignants ont pu soulever des allégations de violations relatives à la liberté syndicale⁷⁰⁸, au droit à la négociation collective⁷⁰⁹, aux conditions de travail notamment la santé et sécurité au travail⁷¹⁰

⁷⁰⁷ COMPA L. and BROOKS T., *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, *op. cit.*, p. 52. En rappel, l'article 49 de l'ANACT définit le terme « *labor law* » comme « *laws and regulations, or provisions thereof, that are directly related to: (a) freedom of association and protection of the right to organize; (b) the right to bargain collectively; (c) the right to strike; (d) prohibition of forced labor; (e) labor protections for children and young persons; (f) minimum employment standards, such as minimum wages and overtime pay, covering wage earners, including those not covered by collective agreements; (g) elimination of employment discrimination on the basis of grounds such as race, religion, age, sex, or other grounds as determined by each Party's domestic laws; (h) equal pay for men and women (i) prevention of occupational injuries and illnesses; (j) compensation in cases of occupational injuries and illnesses; (k) protection of migrant workers* »

⁷⁰⁸ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, *op. cit.*, p. 2, 5; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, *op. cit.*, p. 3. Des circonstances variées peuvent entourer la violation de ce droit. Dans l'affaire Sprint du NAO Mexico, l'allégation de violation se basait sur la fermeture de l'entreprise. U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998, *op. cit.* I ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.* p. 3 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla)*, U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 4, 6 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, p. 3 & 4.

⁷⁰⁹ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, *op. cit.*, p. 3, 5; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, *op. cit.*, p. 3 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.*, p. 3 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla)*, U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 4 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 3, 4.

⁷¹⁰ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, *op. cit.*, p. 6 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998, *op. cit.* I.&II.B ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa)*, Bureau of

et le niveau de salaire⁷¹¹, les heures du travail⁷¹² et les congés payés⁷¹³, la discrimination dans l'emploi⁷¹⁴, harcèlement des travailleurs syndiqués⁷¹⁵, le travail des enfants⁷¹⁶. Outre les principes consacrés dans l'ANACT, ils se fondent également sur les législations nationales de

International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), op. cit., p. 3 (Les travailleurs affirment avoir été exposés à l'amiante et à d'autres matériels toxiques ayant occasionné des morts ou des maladies graves. Ils ajoutent des cas de salaires très bas, d'harcèlement sexuel) p. 58ss ; *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, op. cit., 2.2* ; *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 4, 6.*

⁷¹¹ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, op. cit., p. 2-3*; *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 4, 7, 50* ; *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, op. cit., p. 43 ss.*

⁷¹² Dans l'affaire Puebla devant le Bureau américain, les pétitionnaires ont reproché à l'État mexicain un manquement à l'obligation de protéger les travailleurs contre le travail forcé résultant du fait que les travailleurs étaient contraints de rester dans l'usine jusqu'à l'atteinte d'un résultat et du fait des heures supplémentaires non payées y compris le travail de weekend et des jours fériés (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 47 ss.* Voir également *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, op. cit., p. 34 ss.*

⁷¹³ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, op. cit., p. 3*; *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 4.*

⁷¹⁴ Dans l'affaire *Gender Discrimination* devant le Bureau américain, les plaignants ont soumis la plainte à la suite d'enquêtes dans les lieux de travail sur la discrimination à l'égard des femmes enceintes. Ils ont constaté d'une part l'imposition systématique d'un test de grossesse lors du recrutement conduisant au rejet des candidatures des femmes testées positives et d'autre part le licenciement des salariées en état de grossesse (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998. II.A.*)

⁷¹⁵ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 4*

⁷¹⁶ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, op. cit., p. 38.*

travail⁷¹⁷, les textes constitutionnels nationaux⁷¹⁸, les conventions OIT⁷¹⁹, la Déclaration universelle des droits de l'homme⁷²⁰, le Pacte international relatif aux droits civils et

⁷¹⁷ U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, *op. cit.* p. 6; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998, *op. cit.*, II.B; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.*, p. 3; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, 2.2.

⁷¹⁸ U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, *op. cit.*, p. 4, 6; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B; U.S. National Administrative Office, Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 21 October 1998. II.B; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.*, p. 3.

⁷¹⁹ U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, *op. cit.*, p. 6; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B (Convention n° 111), U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998, *op. cit.*, II.B (Conventions n° 87, 98); U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.* p. 3 (Conventions n° 87, 155, 161, 170); U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.*, 2.2 (Conventions n° 17, 42, 155, 170); U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 27, 32, 46, 68 (Conventions n° 87, 131, 155, 167, 170); U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 17, 36, 40, 44, 49 (Convention n° 87, 29, 105, 182, 95, 131, 111).

⁷²⁰ U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.*, 2.2.

politiques⁷²¹, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁷²², la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes⁷²³, la Convention américaine des droits de l'homme⁷²⁴, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme⁷²⁵, le Protocole de San Salvador⁷²⁶ et d'autres textes conventionnels comme la Constitution de l'OMS et la Constitution l'organisation panaméricaine de la santé⁷²⁷. Des faits de mauvaises conduites des employeurs (des menaces et intimidations⁷²⁸,

⁷²¹ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 28; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 18, 40.

⁷²² U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.* 2.2 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 28; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 18, 40.

⁷²³ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.* p. 49.

⁷²⁴ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.*, II. B; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 28, U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 18.

⁷²⁵ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.*, 2.2.

⁷²⁶ *Ibid.*, 2.2 ; U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 28, U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 18

⁷²⁷ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.*, 2.2.

⁷²⁸ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.*, p. 32. Les mêmes comportements ont été portés devant le Bureau canadien qui rapporte que : « (t)he main issues of concern to the workers included better protection from contamination, unhealthy and unsafe working conditions, low wages, abusive supervisors, sexual harassment, and the lack of responsiveness on the part of the SNTIASCRCM » (*Canada National Administrative Office, Review of*

licenciements injustifiés, manquements aux obligations relatives à la santé et à la sécurité au travail) ont ainsi été retenus par les bureaux administratifs.

D'autre part, l'ANACT facilite également la saisine des bureaux administratifs nationaux à deux égards.

D'abord, la procédure de plainte n'impose aucune condition de qualité qui pourrait être relative à l'exigence d'un dommage souffert, à l'existence d'un intérêt financier ou autre condition traditionnellement requise dans les procédures juridictionnelles et administratives internes⁷²⁹. Cette souplesse procédurale est bien appréciée par la doctrine⁷³⁰. Pendant un moment, le Bureau américain avait étendu en droit et en fait cette souplesse procédurale en considérant que l'épuisement des voies de recours internes n'était pas une condition nécessaire à la recevabilité ou à l'admission des plaintes (même si la saisine préalable des autorités compétentes l'est⁷³¹). Dans l'affaire *Honeywell and General Electric*, l'organisation des employeurs américains (*U.S. Council for International Business*) rejetait le fait que le Bureau puisse être saisi des allégations de violations des droits sociaux imputées à l'investisseur alors que celles-ci devaient être dirigées seulement contre l'État mexicain. Aussi, contestait-elle l'admission des plaintes par le Bureau administratif américain alors que les plaignants n'avaient pas épuisé les voies de recours internes⁷³². Le bureau administratif n'a pas toutefois retenu ces objections. Ce n'est qu'après une décennie de cette pratique procédurale que le Bureau américain est revenu sur sa décision⁷³³. Ainsi, outre la saisine des juridictions nationales, les

public communication CAN 98-1(Part I), Report issued pursuant to the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Human Resources Development, 11 December 1998, p. 8.)

⁷²⁹ COMPA L. and BROOKS T., *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, *op. cit.*, p. 52.

⁷³⁰ *Ibidem*.

⁷³¹ Le Bureau américain rappelle que « (a)s a general matter, the submissions process under the NAALC should not be used to obtain review of matters that were never brought to the attention of the appropriate enforcement authorities » p.37.

⁷³² *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, op. cit.*, p. 15.

⁷³³ C'est dans l'affaire *Puebla* que le Bureau a commencé à introduire l'épuisement des voies de recours internes. Concernant une allégation relative au manquement à l'obligation de prévenir les maladies et accidents de travail, le Bureau a considéré que : «*The workers in this case presented no evidence that they filed formal complaints with governmental authorities concerning occupational injuries and illnesses. In view of this failure, the U.S. NAO cannot find that the Government of Mexico failed to enforce labor laws encompassing requirements to respond to worker complaints. When utilizing international processes to raise allegations that domestic authorities have failed to enforce the law, the credibility of the allegations would seem stronger if workers are able to show that they have attempted to utilize available domestic processes. Such action would seem to be beneficial to individual workers and to the domestic processes, as well as enhancing the value of international procedures*» (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American*

travailleurs ont eu l'opportunité de saisir les bureaux administratifs nationaux pour les mêmes faits. De surcroît, les mêmes faits peuvent faire l'objet de deux plaintes portées devant deux bureaux administratifs nationaux différents⁷³⁴.

Ensuite, il n'est pas possible de porter une plainte dans l'État où se sont déroulés les faits à l'origine de la plainte. Une plainte impliquant un investisseur américain pour des faits ayant eu lieu au Mexique sera portée devant le Bureau administratif de l'État américain. Cela garantit l'indépendance de la procédure et facilite également l'initiative de la procédure, des syndicats nationaux américains pouvant initier une plainte devant le Bureau américain pour le compte des travailleurs mexicains dans le cadre d'événements s'étant déroulés dans une usine au Mexique.

Il est en effet pris conscience que l'indépendance est indispensable à l'efficacité de la procédure. La mission d'un bureau administratif consiste essentiellement à rassembler des informations sur l'état de la législation sur un droit ou un point du droit du travail afin de se prononcer sur la conformité de la législation nationale à l'ANACT⁷³⁵. Cela nécessite que tous les acteurs impliqués aient eu l'occasion de donner leurs versions des faits et de la qualification de ces faits par rapport au droit national. C'est pourquoi, au-delà des acteurs directement impliqués dans l'affaire (travailleurs, employeurs et institutions publiques), les bureaux administratifs n'hésitent pas à convoquer des experts sur des aspects juridiques précis de la législation de l'État en cause⁷³⁶. Ainsi, « *(i)n conducting the reviews, the NAO gathered*

Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 85-86.

⁷³⁴ L'affaire ITAPSA a fait l'objet d'une plainte non seulement devant le Bureau administratif national américain, mais aussi devant le Bureau canadien. Ce dernier a été saisi par une coalition de près de 48 organisations syndicales et de défense des droits de l'homme. Il a produit deux rapports, l'un sur les faits relatifs à la liberté syndicale et l'autre sur ceux relatifs à la santé et à la sécurité au travail (voir le rapport du Bureau administratif dans l'affaire ITAPSA (part 1 et 2))

⁷³⁵ Ainsi, il est souvent rappelé que « *(c)onsistent with Section H.1 of the NAO guidelines, the stated objective of the reviews was to gather information to assist the NAO to better understand and publicly report on 8 the Government of Mexico's promotion of compliance with, and effective enforcement of, its labor law through appropriate government action, as set out in Article 3 of the NAALC. In particular, the initiation notice stated that the reviews would focus on promotion of compliance with, and effective enforcement of, labor laws that guarantee the right of association and the right to organize freely and prohibit the dismissal of workers because of efforts to exercise those rights* » (U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, op. cit. p. 8-9)

⁷³⁶ Voir l'affaire Auto Trim 3.5 dans laquelle cinq experts ont été entendus. Une visite des lieux de travail a même été prévue et faite (U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, op. cit. 3. 6) Il arrive que le Bureau décide de la visite sur

*information from a variety of sources, including materials submitted by the IBT and UE, each of the companies named in the submissions, and the public at large in the context of a public hearing conducted by the NAO for the specific purpose of gathering information on the two submissions. In addition, the NAO has used information provided by the Mexican NAO in response to a request it made for information, reports prepared by expert consultants, and the available literature on the relevant topic.»*⁷³⁷. Dans cette veine, les bureaux administratifs prennent également en compte, dans leurs analyses, l'état du droit international tel qu'il est applicable dans l'État en question. Ils n'hésitent pas à recourir à la jurisprudence de l'OIT surtout lorsqu'une instance de cette organisation a été saisie des mêmes faits et a rendu sa décision⁷³⁸.

Cette analyse de l'effectivité procédurale ne suit certes pas les critères organique et formel d'une juridiction. Il n'en ressort pas moins que les garanties qu'exigent ces critères sont également poursuivies dans l'organisation et le fonctionnement des bureaux administratifs nationaux. L'angle d'analyse a privilégié la facilité d'accès et la simplicité de la procédure pour les travailleurs. C'est toujours sous cet angle qu'il convient de prendre la mesure de l'évolution procédurale depuis l'ANACT.

B. La dynamique d'évolution du mécanisme vers le modèle juridictionnel

Le mécanisme procédural tient son efficacité de la pratique. Les recours et les difficultés constatées à l'occasion ont contribué à renforcer les aspects juridictionnels du mécanisme procédural. Cette dynamique est à l'œuvre non seulement dans le cas de l'ANACT, mais également dans les mécanismes prévus dans les accords d'inspiration ANACT. Dans ces

les lieux en lieu et place des audiences publiques. Le bureau administratif peut en outre organiser des rencontres avec les autorités judiciaires ou administratives ou des spécialistes des questions sociales du pays dont la législation est en cause. Voir *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, op. cit., p. 7.*

⁷³⁷ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994, op. cit. p. 9 ; U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, op. cit., p. 9; National Administrative Office of Mexico for the North American Agreement on Labor Cooperation, Report on Review of Public Submission No. 9501 / NAO MEX, Mexico, Federal District (Sprint), 31 May 1995 (NAO staff translation), p. 10.*

⁷³⁸ *U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit., p. 33-34.*

derniers accords, la prise en compte de l'expérience de l'ANACT (2) permet de tendre vers le modèle juridictionnel du point de vue de la satisfaction des critères organico-formels. Ces accords tentent d'assurer la satisfaction des exigences d'indépendance, d'impartialité, d'accessibilité d'un tribunal en évitant les limites procédurales défavorables à l'effectivité des droits sociaux dans la pratique de l'ANACT (1).

1. Les leçons tirées de la pratique de l'ANACT

L'ANACT est essentiellement orienté vers l'application des législations nationales. Sur cet objet central, il concède de nombreuses insuffisances dans la pratique. De façon générale, il est possible de relever quelques insuffisances pratiques significatives tout au long de la procédure, tant au stade de l'introduction des communications qu'au niveau de traitement des plaintes acceptées.

En ce qui concerne l'étape de l'introduction des communications, la pratique a révélé des rejets de communications pour des motifs peu convaincants sur le plan juridique. Le rejet des plaintes peut reposer sur plus d'une motivation incluant des motivations d'ordre politique. Ainsi, le refus du Bureau américain d'examiner une communication relative à la suppression du droit de grève des hôtesses de l'air et agents de bord s'est appuyé sur un fondement peu juridique. Le Bureau s'est contenté de l'argument du gouvernement mexicain selon lequel le recours à la mesure radicale de suppression du droit de grève pour cette catégorie de travailleurs a été dicté par des considérations de sécurité économique⁷³⁹. Le Bureau a d'ailleurs implicitement reconnu le caractère politique de sa motivation lorsqu'il a conclu sa lettre de rejet en s'engageant tout de même à entreprendre des recherches dans les trois États parties pour savoir comment il est possible de concilier le droit de grève avec les intérêts de sécurité⁷⁴⁰.

Le rejet peut également être fondé sur l'argument de l'insuffisance d'informations (*U.S. NAO Submission 9802 (Tomato/Child Labor)*) ou encore être basé sur une lecture un peu biaisée de l'ANACT. Dans l'affaire *Duro Bag*, le Bureau américain rejetait la communication portée devant lui en avançant que le droit ou le point dont la protection est recherchée n'est pas prévu par l'ANACT. Il s'agissait en l'occurrence du vote secret lors les élections au sein des

⁷³⁹ *U.S. Decision Letter to Patricia A. Friend, International President Association of Flight Attendants, AFL-CIO, 19 October 1998.*

⁷⁴⁰ *U.S. NAO Submission 9801 (Flight Attendants).*

organisations de travailleurs. Les pétitionnaires accusaient l'État mexicain de n'avoir pas pris des mesures pour assurer le vote à bulletin secret, et cela en dépit de consultations ministérielles. Le bureau rejeta la communication au motif que le vote à bulletin secret n'est pas protégé par l'Accord. Cela est fort regrettable alors que les pétitionnaires ont pris le soin de faire un lien entre les violations alléguées et la pression, le harcèlement voire les violences subies par les travailleurs en raison de leur vote.

Cette incertitude juridique quant à l'acceptation des communications est due en partie au fait que chaque bureau élabore ses règles de procédures. On peut regretter davantage à ce propos le fait que le Bureau américain (devenu OTLA- Office of Trade and Labour Affairs) ait introduit une condition de recevabilité des communications qui n'existait pas dans l'ANACT. Outre, l'affaire *Puebla* dans laquelle le Bureau américain s'est basé sur l'existence de procédures parallèles au plan interne pour rejeter la communication, il s'est également fondé sur l'existence de procédures au plan international, notamment devant le comité d'expert pour la liberté syndicale de l'OIT pour rejeter la communication présentée dans l'affaire *Coahuila*.

Par ailleurs, lors de la révision des directives procédurales du Bureau américain en 2006, une condition de même conséquence a été introduite. Désormais, le Bureau pourra refuser une plainte dont les problèmes abordés n'affectent pas le commerce entre les parties⁷⁴¹. Ce faisant, l'État américain et son bureau contribuent à déprécier le mécanisme qui souffrait déjà de défauts originels en le privant de l'une de ses marques d'identité, à savoir la simplicité procédurale.

S'agissant de l'étape du traitement des communications, deux points retiennent l'attention. Il s'agit d'abord de l'absence de remèdes juridiques aux inconvénients pratiques du caractère coopératif du mécanisme ANACT. Le maître-mot de l'ANACT est la coopération. L'efficacité de l'ANACT repose sur la bonne volonté des États. En effet, le suivi des constatations des bureaux administratifs est un processus politique dans lequel les États peuvent

⁷⁴¹ Voir les sections F et G des directives procédurales : Section F. Submissions 2) « (...) *As relevant, the submission shall address and explain to the fullest extent possible whether: ... (d) the matters referenced in the submission affect trade between the parties ; (e) relief has been sought under the domestic law of the other party, and, if so, the status of any legal proceedings ; and (f) the matters referenced in the submission have been addressed by or are before an international body* ». Section G. « 2. In determining whether to accept a submission for review, the OTLA shall consider, to the extent relevant, whether (...) (e) the statements contained in the submission or available information demonstrate that appropriate relief has been sought under the domestic laws of the other Party, or that the matter or a related matter is pending before an international body ». *Notice of Procedural Guidelines*, Federal Register, Vol. 71, No. 245, December 21, 2006. Consultable en ligne : <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/submissions/2006021837.pdf> (consulté le 31 août 2020).

manifester de la réticence pour une raison ou pour une autre. Mais si cela est compréhensible après l'adoption du rapport des bureaux, il l'est moins pendant, l'examen par les bureaux étant un processus que nous considérons ici comme étant juridique. Or, il arrive que les bureaux déclarent qu'ils ne peuvent faire de constatations juridiques à partir des faits pour cause d'absence d'informations suffisantes. Dans l'affaire *Auto Trim*, les pétitionnaires ont soumis, et les témoignages ont révélé, des manquements graves relatifs à l'indemnisation des travailleurs ayant souffert de maladies liées à un défaut de l'employeur de reporter ces accidents. Le Bureau américain a affirmé qu'il lui manquait encore des informations pour faire une détermination sur ce point⁷⁴². Il en est de même sur le lien allégué entre l'intoxication et le risque d'infécondité⁷⁴³.

Le travail des bureaux peut donc être entravé par le comportement des institutions nationales. Concernant par exemple la première allégation, les pétitionnaires ont accusé le défaut de conduite des inspections dans les lieux de travail malgré leurs alertes répétées. Bien qu'ayant relevé des inquiétudes relatives à la conformité de la pratique des inspections par le Mexique à l'ANACT, le Bureau américain a estimé que « *unfortunately, with the information currently made available from the Government of Mexico and other sources, the U.S. NAO is unable to fully determine the nature and methodology of the inspection and assessment processes* »⁷⁴⁴. Ainsi, de simples problèmes de coopération ou de coordination comme le refus par un bureau administratif d'organiser des rencontres avec les autorités de son État⁷⁴⁵ entraînent le blocage du mécanisme et impactent son efficacité. Parfois la difficulté se situe au niveau des autorités gouvernementales dont la pleine coopération n'est pas acquise⁷⁴⁶.

On le voit bien, l'essentiel de ces limites procédurales a été révélé par la pratique et tend à réduire la qualité juridictionnelle du mécanisme. Leur prévention requiert une adaptation du texte. La pratique et les accords post ANACT ont tenté d'apporter des éléments de réponses permettant une relative évolution de la pratique procédurale.

⁷⁴² U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.*, 6.2.1.

⁷⁴³ *Ibid.*, 6.1.1.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, 7.

⁷⁴⁵ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁴⁶ Dans l'affaire *Puebla* (US NAO), le Bureau américain, sur plusieurs points n'avait pas reçu les informations et renseignements demandés au gouvernement mexicain lorsqu'il rendait son rapport. Voir *Ibid* p. 59, 62, 64, 79-80.

2. La prise en compte des leçons de l'ANACT

Les insuffisances de l'ANACT ne sont pas nécessairement des points problématiques dans la pratique des accords postérieurs. Cette pratique montre notamment une relative prise en compte des difficultés ci-dessus mentionnées.

Sur le plan procédural, les organisations pétitionnaires ont toujours fait montre, depuis les communications soulevées dans le cas ANACT, d'une volonté de s'adapter aux exigences de soumission des communications. Le résultat est une maîtrise procédurale qui écarte le risque de rejet des plaintes pour vice de procédure. Une double illustration de cette adaptation est relative tant à la forme qu'au fond des communications.

La première est formelle et concerne l'adaptation au caractère transnational de la procédure. Presque toutes les communications sont soumises par des organisations nationales des deux États parties concernés : celles de l'État dont le comportement est mis en cause et celles de l'État dont le Bureau administratif est saisi. Au-delà de la solidarité (au sens moral) entre organisations, cette synergie répond à des considérations pratiques. Le caractère transnational de la procédure impose à des pétitionnaires nationaux de l'État en cause de maîtriser les aspects de fond et de procédure d'une affaire qu'ils souhaitent poursuivre, alors que les deux aspects ne sont pas régis par un même droit national. Cette situation les oblige normalement à connaître d'une part le droit et la pratique de travail de cet État et d'autre part les directives procédurales du bureau étranger qui sera saisi de la communication. À ce propos, l'intervention d'une organisation nationale ou internationale maîtrisant la procédure devant le bureau étranger s'avère utile, voire nécessaire⁷⁴⁷. Cette intervention se fait donc en marge de partage de bonnes pratiques entre organisations de défense de droits de l'homme.

⁷⁴⁷ Dans les affaires post NAALC soumise à l'office américain, presque toutes les communications ont été introduites en collaboration avec la plus grande fédération syndicale américaine des travailleurs (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations – AFL-CIO (voir dans les affaires suivantes : U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-01 (Bahrain)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 20 December 2012 ; U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2012-01 (Honduras)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 27 February 2015. ; U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2016-02 (Colombia)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 January 2017. ; U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2008-01 (Guatemala)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 16 January 2009) ou une ONG internationale comme International Labor Rights Forum (Affaire U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2015-01 (Peru)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 18 March 2016).

Sur le fond, les organisations pétitionnaires ont appris à bien documenter leurs plaintes non seulement par des éléments factuels pertinents, mais aussi en précisant les législations violées et les manquements des gouvernements. La clarté de la présentation est un indice de cette maîtrise procédurale. Aussi, s'inscrivent-ils dans la logique du mécanisme mis en place par le traité en démontrant non seulement l'action ou l'inaction soutenue ou récurrente de l'État (« *sustained or recurring course of action or inaction* »), mais encore la manière dont ce comportement affecte le commerce ou l'investissement entre les États parties. Dans l'affaire *Colombie*, la communication affirme que « *the failure to enforce fundamental labor rights artificially distorts the cost of labor in the oil sector because Colombian companies « face different conditions of competition than they would face when the laws effectively enforced* » ». Elle explique alors que les producteurs s'évitent des coûts élevés liés au travail en violant les droits des travailleurs et la législation sociale. Pour ce faire, elle apporte une illustration reposant sur les chiffres de la banque centrale colombienne qui a estimé que les investissements dans le secteur pétrolier représentent treize pour cent des investissements directs étrangers entrants sur l'année 2013 : « *This investment is partially based on artificially cheap labor costs. While the oil industry increased production by 28% between 2010 and 2015, formal employment has not increased and working conditions have deteriorated. This robs Colombian workers of the opportunity to share in the wealth the industry creates. Further, U.S. producers of oil face barriers to the Colombian market as the result of the government's failure to protect workers. Human rights violations are not a « natural endowment» nor are they a legitimate basis for trade and investment competition. The GOC's failure to ensure workers can freely organize and join trade unions, bargain for better wages and working conditions, and exercise their rights without fear of retaliation or physical violence has distorted the cost of labor in the oil sector, which affects trade and investment between Colombia and the United States.* »⁷⁴⁸.

Au-delà des travailleurs, la difficulté pour un État partie de répondre à certaines conditions substantielles de la plainte, à un niveau avancé de la procédure, a pris une acuité beaucoup plus inquiétante dans l'affaire *Guatemala* dont la procédure a atteint l'étape de la

⁷⁴⁸Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapters 17 (Labor) and 21 (Dispute Settlement) of the Colombia-United States Trade Promotion Agreement Concerning the Failure of the Government of Colombia to Comply with Chapter 17 of the Colombia-United States Trade Promotion Agreement Submitted By: the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) Central Unitaria de Trabajadores (CUT) Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) Corporación Colombiana Para la Justicia y el Trabajo (COLJUSTICIA) Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (SINTRAINAGRO) Unión Sindical Obrera (USO), 16 May 2016, p. 24-25. Mais dans la plupart des cas, les pétitionnaires se contentent de l'affirmer sans toujours le démontrer. (Voir les communications dans les affaires *Guatemala* et *Pérou*).

constitution du panel d'arbitrage. L'inquiétude est née de l'ajout par le panel d'arbitrage d'une condition qui ne figure pas dans le CAFTA-DR. Le panel, dans sa tentative de définition d'une action soutenue et récurrente d'une manière qui affecte le commerce entre les parties⁷⁴⁹, a considéré que le comportement de l'État est « *in a manner affecting trade between the Parties* » s'il confère un avantage compétitif à un employeur ou à des employeurs engagés dans le commerce entre les parties⁷⁵⁰. Cette dimension supplémentaire élève le niveau probatoire de l'illicéité du comportement de l'État, et ce seuil constitue une difficulté dès l'introduction de la demande puisqu'il est désormais considéré au stade de l'examen de la compétence du bureau administratif comme du tribunal arbitral. C'est pourquoi l'Accord américain, mexicain et canadien (né des cendres de l'ALENA) qui a adopté la pratique d'intégration d'un chapitre sur le travail a été assorti de notes de précision qui rabaisse ce seuil probatoire. Ainsi, il est précisé par deux notes (8 et 9) que « *For greater certainty, a "sustained or recurring course of action or inaction" is "sustained" where the course of action or inaction is consistent or ongoing, and is "recurring" where the course of action or inaction occurs periodically or repeatedly and when the occurrences are related or the same in nature. A course of action or inaction does not include an isolated instance or case.* » ; « *For greater certainty, a "course of action or inaction" is "in a manner affecting trade or investment between the Parties" where the course involves: (1) a person or industry that produces goods or provides services traded between the Parties or has investment in the territory of the Party that has failed to comply with this obligation; or (2) a person or industry that produces goods or provides services that compete in the territory of a Party with goods or services of another Party* ». Cette précision n'impose pas la présence d'un avantage comparatif.

Ainsi, l'ANACT et les accords similaires suivants accompagnent les obligations qu'ils imposent aux États parties d'une procédure particulière de contrôle des obligations internationales. La mise en œuvre des droits sociaux en droit international recourt en droit international à une variété de méthodes juridictionnelles et non juridictionnelles. S'agissant des moyens de mise en œuvre des droits sociaux en droit international, il est justement mis en garde contre l'érection en règle absolue de certaines généralités sur les moyens de mise en œuvre des

⁷⁴⁹ « A party shall not fail to effectively enforce its labor laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of the CAFTA-DR » (article 16.2.1.a du CAFTA-DR).

⁷⁵⁰ *Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty in the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR Final Report of the Panel, 14 June 2017, p. 56 ss.*

droits sociaux. Il est plutôt recommandé de « *toujours inscrire l'analyse de la mise en œuvre et du contrôle du droit international social dans la perspective des obligations spécifiées par chaque instrument international, en prenant en compte la portée et la nature des obligations créées par chaque disposition* »⁷⁵¹. Cette relativité conduit à apprécier l'efficacité de chaque moyen. Or, la pratique de l'ANACT et des accords postérieurs révèle une efficacité appréciable qui reflète tout leur intérêt dans la recherche de l'effectivité procédurale et substantielle des droits sociaux et, partant, dans la prévention de la violation des droits sociaux en droit international des investissements. Particulièrement, la place centrale des organisations de travailleurs a permis une effectivité procédurale à travers la mise en route du mécanisme de contrôle. Lorsqu'on évalue l'effectivité de la phase du contrôle que ces travailleurs et syndicats se sont approprié et qu'on la compare à la faible effectivité du suivi, on ne peut que reconnaître l'importance et l'intérêt de ces travailleurs pour le mécanisme. Il y a donc un effet fort de prévention dont l'atout réside dans la forme de juridiction de droits de l'Homme du mécanisme procédural. Le résultat relativement satisfaisant au plan substantiel confirme cette affirmation.

Paragraphe 2. L'effectivité substantielle des droits sociaux

La procédure ANACT a été un tremplin pour les travailleurs et les organisations de défense de droits de l'homme pour défendre les droits sociaux. Il ne fait aucun doute que l'un des acquis résultant de la pratique du mécanisme de l'ANACT tient à la maîtrise de la procédure ANACT qui a été largement divulguée entre organisations de travailleurs, organisations de défense de droits de l'Homme. En des termes très réalistes, lorsqu'il présentait les résultats de la première consultation ministérielle ANACT, le Bureau américain constatait que « *through this apparent public review and reporting, each country has shed light on the areas of concern in its labor laws, and begun to more openly evaluate and publicly disclose concerns about the efficacy of its labor law enforcement mechanisms. Perhaps the greatest achievement of these ministerial consultations was that the public was afforded the opportunity to observe and participate in this dialogue, and to question their own governments about the ways in which they might improve enforcement of their own labor laws. The US NAO is satisfied that the implementation of this ministerial consultations agreement has promoted transparency in the administration of labor law in the NAFTA countries, and provided for an unprecedented open*

⁷⁵¹ TREBILCOCK A « Spécificités quant aux techniques de mise en œuvre et de contrôle : à la recherche de nouveaux chemins », in THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social: droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1/2, 2013, p. 109.

*and public dialogue between government, workers and employers regarding the protection of workers' rights.»*⁷⁵². Au-delà de la participation et de la transparence, quel est l'apport du mécanisme sur le plan substantiel ? Ce paragraphe vise à répondre à la question.

La pratique du mécanisme de l'ANACT est supposée inciter les États à l'application de leurs législations nationales. L'effet pratique semble aller au-delà de ce premier objectif. Outre le constat des insuffisances des États dans l'application des législations nationales, le contrôle conduit à porter l'attention sur le caractère perfectible des législations sociales nationales. Il est alors possible de distinguer un résultat immédiat et certain, produit à travers les constatations des insuffisances des législations nationales : l'information du manquement étatique. Le constat du manquement porté à la connaissance de l'État concerné est une phase préalable à la rectification du comportement étatique. Elle n'est pas cependant une simple information. Le constat de la violation permet, en outre, d'établir une interprétation commune de la disposition conventionnelle comportant l'engagement. En effet, l'organe de contrôle accompagne le constat de violation d'une orientation de la conduite future de l'État qui prend la forme, dans le cadre du mécanisme quasi-juridictionnel, de recommandations. Ces recommandations occupent une place importante dans l'effectivité des droits sociaux, même si leur efficacité reste subordonnée à leur mise en œuvre. Dans la pratique ANACT, ce « contrôle orientation » est donc toléré, parce qu'il n'est pas prévu (A). La situation est différente dans le cas des accords suivants. Dans ces derniers, le contrôle-orientation est normalement pratiqué (B).

A. La tolérance de la dimension « d'orientation » du contrôle dans la pratique de l'ANACT

La remise en cause des législations nationales résulte du travail de constatations des bureaux administratifs nationaux. Or, leur mission première n'est pas la recherche de cet effet. Elle est de déterminer dans une espèce donnée si l'État en cause a manqué à ses obligations au titre de l'ANACT. L'orientation des législations, si elle intervient, n'est pas normalement attendue. Si elle est acceptée, elle est alors considérée ou tolérée comme une suite implicite de la constatation du manquement.

⁷⁵² U.S. National Administrative Office, *Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 7 June 1996, p. 7.

Le constat de manquement résulte de l'exercice d'une fonction juridictionnelle. Toutes les fois que les bureaux administratifs nationaux (ANACT) ont conclu à des violations de l'ANACT, ils l'ont fait en se référant aux principales obligations découlant des articles 2, 3, 4, et 5 de l'ANACT. Les dispositions des premiers articles permettent d'examiner si l'État en cause met en œuvre de façon effective sa propre législation du travail y compris les dispositions constitutionnelles⁷⁵³. En se référant aux articles 4 et 5 qui se rapportent aux aspects procéduraux, les bureaux administratifs apprécient également les procédures (juridictionnelles ou administratives) mises en place pour faciliter la jouissance des droits prévus par les législations nationales et les conventions auxquelles l'État est partie⁷⁵⁴.

C'est donc le contrôle de l'effectivité des législations nationales et le suivi de la mise en œuvre des conventions internationales pertinentes qu'assurent les bureaux administratifs. Par exemple dans l'affaire *Sony*, le Bureau américain a été saisi de quatre principaux chefs de demandes se rapportant aux insuffisances de la législation mexicaine du travail et de leur procédure de mise en œuvre. Il s'agit des licenciements, des procédures internes de vote au sein des organisations syndicales, des arrêts de travail (qui ne seront pas présentés) et des difficultés d'enregistrement et de reconnaissance des organisations syndicales.

En ce qui concerne les licenciements, le Bureau a vérifié que les faits de l'espèce s'inscrivent dans une pratique courante dans la région qui voit les travailleurs subir des pressions les obligeant à accepter leurs licenciements illicites plutôt que de les contester par la voie judiciaire au risque de perdre les indemnités proposées⁷⁵⁵. Aussi, le Bureau recommande-

⁷⁵³ Aux termes de l'article 2: "*Affirming full respect for each Party's constitution, and recognizing the right of each Party to establish its own domestic labor standards, and to adopt or modify accordingly its labor laws and regulations, each Party shall ensure that its labor laws and regulations provide for high labor standards, consistent with high quality and productivity workplaces, and shall continue to strive to improve those standards in that light*". L'article 3 dispose que: "*Each Party shall promote compliance with and effectively enforce its labor law through appropriate government action (...)*". Il liste à titre illustratif un ensemble d'actions à prendre et qui sont relatives aux institutions nationales de travail et aux méthodes et moyens de rendre effectives les législations sociales.

⁷⁵⁴ L'article 4 dispose que: « *1. Each Party shall ensure that persons with a legally recognized interest under its law in a particular matter have appropriate access to administrative, quasijudicial, judicial or labor tribunals for the enforcement of the Party's labor law. 2. Each Party's law shall ensure that such persons may have recourse to, as appropriate, procedures by which rights arising under: a. its labor law, including in respect of occupational safety and health, employment standards, industrial relations and migrant workers, and b. collective agreements, can be enforced*». L'article 5 traite de la régularité de la procédure à travers les garanties procédurales normales".

⁷⁵⁵ Pour le Bureau américain, « *(t)he timing of these dismissals coincides with a period of intra-union dissension and an organizing drive by an independent union at the MDM plants I and the economic realities facing these Mexican workers make it very difficult to seek redress from the proper Mexican authorities for violations of Mexican labor law*» (*U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940003*

t-il la poursuite des programmes d'échanges tri-nationaux autour des règles et procédures de licenciement des travailleurs du fait de l'exercice de leurs droits syndicaux. Il se propose d'assurer le suivi spécifique des activités et conclusions du dernier programme tri-national sur les questions relatives aux relations dans l'entreprise⁷⁵⁶. Il se propose en outre de mener et publier une étude sur les pratiques et solutions concernant le traitement des plaintes relatives aux licenciements injustifiés par les bureaux locaux de conciliation et d'arbitrage au Mexique⁷⁵⁷.

S'agissant des questions soulevées autour des élections internes des organisations de travailleurs (vote public et non secret, défaut de notification des travailleurs, accès restreint aux documents aux statuts des organisations syndicales ou aux accords de négociation collective), le Bureau a noté les réponses des experts, du bureau administratif mexicain et les dépositions des témoins. Elle a toutefois observé que la réponse à la question de savoir s'il existe des textes législatifs et réglementaires qui encadrent le fonctionnement interne des organisations syndicales et qui prévoient des voies de recours pour faire sanctionner le comportement d'une organisation de travailleurs portant atteinte aux droits des travailleurs demeure incertaine⁷⁵⁸. Cela « *raises questions regarding availability of private action and procedural guarantees addressed in Articles 4 and 5 of NAALC* »⁷⁵⁹. Le bureau propose alors d'ajouter cette question à l'ordre du jour du programme d'échange tri-national.

Quant au point accusant les obstacles techniques à la reconnaissance des organisations syndicales, le Bureau a estimé que « *(c)ertainly, the appearance that workers were dismissed for engaging in union activity might have a negative impact on future efforts to obtain additional workers' signatures. Moreover, that the registration process appears to have been thwarted by technicalities serves as an additional disincentive.* »⁷⁶⁰ Au regard de l'importance de la question pour l'effectivité des droits de syndiquer et de la liberté d'association, le Bureau a recommandé des consultations ministérielles pour en traiter⁷⁶¹.

under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995, op. cit p. 27)

⁷⁵⁶ *Ibid* p. 27.

⁷⁵⁷ *Ibid* p. 27.

⁷⁵⁸ *Ibid* p. 28-29.

⁷⁵⁹ *Ibid* p. 29.

⁷⁶⁰ *Ibid* p.31.

⁷⁶¹ *Ibid* p.31.

Cette illustration permet de préciser que le travail des bureaux administratifs est bien circonscrit autour de l'analyse du défaut d'application des législations⁷⁶². C'est le principal mandat des bureaux administratifs.

Il en découle que ce n'est pas tant la législation (au sens large) elle-même qui est mise en cause, mais la manière dont elle est mise en œuvre. Le comportement illicite de l'État sera par exemple l'absence ou le défaut de régularité des inspections de travail dans une usine⁷⁶³. Dans l'affaire *Sprint*, le Bureau administratif mexicain constatait que la législation américaine assurait la protection du travailleur dans le contexte du commerce international. Il insistait toutefois dans son analyse sur « *the possible problems in the effective application of U.S. law, which could arise when an employer refuses to negotiate collectively with a union elected as the exclusive representative of the workers in the bargaining unit, or where the employer refuses to permit that an election takes place. Specifically, the NAO, in light of the information obtained, was unable to assess with complete certitude the effects on the rights of workers when an employer, suddenly, closes the place of work* »⁷⁶⁴. De même, lorsque les instances compétentes mexicaines ont négligé non seulement de répondre aux demandes d'inspection des lieux de travail où étaient en cause les conditions de santé et de sécurité des travailleurs, mais encore ont refusé d'enregistrer ces demandes faites par les travailleurs, le Bureau américain a conclu que « *(t) he failure of the Government of Mexico to communicate to the workers about its efforts undertaken in response to the 1998 petition, the lack of records on the 1999 petitions, and the failure to respond to workers' inquiries about the petitions are inconsistent with the Government of Mexico's obligations under Articles 3, 4, 5 and 7 of the NAALC. Among other things, these articles obligate the government to require record keeping; to give due consideration to any request for an investigation of suspected violations of labor law; to ensure that persons have appropriate access to administrative proceedings for the enforcement of*

⁷⁶² La suite dépend des consultations ministérielles qu'il recommande. Les bureaux le rappellent souvent : « *It is important to note that the review and issuance of public reports on submissions is only one function of the U.S. NAO. The NAALC provides additional methods of advancing the objectives agreed to by the Governments of the United States, Canada and Mexico, namely through consultations between the NAOs, cooperative activities and the exchange and dissemination of public information*» (Ibid p. 2).

⁷⁶³ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, op. cit p. 56 ss.

⁷⁶⁴ National Administrative Office of Mexico for the North American Agreement on Labor Cooperation, *Report on Review of Public Submission No. 9501 / NAO MEX, Mexico, Federal District (Sprint)*, 31 May 1995 (NAO staff translation), p. 12.

labor law; to ensure that proceedings are transparent; to provide for procedural guarantees in those proceedings; and to promote public awareness of labor law»⁷⁶⁵.

Toutefois, il n'est pas exclu que la législation elle-même soit critiquée. Cette critique manifeste la tolérance du contrôle-orientation.

Elle est sans doute implicite ou indirecte dans l'appréciation de la mise en œuvre de la législation. C'est donc la critique frontale qui est problématique au regard du texte de l'ANACT. En tout cas, à l'occasion de l'analyse des cas concrets, il a été parfois relevé les insuffisances des législations nationales mettant en jeu la jouissance d'un droit social donné en soulevant le vide juridique dévoilé par la pratique. Cela inclut les imprécisions législatives qui entretiennent le doute sur la légalité d'un comportement. Tel est le cas d'une législation nationale imprécise sur le caractère secret du vote dans les associations syndicales ou celle sur l'encadrement des violences⁷⁶⁶ et intimidations exercées sur les travailleurs par des unions syndicales⁷⁶⁷. Comme il fallait s'y attendre, cet aspect du contrôle n'a pas semblé évident pour tous les acteurs (en tout cas dans les premières années). Pour rappel, l'ANACT respecte la souveraineté des États en matière de législation nationale. Reconnaître un vide législatif dans un domaine et appeler à le combler semblent *a priori* aller au-delà des prévisions et des engagements contenus dans l'ANACT. Le Bureau mexicain n'a pas manqué de le rappeler dans l'affaire *Gender discrimination*.⁷⁶⁸

En tout état de cause, ce vide juridique peut se manifester sous la forme d'un conflit négatif de compétence entretenu par les instances juridictionnelles et quasi-juridictionnelles internes à propos de la justiciabilité d'un droit social protégé par la législation nationale ou les traités internationaux de l'État. Par exemple, dans l'affaire *Gender Discrimination*, les plaignants relevaient, à propos des discriminations subies par des femmes en situation de demande d'emploi et des salariées enceintes, que les premières instances normalement

⁷⁶⁵ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim)*, Bureau of International Labor Affairs, U.S. Department of Labor, 6 April 2001, *op. cit.* 7.

⁷⁶⁶ Canada National Administrative Office, *Review of public communication CAN 98-1 (Part I)*, Report issued pursuant to the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Human Resources Development, 11 December 1998 (Part I) *op. cit.* p. 31.

⁷⁶⁷ *Ibid.* p. 35.

⁷⁶⁸ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination)*, Bureau of International Labor Affairs, U.S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.* II.D.

compétentes pour traiter des violations alléguées se déclaraient incompétentes pour connaître les faits de discrimination basée sur le genre⁷⁶⁹. Cela a été confirmé par le Bureau mexicain dans sa réponse à la demande d'informations faite par le Bureau américain. Tout en affirmant que la législation mexicaine protège bien contre les discriminations fondées sur le genre, il admet que « *there is no explicit prohibition in Mexican law against pre-employment pregnancy screening and that there is no legal mechanism by which a person may pursue a claim of pre-employment gender discrimination prior to the establishment of the employment relationship* »⁷⁷⁰. Cette affirmation révèle une double violation de l'ANACT. Cette violation est non seulement celle du principe 7 de l'Annexe 1 qui vise l'élimination de la discrimination fondée sur la race, la religion, l'âge, le sexe ou autre fondement, mais elle est également celle des articles 4 et 5 qui imposent l'obligation de mettre à la disposition des titulaires de droits des voies judiciaires adéquates.

Cette dernière obligation de rendre disponibles des voies judiciaires adéquates rajoute indirectement une dimension supplémentaire du travail de contrôle : l'implicite recherche d'amélioration de la législation. En effet, elle n'est pas satisfaite par l'existence d'un tribunal ou d'une instance équivalente. Elle requiert l'impartialité et l'indépendance du tribunal, la transparence des procédures, et partant leur simplification pour éviter des délais excessivement longs de traitement des réclamations. Les pétitionnaires devant le Bureau américain dans l'affaire *Han Young* soulevaient les manquements du Mexique sur ces aspects qui sont prescrits à l'article 5 de l'ANACT⁷⁷¹. Dans cette affaire, il est reproché au bureau local de conciliation et d'arbitrage⁷⁷² d'avoir été partial. En effet, ce bureau n'avait pas accepté la constitution d'une représentation de l'union syndicale (STIMAHCS) au profit de certains travailleurs de *Han Young*. Elle a refusé de reconnaître la victoire de cette union syndicale qui a remporté trois fois

⁷⁶⁹ Ainsi, les organisations pétitionnaires ont soutenu l'affirmation selon laquelle « *women who are subject to the treatment described are not afforded relief in Mexico, either through the appropriate administrative labor tribunals or the courts. They allege that the Inspectors of Labor (Inspectores del Trabajo) and the Office for the Defense of Labor (Procuraduría de la Defensa del Trabajo) lack jurisdiction on the issue of preemployment pregnancy-based discrimination and are unresponsive to complaints on the issue. They also allege that the Conciliation and Arbitration Boards (Juntas de Conciliación y Arbitraje - CABs), which are the primary bodies charged with the investigation and adjudication of labor disputes, are ineffective in dealing with gender discrimination issues* » (*Ibid* II.A).

⁷⁷⁰ *Ibid* II.D.

⁷⁷¹ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998, *op. cit* II.B.

⁷⁷² C'est l'institution quasi-juridictionnelle chargée en matière administrative de l'enregistrement des associations syndicales et dans sa fonction juridictionnelle, et en première instance, de connaître les litiges de travail y compris ceux s'élevant à propos des élections syndicales ou des représentations au sein des entreprises.

les élections, malgré les irrégularités commises et les entraves posées par l'employeur, en vue de la représentation des travailleurs pour les négociations avec l'employeur au sein de l'usine *Han Young*. Aussi, le Bureau administratif américain y a vu des actions qui soulèvent des « *questions about the impartiality of the CAB, particularly with regard to its duty to enforce the provisions of the FLL protecting workers from employer retaliation for the exercise of their freedom of association rights, and from employer interference in the establishment of a union* »⁷⁷³. Dans d'autres affaires qui ont également questionné l'impartialité des instances juridictionnelles et surtout quasi-juridictionnelles mexicaines, les bureaux américain et canadien ont abouti dans leur analyse au défaut de partialité des bureaux de conciliation et d'arbitrage mis en cause⁷⁷⁴.

Ainsi, l'effet médiat du contrôle exercé par les bureaux est d'exposer les lacunes de la législation, et de la procédure judiciaire associée, relativement à un droit social donné. Ce premier effet n'est pas négligeable, car l'une des obligations imposées par l'ANACT est l'information des populations. En outre, les circonstances factuelles des affaires impliquent des personnes qui sont issues de milieux très défavorisés et qui n'ont pas la pleine connaissance des procédures de réclamation de leurs droits. Lorsque tout cela se déroule dans un contexte où les autorités nationales n'ont pas une voix commune sur la légalité des pratiques, le rapport d'un bureau administratif ANACT se présente comme une opportunité unique pour mettre en lumière non seulement les insuffisances de la législation, mais aussi les divergences d'interprétation de celle-ci. Dans l'affaire *Gender discrimination* devant le Bureau américain, le Bureau mexicain jugeait que le test de grossesse était légal alors que la Commission nationale des droits de l'homme affirmait le contraire au regard de la Constitution mexicaine. Cette divergence a conduit le Bureau administratif américain à appeler l'État mexicain à clarifier l'état de droit sur la pratique du test de grossesse dans le recrutement et le traitement des femmes enceintes⁷⁷⁵.

⁷⁷³ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998, *op. cit.* III. A.

⁷⁷⁴ Voir U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998), *op. cit.* p. 70.

⁷⁷⁵ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998, *op. cit.* VII.

Pour autant, si l'adaptation des législations sociales nationales est un effet indirectement produit par la pratique du mécanisme mis en place par l'ANACT, il n'en demeure pas moins que ce dernier met l'accent sur l'application effective des lois sociales avant tout. Aussi, lorsqu'il s'agit de prévenir l'adoption ou la modification d'une législation défavorable à la jouissance des droits sociaux, le mécanisme semble s'y opposer à la lumière des comportements des bureaux administratifs. Dans deux affaires relatives aux réformes du droit social mexicain engagées en 2005 et en 2018, les bureaux administratifs nationaux américain et canadien en 2005 et l'office américain des affaires du commerce et du travail en 2018 ont rejeté l'action préventive des organisations pétitionnaires au motif que la détermination sur leurs communications ne contribuera pas à la réalisation des objectifs de l'ANACT⁷⁷⁶. Afin d'éviter ce risque, il est préférable que le contrôle d'orientation soit explicitement prévu par un texte.

B. L'affirmation de la dimension « d'orientation » du contrôle dans la pratique post-ANACT

Conclu entre trois États, l'ANACT a eu un effet limité sur le plan géographique. Les traités postérieurs qui s'en sont inspirés contribuent à pérenniser le mécanisme quasi-juridictionnel qui a fait son originalité. L'héritage de l'ANACT compte aujourd'hui de nombreux accords de libre-échange économique qui incluent des chapitres relatifs aux investissements et des chapitres relatifs aux droits des travailleurs. Ce fait traduit une double évolution. D'abord, l'intégration du chapitre sur les droits des travailleurs dans un même corps de traité que les dispositions relatives aux investissements tend à réduire la dimension coopérative qui était prédominante dans l'ANACT. Ensuite, il est indéniable que l'inspiration que fournit l'ANACT n'est pas un simple emprunt. La reprise du mécanisme de l'ANACT s'est accompagnée d'une considération de certaines de ses limites.

Il est certes trop tôt pour conclure définitivement, en ce qui concerne l'effectivité des droits sociaux, sur la plus-value des accords post ANACT qui sont récents dans leur adoption et dans leur pratique. Mais il est possible de découvrir la dynamique plutôt positive qu'ils dégagent et qui va dans le sens de l'effectivité des droits sociaux en droit des investissements. Cette dynamique est celle d'une harmonisation des législations nationales. Elle est instillée par

⁷⁷⁶U.S. National Administrative Office, U.S. NAO Submission No. 2005-01 (Labor Law Reform I) ; Office of Trade and Labor Affairs, US OTLA Submission No. 2018-01(Labor Law Reform II). 1

des vecteurs textuels dont l'effet pratique est l'objectivisation du contentieux quasi-juridictionnel.

Déjà, dans la pratique post ANACT, la rédaction des recommandations s'est améliorée à travers une précision qui rapproche les recommandations des griefs soulevés dans la communication initiale. Le choix de formulation des recommandations est la conséquence des constatations faites à propos de la conformité des législations aux droits sociaux fondamentaux internationalement reconnus. Ainsi, si le Bureau américain des affaires commerciales et du travail (OTLA) recommande des consultations, il fait des recommandations précises visant à remédier ou faire cesser le manquement à l'accord. C'est le cas lorsqu'il requiert l'adoption d'une disposition explicite dans la législation contre la discrimination et des amendements législatifs pour répondre aux manquements constatés⁷⁷⁷. Dans l'affaire *Colombie*, le Bureau américain a recommandé de « *take additional effective measures to combat abusive subcontracting and collective pacts, including improving the application of existing laws and adopting and implementing new legal instruments where necessary* »⁷⁷⁸.

Mieux, s'il existe une évolution fondamentale qui en draine d'autres et qui fait la différence principale avec les cas contentieux présentés au titre de l'ANACT, elle se résume dans l'abandon de la souveraineté de chaque État partie sur sa législation nationale. La conséquence positive sur le traitement contentieux est le progrès vers plus d'objectivisation du contentieux quasi-juridictionnel.

L'objectivisation du contentieux quasi-juridictionnel fait référence à cette pratique qui n'est pas courante dans le contentieux international des droits de l'homme⁷⁷⁹ et qui consiste à effectuer un contrôle de compatibilité du droit national à un traité international⁷⁸⁰. Le

⁷⁷⁷ U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-01 (Bahrain)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 20 December 2012, *op. cit.* p. 40-41.

⁷⁷⁸ U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2016-02 (Colombia)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 January 2017, *op. cit.*, p. 34 ; voir également le cas contre le Pérou (U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2015-01 (Peru)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 18 March 2016, p. 18.

⁷⁷⁹ Pour Mustapha Afroukh, l'objectivisation est plus présente dans le contentieux international des droits de l'homme qu'elle n'y paraît. Voir : AFROUKH M., « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BURGORGUE-LARSEN L. et TOUZE S. (dir.), *La protection des droits de l'Homme par les cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, p. 107-132.

⁷⁸⁰ Voir MATRINGE J., « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in COHEN JONATHAN G. (dir.), *Libertés, justice, tolérance: mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1225-1245.

contentieux international des droits de l'Homme est avant tout un contentieux subjectif dans lequel le juge apprécie une mesure individuelle supposée porter atteinte à des droits protégés par une convention internationale. Il se refuse d'être un juge de l'appréciation *in abstracto* d'un droit national, d'où l'exigence d'un intérêt à agir qui est souvent défini en rapport avec la situation de victime ou de titulaire d'un droit lésé. Ce refus n'est pas particulier au droit international des droits de l'homme. Le juge Anzilotti estimait qu'une juridiction internationale ne saurait « se livrer à une interprétation personnelle d'un droit national, qu'elle n'est pas censée connaître et dont elle n'est pas certainement pas l'organe »⁷⁸¹.

Au contraire, le contentieux quasi-juridictionnel, objet du présent propos, est essentiellement un contentieux de conventionnalité du droit même si l'enclenchement de la procédure nécessite une plainte fondée sur l'allégation d'un dommage.

Ainsi, l'objectivisation est un canal de l'harmonisation des législations nationales à l'aune de normes et standards internationaux. Elle justifie et explicite la fonction d'orientation du contrôle exercé. En l'occurrence, elle apparaît notamment au niveau de l'appréciation du comportement étatique.

La critique de la législation par les pétitionnaires couvre souvent et explicitement une ambition de réforme de la législation nationale. Un exemple de cette nouvelle orientation se trouve dans l'affaire portée devant le Bureau américain contre la *Colombie*. Les pétitionnaires ont reproché au Gouvernement colombien le défaut d'application de la législation nationale (relative notamment aux inspections). Ils lui ont également reproché la tolérance des institutions juridiques autorisées par la législation et dont la pratique est souvent détournée à l'encontre de l'exercice des droits des travailleurs⁷⁸². Il s'agit d'une forme de sous-traitance de la contractualisation du travail à travers des contrats qui ne sont plus signés directement par l'employeur, mais par des intermédiaires (unions syndicales) et qui ne donnent pas droit à toutes les garanties du Code du travail. Aussi, dans leur communication relative au recours abusif à ces contrats par des sociétés pétrolières et sucrières, les pétitionnaires ont-ils réclamé une

⁷⁸¹ Voir Opinion dissidente du juge Anzilotti dans *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre 1935*, Avis consultatif, C.P.J.I 4 décembre 1935, Rec. Series A./B p. 63.

⁷⁸² U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2016-02 (Colombia)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 January 2017, p. 17 ss. Voir aussi le cas d'abus des pactes collectifs décriés dans l'affaire *Honduras* (cf. Communication écrite, p. 22).

modification de la législation pour interdire ou mieux encadrer par une législation plus précise les effets du recours à ces contrats sur les droits des travailleurs⁷⁸³.

Il en résulte que l'amélioration des législations nationales est passée d'un rang secondaire à un objectif de premier plan.

Certes, cela n'insinue pas un déclassement ou une régression des demandes d'application des législations nationales. Ces dernières sont encore régulières, plus argumentées et les recommandations y relatives plus précises. Sans se limiter à cela, elles visent le plus souvent le défaut ou l'insuffisance (tant en nombre qu'en qualité⁷⁸⁴) des inspections⁷⁸⁵. Ce manquement est souvent considéré comme une caution par l'État des violations des droits sociaux par les entreprises. Par exemple, dans l'affaire opposée à la République dominicaine, le non-respect du salaire horaire minimum par les entreprises a été favorisé par l'absence de contrats écrits et le recours à la rémunération au poids ou à la pièce, des violations que des inspections auraient pu éviter. Le Bureau américain en constatant ces violations des droits des travailleurs a recommandé une augmentation du nombre des inspections⁷⁸⁶. Lorsque la conduite même des inspections n'est pas mise en cause, c'est l'inaction des autorités gouvernementales

⁷⁸³ *Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapter 17 (Labor) and 21 (Dispute Settlement) of the Colombia-United States Trade Promotion Agreement Concerning the Failure of the Government of Colombia to Comply with Chapter 17 of The Colombia-United States Trade Promotion Agreement Submitted By: the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) Central Unitaria de Trabajadores (CUT) Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) Corporación Colombiana Para la Justicia y el Trabajo (COLJUSTICIA) Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (SINTRAINAGRO) Unión Sindical Obrera (USO)*, 16 May 2016 *op. cit.*, p.54 ss.

⁷⁸⁴ Par exemple concernant le cas opposé à la République dominicaine, le rapport de l'Office américain note en plus des violations que « (a)dditionally, the OTLA's review raises significant concerns about procedural methodological shortcomings in the inspection process that undermine the government's capacity to effectively identify labor violations » (U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-03 (Dominican Republic)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 27 September 2013, p. 29). Ces insuffisances méthodologiques portent entre autres sur le contenu des questions posées qui ne touchent pas parfois certains droits comme la liberté syndicale (p. 11), l'utilisation d'une langue étrangère aux travailleurs auditionnés (p. 29-30), l'absence totale d'interviews, les interviews des travailleurs en présence de leurs employeurs, le suivi des violations alléguées et de leur réparation par les employeurs (p. 31).

⁷⁸⁵ Voir U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2008-01 (Guatemala)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 16 January 2009, p. 28 ss ; voir également les recommandations dans U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-03 (Dominican Republic)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 27 September 2013 *op. cit.*, p.26, 32-33.

⁷⁸⁶ « Based on this review, the OTLA has found sufficient evidence of apparent and potential violations of the labor laws of the Dominican Republic related to minimum wage and hours of work in the sugar sector to warrant further Government inspections and, as appropriate, sanction and remediation » (U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-03 (Dominican Republic)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 27 September 2013, *op. cit.* p. 8). La même constatation a été faite à propos des violations de l'interdiction du travail des enfants (p. 17), du travail forcé (p. 23), de l'obligation de respect des conditions de santé et de sécurité au travail (p. 13).

pour donner suite aux résultats des inspections qui constitue le manquement. Dans l'affaire contre le *Honduras*, de nombreux griefs ont ciblé l'inaction du gouvernement en présence d'une série de refus rencontrés par les inspecteurs de travail dans différents sites d'usines ; et cela s'est répété dans différents secteurs industriels (pétrolier, textile, agricole et même maritime)⁷⁸⁷. Dans son rapport d'examen, le Bureau américain a soulevé la préoccupation relative à la capacité des autorités compétentes du Honduras à prévenir, identifier les violations de la loi et corriger les problèmes. Il a notamment insisté sur leurs « *failures to: 1) respond to verbal inspections requests, 2) gain access to worksites; 3) inspect for all alleged potential, or previously identified violations; 4) calculate, impose, and collect fines to deter future violations; and (5) ensure remediation of identified violations.* »⁷⁸⁸. La situation d'inapplication des législations nationales est encore plus problématique lorsqu'à ces faiblesses administratives s'ajoute l'inefficacité des institutions judiciaires en particulier leur défaut d'autorité⁷⁸⁹.

Le glissement de l'application des législations vers leur conventionalité n'est pas implicite. Il permet de relever la réalité de l'objectivisation du mécanisme. Celle-ci s'impose à l'observation en raison du caractère fortement juridique de l'appréciation du comportement étatique et de la nature prescriptive des recommandations formulées par les bureaux.

De ce point de vue, l'évolution par rapport à l'ANACT tient à l'élargissement de la base d'examen du comportement étatique à travers l'élargissement du champ du droit applicable. Il ne s'agit plus seulement de condamner le défaut d'application par un État de sa propre législation ; l'appréciation du comportement inclut celle de son droit interne. Avec les nouveaux accords post-ANACT, l'appréciation du comportement étatique se fait à l'aune des standards internationaux relatifs aux droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Ainsi, la nature

⁷⁸⁷ *Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapters 16 (Labor) and 20 (Dispute Settlement) of the Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA) concerning the Failure of the Government of Honduras to enforce its Labor Laws and comply with its Commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work submitted by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) and others* p. 11 ss, 59ss. Notamment les illustrations données avec les cas des investisseurs Dickses, Cerba Textils, Pinehursk, Kyunghsin-Lear, Hanesbrannnds...

⁷⁸⁸ *U.S. OTLA, Public Report of Review of U. S. Submission 2012-01 (Honduras), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 27 February 2015 op. cit* p. 87 voir les recommandations relatives à tous ces aspects, p. 88 ss.

⁷⁸⁹ Dans l'affaire Guatemala, outre la défiance de certaines entreprises vis-à-vis de l'administration d'inspections (*U.S. OTLA, Public Report of Review of U. S. Submission 2008-01 (Guatemala), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 16 January 2009, op. cit* p. 28 ss), le rapport retient la difficulté des institutions judiciaires à faire exécuter leurs propres ordonnances vis-à-vis de ces entreprises (p. 17-18, 24). L'office américain a ainsi noté « *several failures in the enforcement of court orders, most notably protective orders against retaliatory firing and reinstatement orders following unlawful dismissals of union members* » (p. 30).

juridique de l'examen s'est accrue avec l'élargissement de la base de contrôle. L'examen devient un contrôle non seulement de l'application des législations nationales, mais également de la conformité de la législation nationale aux standards internationaux (application de l'accord de libre-échange économique et des conventions OIT auxquelles il renvoie explicitement ou implicitement). En rappel, dans le cas des accords américains, ces standards sont les « *internationally recognized labor rights* »⁷⁹⁰. Dans la pratique, le Bureau américain n'hésite pas à prendre en considération les droits sociaux fondamentaux des travailleurs déclarés dans le cadre de l'OIT y compris la jurisprudence du Comité sur la liberté syndicale pour apprécier la conformité du comportement étatique à l'Accord de libre-échange⁷⁹¹. Dans l'affaire concernant le *Bahreïn*, le Bureau américain a constaté que « *(t)he ban on public sector workers establishing trade unions included in Article 10 of the Trade Union Law is thus inconsistent with freedom of association. By failing to address this inconsistency, either by following the ILO CFA recommendations or otherwise, and by applying or permitting the application of Article 10 following the March 2011 general strike, the Government of Bahrain appears not to be fulfilling its commitments under Article 15.1.1 and 1.2 of FTA.* »⁷⁹². Or, l'article 15.1.1 est celui dans lequel les États parties ont réaffirmé leurs obligations en tant que membre de l'OIT ainsi que leurs engagements au titre de la Déclaration OIT de 1998. Concernant l'article 20 de la loi sur les unions syndicales qui interdit de façon générale les associations syndicales qui ont activités politiques, le Bureau constate que « *(a) s the ILO CFA has noted: A general prohibition on trade unions from engaging in any political activities would not only be incompatible with the principles of freedom of association, but also unrealistic in practice. Trade unions may wish to express publicly their opinion regarding the government's economic and social policy. By failing to address this incompatibility and in the wake of the March 2011 general strike, invoking or permitting employers to invoke Article 20 (d) as*

⁷⁹⁰ Voir article 15.1.2. qui renvoie au point 15.7 (Agreement between the Government of the Kingdom of Bahrain and the Government of the United States of America on the Establishment of a Free Trade Area, 14 September 2004 (date of entry into force 11 January 2006)). Cette dernière disposition cite la liberté d'association, la liberté d'organisation et de négociation collective, l'interdiction de toute forme de travail forcé, la protection des enfants au travail, les conditions décentes de travail.

⁷⁹¹ Voir : *U.S. OTLA, Public Report of Review of U. S. Submission 2011-01 (Bahrain), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 20 December 2012*, p. 26, 28,29 ; 7/15/23 3:54:00 AM, p. 5, 20, 28-29.

⁷⁹²*Ibid.* , p. 30.

legitimate grounds for dismissal, the Government of Bahrain appears not to be fulfilling its commitments under Article 15.1.1 and 1.2 of the FTA. »⁷⁹³⁷⁹⁴.

Il arrive même que la norme internationale de l'OIT soit la mesure de l'illicéité du comportement étatique. Cela ressort déjà dans les prétentions formulées dans les communications⁷⁹⁵. Dans l'affaire *Bahreïn*, cet État est partie à la Convention OIT n° 111 sur l'interdiction de la discrimination sur les lieux du travail. Cette interdiction ne figure pas à l'article 15.7 de l'Accord de libre-échange conclu avec les États-Unis (en tout cas pas explicitement), le Bureau américain a pourtant retenu un manquement du *Bahreïn* au regard de la Convention OIT en question⁷⁹⁶.

Tant l'inaction (défaut de correction, d'adaptation ou de mise à niveau de la législation) que l'action (l'adoption d'une nouvelle législation non conforme) constituent un manquement à l'accord. Le premier comprend, outre les cas relevés, le défaut de combler un vide législatif relatif par exemple à l'interdiction de la discrimination au travail basée sur la religion ou l'opinion politique⁷⁹⁷. Le dernier cas est manifeste également dans l'affaire *Bahreïn* à propos d'un amendement d'une loi préexistante. L'office, après s'être référé aux constatations du

⁷⁹³ Le visa de l'article 15.1.1 renforce l'idée puisque cet article contient aussi une réaffirmation des engagements des États parties en tant que membre de l'OIT et de leurs obligations au titre de la Déclaration sur les principes fondamentaux et les droits au travail et leur suivi de 1998.

⁷⁹⁴ U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-01 (Bahrain)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 20 December 2012, *op. cit.*, p. 30-31, voir également p. 32, 34.

⁷⁹⁵ « regarding Article 17.2.1 the GOC (Government of Colombia) has failed to « adopt and maintain in its statutes and regulations, and practices thereunder, the following rights, as stated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up (1998) (ILO Declaration): (a) freedom of association ; (b) the effective recognition of the right to collective bargaining ; » » (Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapters 17 (Labor) and 21 (Dispute Settlement) of the Colombia-United States Trade Promotion Agreement Concerning the Failure of the Government of Colombia to Comply with Chapter 17 of The Colombia-United States Trade Promotion Agreement Submitted By : the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) Central Unitaria de Trabajadores (CUT) Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) Corporación Colombiana Para la Justicia y el Trabajo (COLJUSTICIA) Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (SINTRAINAGRO) Unión Sindical Obrera (USO), 16 May 2016, *op. cit.* p. 1-2. Dans l'affaire Honduras, les pétitionnaires ont formulé un grief basé sur le défaut de répondre aux recommandations OIT faites au Honduras par le Comité d'experts de l'OIT sur l'application des conventions et recommandations. Ces recommandations portaient sur la nécessité de modifier la législation nationale afin que celle-ci réponde aux obligations conventionnelles. Pour faire le lien avec le droit applicable (CAFTA-DR), ils ont donné un contenu juridique fort à l'article 16.1 par lequel les « Parties reaffirm their obligations as members of the International Labor Organisation (ILO) and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its follow-Up (1998). ». Le manquement du Honduras consiste à « its failure to « reaffirm » its commitment under the ILO Declaration ... and its commitment to « strive to ensure » that these « labor principles and the internationally recognized labor rights set forth in Article 16.8 » are recognized and enforced » (p. 58).

⁷⁹⁶ U.S. OTLA, *Public Report of Review of U. S. Submission 2011-01 (Bahrain)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 20 December 2012, *op. cit.* p. 37. Voir également : 15/07/2023 03:54:00, p. 22.

⁷⁹⁷ *Ibid* p. 37.

Comité OIT à ce propos a constaté que « *(b)y enacting these provisions, the Government appears to have acted inconsistently with its commitments under Article 15.1. 1 and 1.2 of the FTA* »⁷⁹⁸.

Par tous ces traits, cet examen se rapproche du contrôle conventionnel quasi-juridictionnel qu'opèrent les organes de traités de droits de l'homme comme le comité des droits de l'Homme ou le comité contre la torture. Or, ces organes de traités opèrent également un contrôle-orientation marqué qui s'analyse en une prévention de la violation des droits de l'homme. Sans doute, cette évolution sur le plan juridictionnel conduit les États à adopter des législations qui favorisent une prévention de la violation des droits des travailleurs. À travers cela, l'objectivisation du contentieux contribue fortement à l'harmonisation des législations nationales sociales des États parties à l'accord de libre-échange économique.

Toutefois, cette évolution ne réduit pas tous les risques de blocage observé dans certaines affaires ANACT. C'est le cas du manque de volonté d'un État dans la conduite de la procédure et dans la mise en œuvre des recommandations. Pour y remédier, l'application des recommandations issues de la mise en œuvre du mécanisme quasi-juridictionnel nécessite d'être accompagnée de facteurs de mise en œuvre. Ces facteurs peuvent être économiques ou politiques. C'est dans le cadre de l'analyse du caractère préventif du suivi que l'impact de ces facteurs pourra être apprécié.

Conclusion de la section

Dans le chapitre 3, les insuffisances du traitement spécifique du contentieux des droits sociaux ont été constatées. Sans contester cela, l'analyse de la pratique vise à identifier au-delà de ces insuffisances, les atouts potentiels à maintenir et à améliorer. Sans doute, cette étape identifiée et qualifiée comme celle du contrôle mérite, à l'état actuel du traitement spécifique du contentieux des droits sociaux, d'être maintenue, perfectionnée et répandue dans d'autres accords tout en prenant en compte les limites au niveau procédural comme substantiel. Lorsqu'on observe le mécanisme sous le prisme de la distinction du contrôle et du suivi, on se rend compte du potentiel du traitement juridictionnel des droits sociaux qu'il comporte. La place des tiers dans la procédure fait à la fois l'atout principal et le moteur du mécanisme. Elle est d'ailleurs l'une des raisons de la distinction du contrôle et du suivi. Elle marque le caractère

⁷⁹⁸ *Ibid* p.36.

de « droits de l'Homme » du mécanisme et en détermine la mise en œuvre pratique à travers les plaintes portées par les particuliers. Aussi, la faiblesse du contrôle ne réside-t-elle pas dans la faible mise en œuvre des recommandations des décisions juridictionnelles. Il s'agit d'une problématique générale qui est traitée ici dans le cadre du suivi.

SECTION 2. LA PREVENTION DES VIOLATIONS DES DROITS SOCIAUX PAR LE SUIVI DES CONSTATATIONS

Ce que nous qualifions maintenant de phase de suivi dans l'ANACT et dans la plupart des accords postérieurs est bien réglementé. Elle fait intervenir plusieurs acteurs.

Pour l'essentiel, lorsque cela est recommandé par un bureau administratif national, des consultations ministérielles sont organisées entre les ministres des départements en charge du travail des États parties à l'accord. Suivant les droits en cause et en cas de défaut d'exécution de l'État en cause, un comité d'évaluation peut être mis en place et peut être suivi de la mise en place d'un panel d'experts dont les conclusions pourront de nouveau faire intervenir des consultations ministérielles. Toutes ces étapes peuvent être considérées comme des modalités de suivi.

La raison de cette qualification peut être rappelée. La phase de contrôle révèle des atouts juridictionnels importants qui peuvent être entretenus et améliorés. Contrairement à cette phase de contrôle, l'absence de titulaires de droits dans la présente étape ne permet pas de la présenter comme un véritable mécanisme de contrôle d'une effectivité comparable à celle de la phase précédente. Déjà, cette absence rend difficile le déclenchement de la procédure en raison du rapport interétatique et essentiellement politique même si une procédure juridictionnelle peut intervenir avec la possibilité de constitution du panel d'arbitrage. En outre, la pratique montre le caractère véritablement aléatoire de la mise en œuvre des étapes postérieures à l'étape que nous qualifions d'étape de contrôle.

Par contre, le caractère à la fois politique, économique et juridique ou juridictionnel des procédures incluses dans la phase de suivi est de nature à assurer la mise en œuvre des constatations des manquements. Ce caractère en fait, dans une certaine mesure, un point positif en comparaison avec d'autres mécanismes de contrôle non juridictionnel de mise en œuvre des

droits de l'homme. Tout cela revient à dire que lorsque l'étape de contrôle n'est pas prévue, les procédures incluses dans le suivi sont pratiquement illusoires, car le simple constat d'un manquement n'est pas garanti. Par contre, un renforcement de la phase de suivi à travers par (exemple la prévision et l'application des sanctions juridiques (comme des contre-mesures) et/ou économiques, la possibilité d'intervention des tiers, individus ou organisations) ne fera qu'amplifier l'effectivité du mécanisme du traitement spécifique des droits sociaux dans sa globalité.

Ces précisions faites, il convient de définir le suivi. Le suivi est une notion « qui se noie dans un amalgame sémantique où elle côtoie la notion de « contrôle » sans pour autant que la nature des liens qui l'unissent à elle puisse être aisément décelée »⁷⁹⁹. Ainsi, certaines définitions du suivi en font une modalité du contrôle alors que d'autres le traitent comme un ensemble de phases qui inclut le contrôle. On peut ainsi parler de suivi au sens large ou au sens strict. Dans l'un ou l'autre cas, un élément commun de la définition est la phase de surveillance de la mise en œuvre des constatations (déterminations ou recommandations) de l'organe de contrôle. La notion de suivi peut être seulement identifiée à cette phase de surveillance.

Dans le mécanisme quasi-juridictionnel mis en place dans le cadre de l'ANACT comme dans les accords commerciaux postérieurs, le suivi tel que défini ici n'est pas expressément précisé et identifié en tant que tel comme une phase post-contrôle. C'est plutôt le schéma organique du mécanisme qui conduit à opérer cette distinction.

En effet, l'organe de contrôle est distinct de l'organe de surveillance de la mise en œuvre des recommandations. Il est vrai que les bureaux administratifs nationaux sont impliqués dans la suite du processus, notamment à travers le suivi de la mise en œuvre des consultations ministérielles, mais ils n'en ont plus le rôle principal. Si les différentes phases identifiées dans le contrôle sont éminemment juridiques (« l'établissement des faits, l'interprétation de la norme de référence et la qualification des faits au regard du modèle normatif pertinent »)⁸⁰⁰, la phase postérieure est généralement politique et dominée par des acteurs politiques : notamment les ministres de travail et du commerce. Certes, elle prévoit également la possibilité de l'intervention d'un panel d'arbitrage qui statuera en droit. Mais l'intervention (quasi-)

⁷⁹⁹ AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2012, p. 45.

⁸⁰⁰ *Ibid* p. 49.

juridictionnelle ne remet pas en cause la nature de la surveillance dans la mise en œuvre des recommandations, dans la mesure où cette phase peut, ailleurs, comporter des procédures contentieuses juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles⁸⁰¹.

En pratique, la mise en œuvre de la procédure juridictionnelle du suivi est incertaine, car elle dépend de la volonté des acteurs politiques. En outre, elle est limitée sur le plan juridique par le champ de compétence matérielle du panel. L'effectivité et l'efficacité du suivi sont tributaires de la volonté étatique. Toutefois, ce facteur politique n'est pas le seul déterminant de l'efficacité du suivi. Des considérations économiques interviennent. L'efficacité de la sanction qui caractérise l'accord commercial peut entraîner l'effectivité et l'efficacité du suivi. Dans cette configuration, la réalisation de la prévention sera suspendue à la convergence de facteurs politico- économiques. Ces facteurs commandent tant l'efficacité progressive du suivi (**Paragraphe 1**) que le caractère perfectible de celui (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'efficacité progressive du suivi

L'efficacité du suivi est matériellement manifeste dans la mise en œuvre des recommandations issues de l'examen contentieux fait par les bureaux administratifs nationaux⁸⁰². S'agissant de recommandations, leur mise en œuvre ne saurait être assimilée à une exécution au sens juridique, l'exécution supposant une obligation d'exécuter. En effet, «pour qu'il y ait une obligation d'exécuter il faut qu'il y ait une décision»⁸⁰³ ; et «c'est seulement dans les limites de l'exercice du pouvoir juridictionnel que peut se situer la décision, et c'est donc dans ces limites que restera, quelques artifices qu'on déploie pour occulter ces frontières, l'obligation d'exécuter»⁸⁰⁴. Appliqué aux conclusions d'un bureau administratif national, le critère juridictionnel fait défaut. Il en découle l'absence d'une obligation d'exécuter (**A**). Nonobstant la problématique que cette absence soulève pour le respect des recommandations, la conclusion et la pratique des accords ANACT et post ANACT permettent

⁸⁰¹ FORTAS A.-C *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des Droits de l'Homme : contribution à l'étude du droit du contentieux international*, Paris, Pedone, 2015.

⁸⁰² Dans son analyse sur le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, le professeur Alincai identifiait l'efficacité du suivi à des manifestations juridiques tenant à l'effectivité probatoire et à de l'effectivité substantielle des droits de l'homme. Cette dimension juridique forte est en partie liée à une définition du suivi qui inclut le contrôle (AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'Homme au sein du Conseil de l'Europe*, op. cit p. 50).

⁸⁰³ SANTULLI C « L'obligation d'exécuter les décisions juridictionnelles internationales », *RGDIP*, vol. 121 (2017), n° 3, p. 561-573, spéc. p. 564.

⁸⁰⁴ *Ibid* p. 565.

de montrer que « l'exécution » volontaire est entraînée et renforcée par le suivi des conclusions des bureaux administratifs. En cela, le suivi exerce un effet compensateur de l'absence d'obligation d'exécuter **(B)**.

A. L'absence d'une obligation d'exécuter la constatation du manquement

L'absence d'une obligation d'exécution se déduit du défaut de la qualité juridictionnelle des organes de constatation de la violation des accords internationaux en question. Ces organes n'ont pas le pouvoir de prononcer une obligation à la charge d'une partie au différend. Cette négation se fonde sur la volonté étatique qui est la source du caractère obligatoire de la décision d'une juridiction internationale⁸⁰⁵.

L'absence d'une obligation à exécuter laisse la partie mise en cause une liberté dans la mise en œuvre des recommandations. Ce sentiment de non-obligation est identique à celui que les États expriment vis-à-vis des constatations et recommandations des organes conventionnels (des comités) de suivi du respect des traités conclus dans le cadre des Nations Unies. En effet, la faible portée des recommandations devient un refuge pour les États pour rejeter la mise en œuvre des recommandations et la conduite de la procédure de suivi⁸⁰⁶. Ces manifestations ont été visibles dans la pratique de l'ANACT tant en ce qui concerne l'organisation du suivi que la mise en œuvre des mesures recommandées.

En premier lieu, en ce qui concerne l'organisation du suivi dans la pratique, les bureaux administratifs ont pris l'habitude depuis l'affaire *Sony* de recommander des consultations ministérielles et de faire de simples suggestions à l'endroit de l'État en manquement. À leur tour, en aucun cas ces consultations n'aboutissent à l'adoption d'un acte obligeant les États à l'application des législations nationales.

⁸⁰⁵ « Il convient de rappeler la source fondamentale de la force contraignante des décisions qui nous intéressent : celle-ci repose, tout comme le pouvoir de décider du « juge », sur la volonté des États en différend, sur leur engagement préalable, contracté par le biais d'instruments de types variés, de se conformer à la décision finale ou, plus précisément, à son dispositif ». CONDORELLI L « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes » in CONDORELLI L., *L'optimisme de la raison*, Paris, Pedone, 2014. p. 58

⁸⁰⁶ À savoir qu'il s'agit de simples « recommandations générales intégrées dans une approche plus globale de mise en œuvre interne de la Convention laissant donc à l'État le choix entier des moyens d'exécution pour se conformer à ses engagements conventionnels. Déclinaison parfaite d'une approche subsidiaire du mécanisme de surveillance du traité, cet argument fait office de fin de non-recevoir à la fois pour se conformer à l'exécution des constatations, mais aussi de se plier à la procédure de suivi instaurée sur la base des règlements intérieurs » (TOUZE S., « L'exécution des constatations des comités conventionnels des Nations Unies », *RGDIP*, vol. 121 (2017), n° 3, p. 645-660, p. 649).

Les consultations ministérielles impliquent en général les ministres en charge du travail des deux pays concernés : celui dont le comportement est mis en cause et celui dont le Bureau administratif a été saisi. Les résultats des consultations sont similaires dans les grandes lignes. Les ministres adoptent souvent un programme d'activités à trois niveaux. Ce programme prévoit d'abord des activités d'informations, de recherches et de divulgation de l'état de droit sur la question à travers des séminaires, conférences et autres manifestations scientifiques publiques. Il favorise ensuite une discussion tripartite (gouvernement, patronat et travailleurs) dans l'État dont l'application de la législation est en cause. Enfin, une rencontre intergouvernementale peut être organisée en fonction des questions et de leur importance⁸⁰⁷. Dans l'affaire *Sony* qui a abouti à la première recommandation de consultations ministérielles ANACT, les consultations ministérielles ont conduit à l'établissement d'un programme d'activités comprenant des travaux conjoints, des conférences et des séminaires publics sur les questions ayant suscité les consultations. À l'issue de l'exécution des activités prévues, le rapport de cette consultation relevait plusieurs insuffisances : une difficulté des travailleurs à établir une union syndicale indépendante au niveau local de Mexico, la composition des bureaux de travail complique l'enregistrement d'une nouvelle organisation, l'absence d'une législation réglementant la conduite interne des organisations de travailleurs, le recours très rare au bulletin secret dans les élections au sein de ces organisations.⁸⁰⁸ Des recommandations ont été faites et il revenait au Mexique de les appliquer.

Bien avant l'étape importante de mise en œuvre des recommandations, la bonne conduite des consultations n'est pas une évidence en soi, même lorsqu'elles sont effectivement tenues. Sans doute, les consultations ministérielles permettent les discussions à un niveau plus élevé des problèmes soulevés dans un cas donné. Elles peuvent également étudier ou rechercher les moyens de promotion des droits de l'homme tout simplement. Dans l'affaire *Hidalgo*, le Bureau américain avait envisagé les consultations ministérielles en souhaitant que celles-ci « *explore the means used by Mexican labor authorities to educate young workers about their*

⁸⁰⁷ Voir par exemple *Agreement on Ministerial Consultations on U.S. NAO Submissions 9702 and 9703 (Gender Discrimination & Han Young)*, 18 May 2000.

⁸⁰⁸ *U.S. National Administrative Office, Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 7 June 1996, *op. cit* pp. 7-13.

labor rights, such as assisting employers in publicly displaying provisions of federal labor laws in the workplace that emphasize the special protections for young workers »⁸⁰⁹.

Mais le risque de dévoiement n'est pas une simple éventualité. En effet, les consultations paraissent plus efficaces lorsque les problèmes d'application de la législation ont été préalablement soulevés au stade de l'examen par le Bureau administratif. Ce travail en amont permet de traiter réellement des questions d'application de la législation. Ce qui ne paraît pas logiquement être le cas lorsque par manque d'informations requises de la partie gouvernementale pour établir ses constatations, le Bureau se contente de recommander des consultations ministérielles⁸¹⁰ pour fournir ces informations manquantes. Comme le remarquait d'ailleurs le Bureau américain, « *While written exchanges are important to the consultations process, limiting consultations to written communications is not the most effective method for successful consultations.* »⁸¹¹.

Du reste, la poursuite du suivi au-delà des consultations ministérielles est peu probable en pratique ; l'intérêt de la suite des étapes réside dans l'efficacité que procurent l'imposition et l'application éventuelles d'une sanction économique. Le mécanisme prévu impose une amende équivalente à 0,0007 du volume des échanges commerciaux entre les deux pays en litige en cas de persistance de défaut de mise en œuvre. Mais cette sanction est prévue à un stade éloigné dans la chaîne des étapes du suivi si bien qu'elle est presque improbable. Elle peut intervenir après les conclusions du panel d'arbitrage. Aussi de nombreuses affaires n'atteignent-elles pas cette étape. L'ANACT limite certaines affaires au mieux aux consultations ministérielles conformément à l'article 22⁸¹². Dans l'affaire *Sony* dans laquelle la liberté d'association était en cause, le Bureau a jugé pertinent de recommander une consultation ministérielle. Le rapport de mise en œuvre des directives de la consultation ministérielle constatait que cela marquait la fin de la procédure d'examen de la plainte, car « *matters related*

⁸⁰⁹ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit.*, p. 42.

⁸¹⁰ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.* p. 83,84, 85, 87.

⁸¹¹ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit.* p. 87.

⁸¹² L'ANACT réserve la suite de la procédure aux questions relatives « *occupational safety and health, child labor or minimum wage and technical labor standards* » (voir les articles 23, 27, 29).

*to freedom of association and the right to organize- the focal point of Submission 940003- cannot be pursued beyond ministerial consultations under the NAALC. Other avenues such as an evaluation committee of experts or dispute resolution mechanisms do not apply in this case.»*⁸¹³. Dans la pratique, les consultations ministérielles restent l'étape la plus élevée souvent atteinte même pour les affaires portant sur des droits pour lesquels les étapes suivantes sont ouvertes (la santé et sécurité au travail par exemple). Ainsi, certaines affaires qui étaient susceptibles de dépasser cette étape ne l'ont jamais été. Dans l'affaire *Auto Trim*, les pétitionnaires avaient souhaité que la procédure atteigne l'étape de la réunion du comité d'évaluation des experts, voire celle de la constitution d'un panel d'arbitrage. Mais la procédure ne s'est pas poursuivie aussi loin⁸¹⁴.

En conséquence de tout cela, et en second lieu, le bilan général de l'application des recommandations est plutôt négatif. Dans le mécanisme procédural, aucune décision ne lie les États. Les problèmes de droit posés aux bureaux sont souvent identiques parce que les faits se répètent, même à l'égard d'un même État. À titre d'exemple, la citation à titre de preuve des rapports d'examen des communications relatives à des griefs se répétant est symptomatique de la faiblesse du mécanisme du point de vue de la mise en œuvre des constatations des bureaux administratifs et des résultats de réalisation des travaux prescrits dans les déclarations ministérielles. C'est d'ailleurs le sentiment des pétitionnaires accusant l'État mexicain d'une pratique de non-exécution des rapports et recommandations ANACT dans l'affaire *Puebla*. Ceux-ci ont tenu à souligner « *the pattern of non-enforcement of labor laws in Mexico* ». Ils citent les « *past U.S. NAO findings concerning failure on the part of Mexico to protect the right of workers to form independent unions (U.S. NAO Submission 9403), to ensure access to fair and impartial labor boards (U.S. NAO Submissions 9702 and 9703), and to ensure occupational safety and health protections (U.S. NAO Submission 2000- 01). The submitters also allege that Mexico has failed to live up to the commitments it made as part of the Ministerial Consultations Joint Declarations signed in May 2000 8 (joined by Canada) and June 2002, where the Mexican Government reaffirmed its commitment to enforce its labor laws*

⁸¹³ U.S. National Administrative Office, *Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 7 June 1996, *op. cit* p. 6.

⁸¹⁴ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001, 2.3. 11. Voir aussi U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation*, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, *op. cit* p. 8.

*regarding freedom of association and protection of the right to organize, minimum employment standards, and occupational safety and health protections. »*⁸¹⁵. De son côté, avec dépit, le Bureau américain concluait que « *in light of the recurring freedom of association issues raised in the current submission, it would appear that despite the passage of 10 years, the same enforcement deficiencies persist in Mexico »*⁸¹⁶.

Ces écueils liés à la mauvaise volonté étatique conduisent à mettre en exergue les insuffisances du mécanisme, notamment l'absence du caractère obligatoire des conclusions des bureaux administratifs. De ce point de vue, il est heureux que le suivi, malgré la longueur de sa mise en œuvre, pallie ces insuffisances.

B. L'effet compensateur du suivi

Dans toute procédure juridictionnelle, l'exécution est postérieure et est extérieure à l'opération juridictionnelle. Elle « est donc une étape qui échappe par principe au droit et à la juridiction internationale, sauf si les parties en ont convenu autrement »⁸¹⁷. L'effectivité et l'efficacité de l'exécution d'une décision ne sont pas fonction de la qualité de la décision juridictionnelle. Dans notre cas, il est possible de soutenir également que celles-ci ne dépendent pas de la nature de l'acte de constatation de la violation. Ainsi, ce sont les moyens de suivi, ou plus exactement, la volonté dans la mise en œuvre du suivi qui déterminent l'effectivité et

⁸¹⁵ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit p. 7.* Voir également *Submission to the US National Administrative Office (Currently the Office for the Implementation of Trade Agreements) under the North American Agreement on Labor Cooperation. Submitted by United Steelworkers, 9 November 2006 (Coahuila).*

⁸¹⁶ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004, op. cit p. 36.* Voir également le rapport produit dans l'affaire *Hidalgo* : Le Bureau américain relevait que : « *The use of administrative formalities to deny union registration has been raised as a concern in prior reports issued by the OTLA (e.g Submission 2003-01) and has been criticized by the ILO as inconsistent with international standards as well as LFT Article 357.52 Although in this case technical grounds were not used to deny a union's registration, their use in denying strike petitions and titularity challenges raises similar concern » (U.S. National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, op. cit p. 31).* Il a recommandé alors des consultations ministérielles. Celles-ci pourraient, entre autres, « *serve as an opportunity for the OTLA to receive additional information on the status of the commitments made by the Government of Mexico in the May 18, 2000 Ministerial Consultations Joint Declaration, which states in relevant part: "The Mexican [STPS] will continue promoting the registry of collective bargaining contracts in conformity with established labor legislation. At the same time, efforts will be made to promote that workers be provided information pertaining to collective bargaining agreements existing in their place of employment..." »*, p. 33-34.

⁸¹⁷ FORTAS A.-C *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des Droits de l'Homme, op. cit p. 25.*

l'efficacité de la mise en œuvre des recommandations. Dans le cadre de la mise en œuvre des recommandations issues des mécanismes quasi-juridictionnels étudiés, l'effectivité et efficacité du suivi reposent sur deux facteurs qui caractérisent le suivi dans le cadre du traitement spécifique des droits sociaux. Le premier facteur est constant et tient à la logique commerciale du règlement des différends (1). Le second facteur est politique, il exerce un impact variable suivant les États ou l'État partie(s) au contentieux (2).

1- Le facteur économique de l'efficacité du suivi

La particularité du suivi organisé ici tient à son caractère objectif. Cette qualification revêt une connotation positive en ce qu'elle contribue à l'effectivité du suivi. Elle se justifie par le fait que le mécanisme quasi-juridictionnel dans lequel s'intègre le suivi s'aligne fondamentalement sur la logique du droit du commerce international et non sur celle des droits de l'homme. Il n'y a rien de surprenant dans ce constat lorsqu'on sait que le cadre juridique matériel de protection des droits sociaux fondamentaux des travailleurs n'est plus envisagé séparément des accords de libre-échange économique. Ces accords eux-mêmes s'inspirent des textes de l'Organisation mondiale du commerce dans les grandes lignes de l'organisation et du fonctionnement de du mécanisme de règlement de différends de cette dernière.

La logique qui sous-tend le mécanisme de règlement des différends est orientée vers l'avenir. Le contentieux de l'OMC vise la fin de la violation des règles du commerce international ; « c'est la teneur de l'obligation d'exécution elle-même qui en porte la marque : la responsabilité déclarée d'un Membre ne donne naissance qu'à une unique obligation, celle de « mise en conformité », qui correspond exclusivement à l'obligation de cessation de l'illicite tandis que le système a récusé toute forme de réparation »⁸¹⁸. Cette présentation de l'exécution de l'obligation de conformité comme d'intérêt général n'est pas seulement propre à l'OMC, mais des contingences d'ordre politique ont présidé à des solutions partiellement différentes dans des accords bilatéraux ou trilatéraux. À titre d'exemple, le mécanisme général de règlement des différends dans le cadre de l'ALENA se présente ainsi comme « un intermédiaire entre les systèmes du GATT et de l'OMC, un compromis entre les prétentions des États-Unis à privilégier les mécanismes diplomatiques et celles de ses partenaires à renforcer la place du

⁸¹⁸ HAMANN A « L'encadrement de l'exécution des recommandations adoptées dans le règlement des différends de l'OMC », *RGDIP*, vol. 121 (2017), n° 3, p. 727-758, spéc. p. 734.

droit dans le règlement des différends économiques »⁸¹⁹. C'est pourquoi, même en cas de recours à des moyens diplomatiques, l'objet des négociations demeure, en cas de constat de défaillance d'un État, la recherche de la cessation de l'illicite. Car, « chaque fois que cela sera possible, la solution sera la non-application ou la levée d'une mesure qui n'est pas conforme au présent accord ou qui annule ou compromet un avantage au sens de l'annexe 2004, à défaut d'une telle solution, il devra y avoir compensation »⁸²⁰. On peut dès lors parler d'un contentieux objectif et non d'un contentieux subjectif. Ce n'est donc pas un contentieux de la réparation de dommages.

C'est dans cette logique que se comprend l'objectif premier de la mise en œuvre du mécanisme quasi-juridictionnel étudié ici. Celui-ci vise à mettre fin à tout comportement qui affecte le commerce et l'investissement entre les parties. Dans les cas étudiés, cet objectif est souvent dilué dans la litanie des violations des droits des travailleurs, mais il reste le fin mot. Il apparaît nettement lorsqu'on s'intéresse au préjudice souffert par l'autre État partie. À l'occasion de l'affaire *Guatemala* dans laquelle la procédure s'est poursuivie jusqu'à la constitution du panel d'arbitrage, les États-Unis ont justifié la poursuite de la procédure en rappelant le préjudice qu'ils ont subi du fait du comportement fautif du Guatemala : « *How do Guatemala's apparent failures to enforce its labor laws disadvantage U.S. businesses and workers? The Government of Guatemala's apparent failure to effectively enforce its labor laws harms U.S. workers by forcing them to compete against substandard labor practices and tilts the playing field away from American workers and businesses. By holding the Government of Guatemala accountable to its labor commitments under the CAFTA-DR we can help to ensure that U.S. businesses and workers are able to compete on fair terms.* »⁸²¹.

En raison de cette caractéristique, l'insertion de la procédure interétatique dans la phase de suivi présente l'avantage d'apporter, une plus grande efficacité dans la recherche de l'exécution des constatations. Au moins en théorie, une différence existe dans les moyens de suivi comparativement à l'exécution des recommandations des comités conventionnels de droits de l'homme qui mettent seulement les pétitionnaires en position d'attente de l'exécution des constatations par l'État. Une bonne part de l'efficacité du suivi tient à la pluralité des

⁸¹⁹ JACOB P., « L'exécution des décisions ALENA », *RGDIP*, vol. 121 (2017), n° 3, p. 759-770, spéc. p. 760.

⁸²⁰ Article 2018. ALENA

⁸²¹ Fact sheet (United States Trade Representative Kirk Announces Labor Rights Trade Enforcement Case Against Guatemala). <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/legacy/files/20100730-FactSheet.pdf>.

moyens (économiques, juridiques et diplomatiques) de suivi et à la nature interétatique du différend dont le règlement est minutieusement encadré. Car, « qu'on le veuille ou non, la requête d'un État contre l'un de ses pairs est toujours ressentie comme un acte inamical, le signe soit d'une tension diplomatique sérieuse entre les pays concernés, soit de violations réellement monstrueuses, encore ne mettent-elles pas toujours fin à la très grande retenue que s'imposent les États qui répugnent à s'ériger en « accusateurs publics » »⁸²².

Ainsi, toute la phase de suivi tel qu'il est envisagé ici reprend l'entièreté du mécanisme général de règlement de différends prévu dans les accords de libre-échange économique. Le besoin de suivi du rapport d'un bureau administratif national ou d'un point de contact national fait naître un différend interétatique dont le règlement combine des procédures interétatiques et quasi-juridictionnelles. Ces procédures sont marquées par la logique pragmatique qui sous-tend le règlement des différends dans l'OMC et qui est de nature à pourvoir une efficacité relativement plus importante des recommandations des organismes quasi-juridictionnels traitant du contentieux des droits sociaux. Ce facteur économique est accompagné par des facteurs politiques qui pondèrent l'efficacité du suivi dans la pratique.

2- Le facteur politique de l'efficacité du suivi

Si le maintien de l'équilibre des relations commerciales est une caractéristique de l'organisation du suivi et la raison de l'effectivité du suivi, la variable politique peut influencer l'efficacité du suivi dans le sens positif ou négatif. Il s'agit de montrer que le facteur politique peut autant faire la force que la faiblesse du suivi. Ce facteur politique tient à la volonté politique d'un État intéressé par la promotion des droits sociaux. Toute la phase de suivi de mise en œuvre des recommandations suppose la bonne volonté de l'une des parties de déclencher chaque étape de la procédure interétatique. Lorsque cette volonté est seulement faible ou épisodique, l'efficacité du suivi l'est également. C'est le cas dans la mise en œuvre des recommandations issues des bureaux administratifs de l'ANACT dont le suivi se limitait en général à la formalité des consultations ministérielles **(a)**. Lorsque la volonté est réelle, l'efficacité du suivi en est renforcée **(b)**.

⁸²² PELLET A « La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme. « Souveraineté du droit » contre souveraineté de l'État », in DECAUX E. et THIERRY H. (dir.), *Droit international et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 101-140, p.123.

a. L'efficacité relative du suivi dans la pratique de l'ANACT

Dans le cadre de l'ANACT, le résultat de la pratique est mitigé, voire négatif. La situation des travailleurs n'a pas connu immédiatement un réel changement, suite à la réalisation des activités prévues par les consultations ministérielles. Cela se comprend logiquement au regard de la souplesse de cette étape de la procédure fortement politique, de la nature des mesures recommandées et de l'objet du mécanisme qui porte sur l'application des législations nationales et non la réparation des préjudices subis. Par exemple, lorsque le Bureau américain a fait son rapport de suivi des activités du programme des consultations ministérielles dans l'affaire *Sony*, il a été informé que les travailleurs qui avaient subi un licenciement injustifié n'avaient pas encore retrouvé un emploi et étaient convaincus que leurs noms figuraient sur une liste noire⁸²³.

La réalisation des droits va découler (indirectement et tardivement) de la réaction étatique aux propositions et recommandations issues des travaux de réflexion tenus. Si cette réaction n'est pas toujours satisfaisante sur le plan législatif et sur le plan judiciaire, elle reste au moins visible.

Sur le plan législatif, la réaction des États n'est pas toujours de suivre à la lettre les recommandations formulées, mais ils réagissent parfois positivement. Dans l'affaire *Sony*, une proposition de loi reprenant les recommandations formulées n'a pas abouti⁸²⁴. L'État mexicain a toutefois adopté à l'issue de négociations tripartites un ensemble de principes en vue d'améliorer la coopération, la compétitivité et la productivité du monde du travail. Ces principes dénommés *Principes de la nouvelle culture du travail* sont contenus dans un document signé par les représentants du gouvernement fédéral, des employeurs et des travailleurs. Tout en insistant sur le respect des droits et obligations des différents acteurs par eux-mêmes, les principes abordent des problématiques qui ont fait l'objet des soumissions dans l'affaire *Sony* à savoir la question de démocratie dans l'organisation interne des organisations syndicales, la problématique de l'enregistrement et l'impartialité des tribunaux de travail avec la suggestion d'y faire siéger des juges professionnels et non des fonctionnaires de l'administration⁸²⁵. De même, dans l'affaire *Gender Discrimination*, le lien entre l'examen de la législation suivant le

⁸²³ U.S. National Administrative Office, *Follow-up Report on NAO Submission No. 940003 (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 4 December 1996, p. 4.

⁸²⁴ *Ibid* p. 5.

⁸²⁵ *Ibid* p. 5.

mécanisme ANACT et la modification peut être considéré comme étant distendu au regard du temps écoulé depuis le rapport du bureau administratif et l'accord ministériel. Mais cela n'infirme pas l'impact possible de ces derniers sur l'évolution législative. Il a été observé qu'à la suite de la mise œuvre du mécanisme ANACT, il y a eu une réaction de fait. Les entreprises ayant leurs filiales dans la zone d'activité *Maquiladora* et le gouvernement fédéral avaient respectivement annoncé l'arrêt des tests de grossesse. En droit, une loi sur la prévention et l'élimination de la discrimination qui proscrit la discrimination fondée sur le sexe ou l'état de grossesse a été adoptée en 2003. Elle a été modifiée en 2012 pour prendre en compte la discrimination par le test de grossesse imposé au stade du recrutement⁸²⁶.

Sur le plan judiciaire, l'impact des résultats du mécanisme procédural ANACT sur les décisions des cours nationales est parfois indirect et difficilement perceptible. Il peut être déduit du sens des décisions. Dans le suivi de la mise en œuvre des recommandations ministérielles de l'affaire *Sony*, le Bureau administratif américain a noté positivement deux décisions de déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour suprême mexicaine du 21 mai 1996⁸²⁷. La Cour

⁸²⁶ COMPA L. and BROOKS T *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, *op. cit* p.81-82. Voir également : *U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007, *op. cit* p. 50. Le Bureau américain y rappelait les efforts entrepris par l'État mexicain depuis l'affaire *Gender Discrimination* : «Following Ministerial Consultations and recommendations resulting from U.S. Submission 9701, the Government of Mexico committed to an action plan to eliminate pregnancy-based hiring discrimination. To demonstrate its commitment to end this discriminatory practice, the Government of Mexico undertook a series of steps, including the establishment in 1998 of a Gender and Equity Bureau within STPS that provides public education programs on women's rights in the workplace. Further, in April 2002, the Government of Mexico signed an agreement with the Consejo Nacional de la Industria Maquiladora de Exportación (National Council of Maquiladora Industries) in which the organization agreed to recommend to its member companies that they not subject female workers to mandatory examinations or tests of any type designed to certify non-pregnancy as a condition for hiring or continued employment. By December 2003, STPS had reportedly signed 13 agreements with states throughout Mexico dealing with the elimination of pregnancy-based workplace discrimination. In that same year, the Federal Prevention and Elimination of Discrimination Act, which prohibits discrimination on the basis of pregnancy, came into force in Mexico ».

De même, toujours en matière de discrimination, le Bureau américain notait dans l'affaire *Chedraui Stores* que « pregnancy discrimination in Mexico, as well as barriers and intimidation workers may face in alleging such conduct, has been a concern of DOL under the NAALC since 1997 and also has been raised regularly as a concern in academic studies. After the GOM reformed its labor law in 2012 to explicitly prohibit pregnancy discrimination, the OTLA and the STPS worked closely to design and implement a \$1.389 million project to help ensure that labor inspectors have the tools they need to effectively inspect for gender discrimination, including pregnancy discrimination, and that workers are aware of their rights with respect to employment and workplace discrimination, including pregnancy discrimination, and how to claim them. The project began in 2015 and is currently operating in Estado de México, Jalisco, and the Federal District. The OTLA will continue to monitor the issue of pregnancy discrimination in Mexico, including at Chedraui stores » (*Office of Trade and Labor Affairs, Public Report Review on NAO Submission No. 2015-04 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Chedraui Stores)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 8 July 2016, p. 14)

⁸²⁷ *U.S. National Administrative Office, Follow-up Report on NAO Submission No. 940003 (Sony)*, Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 4 December 1996, *op. cit* p. 6.

suprême déclarait inconstitutionnelles la loi fédérale du travail et la loi de la fonction publique fédérale qui excluait implicitement ou explicitement la possibilité de plus d'une organisation syndicale sur un même lieu de travail. C'est en se fondant sur une telle interprétation de la première loi qu'un bureau local de conciliation avait refusé l'enregistrement et la reconnaissance d'une organisation syndicale dans l'affaire *Sony* et cela a abouti à des consultations ministérielles. Même si ces décisions adoptées à l'issue d'un *amparo* ne constituent pas encore un précédent obligatoire pour les cours inférieures (pour y arriver, il faut cinq décisions de la Cour suprême), elles peuvent inciter les travailleurs à engager pareille procédure judiciaire et peuvent avoir un effet dissuasif sur les employeurs⁸²⁸.

En outre, au-delà de l'adaptation de la législation, le mécanisme permet également une interprétation ou une lecture des dispositions législatives à la lumière de l'objectif de protection des travailleurs, de manière à résorber les conséquences des insuffisances de la législation. Il s'agit ici de solutions pratiques à défaut d'une modification de la législation. Une illustration peut être trouvée dans les affaires *Sony* et *Han Young* ; toutes les deux ont été portées devant le Bureau américain et concernent des faits ayant eu lieu au Mexique. Dans la première, le Bureau américain avait relevé des difficultés courantes d'enregistrement des nouvelles unions syndicales au Mexique. Il avait alors recommandé des consultations ministérielles à l'issue desquelles des activités d'études, de conférences et séminaires publics ont été programmées et exécutées. Lors de ces rencontres, les représentants de l'administration mexicaine ont proposé une solution (à titre provisoire évidemment) pour les travailleurs d'une entreprise qui rencontraient des obstacles techniques ou autres pour constituer et faire enregistrer un syndicat autonome au sein de leur entreprise ou de leur site. La solution a consisté à adhérer à une union syndicale déjà existante et à demander à en établir une représentation sur leur lieu de travail⁸²⁹. Dans l'affaire *Han Young*, les travailleurs qui ont voulu et tenté sans succès de constituer et de faire enregistrer un syndicat autonome, ont dû s'affilier à une union syndicale déjà existante (STIMAHCS) pour avoir une représentation à Han Young⁸³⁰. Mais il s'agit d'une solution seulement pratique. Le Bureau américain a tenu à relever que les difficultés qui ont conduit à

⁸²⁸ *Ibid* p. 9.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 9-10.

⁸³⁰ U.S. National Administrative Office, *Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young)*, Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998 *op. cit.*, V.B.2.

cette solution pratique sont des manquements aux dispositions de la Constitution mexicaine, à celles de la loi fédérale du travail, de l'ANACT et des conventions 87 et 98 de l'OIT⁸³¹.

Revêt également ce caractère pragmatique la réaction du gouvernement mexicain qui, après la plainte dans l'affaire *Han Young* et après la première audience, a condamné l'entreprise à une amende de 9000 dollars américains⁸³². Cette amende sanctionne le non-respect de la législation en matière de santé et de sécurité au travail. La sanction était depuis longtemps attendue des travailleurs après la survenance de plusieurs accidents qui avaient causé des dommages corporels aux travailleurs.

Par ailleurs, même négatifs, les résultats du suivi ont pu présenter un intérêt probatoire dont la valeur n'a pu être malheureusement mesurée. Ils ont constitué une ressource utile pour les travailleurs qui se sont appropriés le mécanisme pour défendre leurs droits devant les bureaux administratifs. Ils ont pu ainsi utiliser les constatations des bureaux et les recommandations issues des consultations ministérielles pour développer et renforcer leurs arguments. Dans l'affaire *Echlin/IPTASA* qui mettait en cause le Mexique, des pétitionnaires ont cité le rapport d'examen du Bureau américain rendu dans une affaire précédente. De même, dans l'affaire *Duro Bag* (la communication a été rejetée par le Bureau américain et n'a pu être examinée), les pétitionnaires rappelaient que le problème dont ils se plaignaient, problème de l'intégrité et de la sincérité du scrutin au sein des organisations syndicales, s'était posé dans les affaires *Han Young et ITAPSA* et y avait été traité par le Bureau américain. L'argument des pétitionnaires était donc de rechercher la responsabilité de l'État mexicain au regard du NAALC en se fondant sur le défaut de mise en œuvre des engagements pris lors des consultations ministérielles auxquelles ont abouti les examens des deux dernières affaires mentionnées. Ils ont ainsi affirmé que : « *The most alarming aspect of the Duro case in light of the NAALC is the government of Mexico's manifest failure to live up to its commitments in a 2000 Ministerial Agreement to make "efforts (. . .) to promote the use of eligible voter lists and secret ballot elections over the right to hold the collective bargaining contract (...) and promote secret ballots and neutral voting places (...)* ». *The government of Mexico abandoned this secret ballot agreement, making no effort in the Duro case to fulfill its promise. On the contrary, the government allowed Duro management and the FCAB to force workers into public declarations*

⁸³¹ *Ibid* VI.

⁸³² COMPA L. and BROOKS T., *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, *op. cit.*, p. 62.

of their union sentiments in a non-neutral location under conditions totally destructive of free choice of union representation »⁸³³. Un examen de cette communication aurait permis de mesurer la portée juridique que l'ANACT accorde à travers les bureaux administratifs nationaux aux résultats des consultations ministérielles qu'il prévoit.

Au demeurant, si la réaction des autorités gouvernementales est loin d'être systématique et satisfaisante, elle n'est pas moins existante. Pris globalement, le mécanisme crée un espoir pour les travailleurs : celui de voir les insuffisances législatives être corrigées progressivement. Si cet espoir peut devenir une réalité occasionnellement dans le cas de l'ANACT, il l'est de manière soutenue dans la pratique post ANACT.

b. L'efficacité renforcée du suivi dans la pratique post ANACT

En rappel, dans la pratique post-ANACT, la mise en œuvre pratique des recommandations se traduit par l'adoption et le perfectionnement des législations nationales. L'État dont la législation est en cause renforce par des mesures législatives et réglementaires son cadre juridique de mise en œuvre du droit social. Par exemple, dans l'affaire contre le *Honduras*, l'accent a été mis sur la sanction à travers le renforcement des capacités d'inspection et la synergie des institutions étatiques compétentes pour répondre effectivement et efficacement aux résultats des inspections⁸³⁴.

L'évolution remarquable a porté sur le renforcement de la régularité du suivi. Le suivi régulier de la mise en œuvre des recommandations révèle dans les cas traités un respect des recommandations qui témoigne de l'efficacité du mécanisme et de sa contribution à l'effectivité des droits sociaux⁸³⁵. L'intérêt réside davantage dans la nature et les caractères des facteurs de

⁸³³ *Public Communication to the U.S. National Administrative Office (NAO) under the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC) on Labor Law Matters Arising in the Territory of Mexico: Violations of NAALC Labor Principles and Obligations regarding the Union Representation Election at Duro Bag Manufacturing Corp Rio Bravo, Tamaulipas submitted by American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations. (AFL-CIO) and Paper, Allied-Industrial, Chemical & Energy Workers International Union (PACE International Union), 29 June 2001, p. 1, 5.*

⁸³⁴ Voir *Labor Rights Monitoring and Action Plan as Mutually determined by the Government of the United States and the Government of Honduras, 9 December 2015, p. 1.*

⁸³⁵ Voir *U.S. Department of Labor Statement on the Status of the Implementation of the U.S.-Honduras Labor Rights Monitoring and Action Plan, 12 October 2018.* Il est vrai que tous les pays ne réagissent pas toujours positivement (*Second Periodic Review of Progress to Address Issues Identified in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2015-01 (Peru), 18 April 2018.*), mais la majorité s'applique à répondre aux recommandations.

cette efficacité du suivi. Deux facteurs principaux concourent à cette efficacité du suivi du respect des recommandations.

Le premier facteur est constitué par les actions convergentes des États parties à l'Accord et de celle de l'OIT. Cette synergie a bien joué dans le cas du *Bahreïn* et a contribué au réemploi de près de 95 % des travailleurs illégalement licenciés. À la suite, des réformes législatives ont été initiées à propos des législations critiquées⁸³⁶. Les moyens utilisés ne sont pas seulement juridiques, ils sont aussi matériels et peuvent consister à des formations pratiques et de renforcement des capacités⁸³⁷.

La coopération peut exister en amont depuis la phase de négociation de l'Accord⁸³⁸. À ce dernier propos, l'un des apports de ces accords du point de vue de la standardisation des législations nationales est l'adaptation préconventionnelle des législations nationales. Dans la perspective de la conclusion des accords de libre-échange, les États partenaires s'engagent avec l'assistance des États-Unis à conformer leur législation aux standards internationaux en matière de travail. C'est le cas avec le Bahreïn⁸³⁹, c'est également le cas avec la Colombie⁸⁴⁰. C'est enfin le cas du Mexique dans le nouvel Accord États-Unis, Mexique, Canada, qui remplace l'ALENA. Ce dernier prévoit une annexe qui requiert du Mexique un ensemble de réformes du droit du travail préalables à l'entrée en vigueur de l'accord. Les réformes exigées ne sont pas sans rappeler les nombreuses recommandations formulées à l'endroit du Mexique dans le cadre

⁸³⁶ Voir les réformes législatives engagées par le Bahreïn (Voir *Standing Up for Workers: Promoting Labor Rights through Trade, Special Report of the U. S. Department of Labor, February 2015*, p. 15) ; l'adoption en Colombie d'un règlement en 2018 qui remplace et corrige les insuffisances de celui de 2016. Ce dernier avait fait l'objet de la saisine de l'office américain parce qu'il ouvrait la possibilité du recours par les employeurs à des intermédiaires en vue de la conclusion des contrats de travail. Ce qui favorisait la violation de nombreux droits des travailleurs.

⁸³⁷ Les États-Unis ont apporté leur soutien au renforcement des capacités à travers un fonds et des formations (*Labor Rights Monitoring and Action Plan as Mutually determined by the Government of the United States and the Government of Honduras, 9 December 2015 op. cit. p. 2*). Voir également le premier rapport de suivi (*Progress under the U.S. – Honduras Labor Rights Monitoring and Action Plan, 14 March 2016*, pp 3-4). L'intervention concertée de l'OIT dans la rationalisation des procédures administratives relatives aux inspections a consisté à un audit dont les recommandations ont été appliquées.

⁸³⁸ Voir l'assistance technique de l'OIT dans le cas de l'Accord entre les États-Unis et la Colombie ; *U.S. OTLA, Public Report of Review of U. S. Submission 2016-02 (Colombia), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 January 2017, op. cit. , p. 27*.

⁸³⁹ Letter from the Kingdom of Bahrain's Minister of Finance, Ahmed bin Mohammed Al Khalifa, to U.S. Trade Representative, Ambassador Robert Portman, November 10, 2005. Voir *Report of the Committee on Ways and Means (House of Representatives), Report 109-318 on the United-States-Bahrain Free Trade Implementation Act, 109th Congress (2005-2006), 6 December 2005*: <https://www.congress.gov/congressional-report/109th-congress/house-report/318/1>(vers la fin du rapport).

⁸⁴⁰ Voir *U.S. OTLA, Public Report of Review of U. S. Submission 2016-02 (Colombia), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 January 2017, op. cit., p. 3-4, 27*; *Colombian Action Plan related to Labor Rights, 7 April 2011, p. 1, 4, 6* ; *The Colombian Labor Action Plan: A Five Year Update, 11 April 2016, p. 4*.

du mécanisme de l'ANACT. De même, l'Union européenne tend également à imposer à certains États la mise à niveau de la législation en matière de droits sociaux des travailleurs comme condition à la signature de l'Accord économique. Il est ainsi demandé aux pays andins parties à l'Accord de libre-échange avec l'UE⁸⁴¹, « *l'élaboration d'une feuille de route transparente et contraignante pour les droits de l'homme, les droits du travail et les droits environnementaux, dont l'objectif serait principalement de protéger les droits de l'homme, de renforcer et d'améliorer les droits des syndicalistes, et de sauvegarder l'environnement ; suggère qu'ils s'inspirent du plan d'action sur les droits du travail convenu entre la Colombie et les États-Unis* »⁸⁴².

Le second facteur est l'entrée en jeu du rapport de force qui joue également en faveur de la régularité du suivi de la mise en œuvre des recommandations. Les États-Unis semblent déterminés à tirer vers le haut le droit et la pratique des droits des travailleurs sur le territoire de leurs partenaires économiques. Ils exercent alors une pression qui répond certes aux engagements pris dans les accords (par exemple la régularité des rapports de suivi)⁸⁴³, mais qui se singularise par une conditionnalité financière non toujours explicite⁸⁴⁴. Dans l'affaire *Guatemala* par exemple, l'office américain n'a pas recommandé de consultations ministérielles⁸⁴⁵. Mais un an plus tard, l'État américain a formulé une demande de consultations en se fondant sur les manquements déjà relevés dans le rapport sans pour autant évoquer ce dernier⁸⁴⁶. C'est l'inaction du gouvernement du *Guatemala* depuis le rapport d'examen de le

⁸⁴¹ *Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia, Peru and Ecuador, of the other part, 6/06/2012 (date of entry into force 01/06/2013).*

⁸⁴² *Résolution du Parlement européen du 13 juin 2012 sur l'accord commercial entre l'Union européenne, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part (2012/2628(RSP))* (para. J.15). Cela s'inscrit dans la tendance des études d'impact, même si leur efficacité est remise en cause en raison de la procédure de conduite qui exclut la société civile (GAMMAGE C., « Social norms in EU free trade agreements: justiciable or not? », in GAMMAGE C. and NOVITZ T. (eds.), *Sustainable Trade, Investment and Finance*, op. cit., p. 50-82, spéc. 78-82).

⁸⁴³ Voir les rapports de suivi dans le cas de la République dominicaine.

⁸⁴⁴ À la suite du rapport produit à l'encontre de la République dominicaine, les États-Unis ont produit un premier rapport de suivi dans lequel ils regrettaient le défaut d'adoption de mesures de mise en œuvre du rapport de l'office américain. Dans le deuxième rapport périodique, la même déception a été exprimée. A l'occasion, l'État américain a fait mention de l'allocation d'un fonds américain d'un montant de dix millions destinés à l'assistance technique au gouvernement dominicain en vue de contribuer à l'élimination du travail des enfants et du travail forcé et à l'amélioration des conditions de travail dans le secteur agricole y compris le secteur de la production sucrière. Mais « *(d)ue to lack of support from the GODR, USDOL discontinued project activities in the Dominican Republic in September* » (). Ce n'est qui n'est autre chose qu'une pression financière. Car, à la suite, les rapports suivants relevaient des avancées montrant une mise en œuvre progressive des recommandations.

⁸⁴⁵ *U.S. OTLA, Public Report of Review of U. S. Submission 2008-01 (Guatemala), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 16 January 2009, op. cit., p.34.*

⁸⁴⁶ Suivant son propre examen du droit et de la pratique au Guatemala, l'État américain a soutenu que « *the Government of Guatemala appears to be failing to meet its obligations under articles 16.2.1(a) with respect to effective enforcement of Guatemalan labor laws related to the right of association, the right to organize and*

Bureau américain qui aurait justifié cette demande de consultations⁸⁴⁷. Un plan d'action a été adopté par la suite⁸⁴⁸. Cela n'ayant pas suffisamment poussé le Guatemala à l'action, l'État américain a décidé de poursuivre le mécanisme du panel d'arbitrage suspendu d'un commun accord depuis l'adoption du plan d'action.

Toutefois, il convient de rappeler que ces facteurs n'ont pas entièrement un caractère juridique. L'efficacité de la mise en œuvre des recommandations de la volonté d'un État (par exemple, la satisfaction de la conditionnalité relative à la soumission d'un plan d'action n'est pas sujette à la bonne qualité du plan d'action)⁸⁴⁹. Elle est indissociable du champ personnel de l'accord particulier (la présence des États-Unis). Cela confirme la prédominance du caractère politique du suivi ou, en tout cas sa politisation. La conséquence du phénomène politique est de rendre difficile la réplique du mécanisme avec autant d'efficacité dans d'autres traités ou d'autres espèces. Si tant est que l'efficacité de la mise en œuvre du mécanisme ait tenu le rapport de force utilisé par les États-Unis et la volonté d'une partie au traité (cas des États-Unis), il est donc certain qu'elle opérera difficilement en l'absence d'un rapport de force (économique) déséquilibré. Pour cette raison, l'expansion du mécanisme ou sa divulgation devra donc prendre en compte la particularité de la présence de certains États économiquement forts.

En définitive, le développement de l'efficacité du suivi repose non seulement sur les dispositions juridiques qui l'organisent. Il tient à l'existence de moyens économiques et politiques qui garantissent, au moins en théorie, l'effectivité et l'efficacité du suivi.

Ce faisant, le suivi compense l'absence d'une obligation d'exécuter les recommandations de caractère juridictionnel des organes de contrôle. Toutefois, certains atouts de l'efficacité du suivi ne sont pas constants. Notamment, les considérations de politiques

bargain collectively, and acceptable conditions of work. For example, we have identified a significant number of failures to enforce, constituting a sustained or recurring course of action or inaction, including : (1) Ministry of Labor failures to investigate alleged labor law violations ; (2) Ministry of Labor failures to take enforcement action once the Ministry has identified a labor law violation ; and (3) court failures to enforce Labor Court orders in cases involving labor law violations » (). Le rapport a seulement été évoqué dans un communiqué.

⁸⁴⁷ Fact sheet (United States Trade Representative Kirk Announces Labor Rights Trade Enforcement Case Against Guatemala). <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/legacy/files/20100730-FactSheet.pdf>.

⁸⁴⁸ Le plan d'action répond aux manquements relevés avec des solutions administratives et autres concrètes à mettre en œuvre suivant dans des périodes déterminées. Les États-Unis apportent leur soutien à la mise en œuvre du plan à travers des conseils techniques et de l'information sur les bonnes pratiques. Le point 18 du plan précise que les deux parties s'accordent pour demander au panel d'arbitrage de suspendre son activité dans l'attente des suites relatives à la mise en œuvre du plan.

⁸⁴⁹ Voir l'exemple de l'Union européenne et la Colombie.

juridiques sont contingentes et font craindre légitimement une appréciation positive éphémère de la pratique du suivi. Ce constat crée un besoin de perfectibilité.

Paragraphe 2. L'efficacité perfectible du suivi

Assurément, le mécanisme de règlement des litiges relatifs aux droits sociaux mis en place dans les accords internationaux économiques et relatifs aux droits des travailleurs partage bien des caractères des comités conventionnels de droits de l'homme sur le plan de l'analyse juridictionnelle. Mais au regard de la relative efficacité du suivi exposé ci-dessus, il tient davantage, en ce qui concerne l'exécution des constatations ou la mise en œuvre des recommandations, des accords commerciaux internationaux, et en premier lieu des accords de l'OMC. Dès lors, l'un des défauts du mécanisme dans la perspective des droits de l'Homme est l'absence de la réparation. Si cela s'explique devant les instances juridictionnelles et quasi-juridictionnelles commerciales, il n'est pas théoriquement exclu que le mécanisme puisse être adapté lorsque les droits de l'homme sont en cause.

En effet, l'organisation du suivi des recommandations n'est pas fidèle à la cause des droits sociaux, car elle ne semble pas soutenir prioritairement la cause des travailleurs à première vue. La cause finale est d'abord commerciale, même si elle n'exclut pas totalement le sort des travailleurs. Tel que défini ici, le suivi se présente comme le relais de la procédure contentieuse mixte par une nouvelle procédure interétatique combinant des modalités diplomatiques et quasi-juridictionnelles. Cette nouvelle configuration opère un changement dans le but qui est poursuivi derrière l'apparente cause de la protection des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. L'une des conséquences majeures est la mise à l'écart des justiciables dans le suivi et l'abandon du caractère concret de l'action contentieuse. L'objet du différend devient abstrait, reposant désormais sur la question de la cessation de l'illicite qui exige l'action positive d'adoption ou de correction de législations. Cela explique la liberté de l'État dans le déclenchement de la procédure de suivi et dans la reprise des prétentions juridiques des pétitionnaires à l'origine de la procédure quasi-juridictionnelle initiale. Par exemple, dans la suite de l'affaire *Guatemala*, la procédure arbitrale interétatique (*US-Guatemala*) a revêtu un caractère objectif et commercial marqué. Si la communication publique a été l'acte déclencheur de la procédure devant le Bureau américain, celle-ci devient de moins en moins présente au fil des étapes de la procédure de suivi. Cela est dû au fait que ce sont des « *(t)rade considerations, not workers' rights, drove the dynamic of the Panel's deliberations*

and analysis. The trade-first approach dictated the Panel's ultimate decision for Guatemala. »⁸⁵⁰. Aussi, les droits des travailleurs du Guatemala n'ont été pris en compte que pour déterminer le manquement aux obligations du traité. C'est ainsi que le panel d'arbitrage n'a considéré que le contenu de la demande de constitution du panel d'arbitrage formulée par les États-Unis sans égard à la communication initiale des travailleurs. Or, une différence de qualification et d'appréciations des faits est patente entre les deux⁸⁵¹.

En conséquence, il n'est pas possible d'obtenir une réparation du préjudice subi. Il faut entendre par cela l'impossibilité pour les travailleurs directement affectés par le comportement étatique fautif d'obtenir une réparation des atteintes à leurs droits. Le mécanisme continue de solliciter cette réparation de façon indirecte à travers le constat de la violation par l'État. Il ne laisse pas entrevoir ni envisager la possibilité d'une action directe contre l'entreprise fautive. La réparation n'est donc pas prioritaire.

Ces considérations conduisent à suggérer dans les futurs accords une adaptation du mécanisme. Au regard des faiblesses identifiées, cette adaptation peut être opérée à travers le renforcement du fondement juridique de mise en œuvre des recommandations. Il est possible à ce propos, tout en respectant l'esprit du mécanisme (la coopération plus que la sanction juridique pour la mise en œuvre des recommandations) de trouver une forme hybride qui prendrait en compte l'une des deux préoccupations (suppléer au problème d'effectivité des recommandations ou prendre en compte la réparation des atteintes aux droits).

Dans la première hypothèse, il est possible de renforcer le rôle de l'OIT en lui donnant une attribution supplémentaire dans la mise en œuvre des recommandations. L'implication de l'OIT dans l'affaire contre le *Bahreïn* est un cas d'inspiration. Sa composition tripartite et sa longue expérience et expertise en font un bon médiateur qui facilite le dialogue entre les parties. Son intervention pourrait même contribuer à faire prendre en compte la situation des travailleurs dont les droits ont été violés. Dans l'affaire contre le *Bahreïn*, l'intervention de l'OIT a permis la réintégration de milliers de travailleurs licenciés. Bien que la situation concernât

⁸⁵⁰ INTERNATIONAL LABOR RIGHTS FORUM, *Wrong Turn for Workers' Rights: The U.S.-Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling-and what to do about it*, International Labor Rights Forum, 2018, p. 6.

⁸⁵¹ De même, dans l'affaire contre la Corée, l'Union européenne n'a pas été prompte à engager la procédure du règlement interétatique à l'issue duquel le panel n'a pas retenu la violation par la Corée de l'obligation de ratification des conventions OIT.

majoritairement des entreprises publiques à caractère commercial, rien ne s'oppose à ce que pareil résultat soit obtenu en présence d'entreprises privées étrangères⁸⁵².

Dans la seconde hypothèse, il peut être utile d'apporter dans le suivi une dose de médiation en s'inspirant du mécanisme de respect des lignes directrices de l'OCDE. L'idée n'est pas d'opérer un traitement distinct d'une même affaire devant un bureau administratif national et devant un point de contact national ou même devant un nouvel organe qui jouerait le rôle de ce dernier (certaines affaires abordées ici ont été parallèlement soumises à des PCN). Il pourra s'agir plutôt de reconnaître au bureau administratif national une compétence supplémentaire de médiation entre les titulaires de droits et les entreprises impliquées, ce qui évitera de laisser le sort des premiers dépendre de la volonté ou des défaillances administratives ou judiciaires de leur État. Pour respecter l'objectif du mécanisme qui est d'abord économique et commercial, cette compétence pourrait être subsidiaire et intervenir après un premier échec de mise en œuvre des recommandations par l'État ou avant même la mise en cause de la responsabilité de l'État. Ainsi, elle n'affectera pas la suite de la procédure si celle-ci doit se poursuivre au-delà des consultations ministérielles. Son intérêt ne sera autre que de faire intégrer dans le mécanisme cette possibilité qui a un succès appréciable dans le mécanisme de l'OCDE. Cela n'enlève pas l'intérêt à la possibilité des recours portés simultanément devant un PCN. Les avantages liés à la possibilité de porter une plainte contre la société mère pour les agissements de ses filiales à l'étranger tout comme l'avantage tenant au cadre même de l'OCDE ne sont pas compensés par un examen par un bureau administratif.

Par suite, l'intervention des travailleurs dans la phase du suivi, procédure interétatique (notamment au stade de l'arbitrage interétatique) pourra non seulement prendre la forme d'une tierce intervention à *l'amicus curiae*, mais également tirer les conséquences de l'expérience de l'affaire *Guatemala*.

À ce propos, des observations faites à la suite de l'analyse de la mise en œuvre de l'accord de coopération en matière environnementale dans le cadre de l'ALENA sont également

⁸⁵² C'est dans ce sens que sont exprimés Compa Lance et Tequila Brooks : « *the actual means by which workers were rehired in this case was through ILO-sponsored tripartite dialogue between the GFBTU, the Bahrain Chamber of Commerce and Bahraini government authorities. While it might be argued that facilitation of tripartite dialogue leading to the rehiring of affected workers may have worked in the 2011 Pearl Roundabout case because the employers involved were public sector workers, the example set in this case can equally be applied in cases involving the private sector utilizing similar means of diplomatic pressure and negotiation* » (COMPA L. and BROOKS T., *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, op. cit. p. 214).

valables ici. Il y est observé la limitation du rôle des pétitionnaires dans la mise en mouvement du mécanisme. Leur implication tout au long de la procédure, y compris dans les étapes que regroupons ici dans la phase de suivi peut s'inspirer de la situation des pétitionnaires dans le droit de l'Union européenne. Cette inspiration permettra de leur reconnaître le droit d'être informé de l'évolution de l'affaire, le droit de faire des commentaires et également des recommandations⁸⁵³. Cette forme de participation permettra de respecter la nature interétatique de cet arbitrage tout en permettant aux titulaires de droits de présenter le différend sous la perspective des droits des travailleurs avec des arguments de droits de l'homme.

L'arbitrage ayant opposé les États-Unis au Guatemala a montré que l'État partie peut omettre d'apporter des preuves détenues par les travailleurs, leur enlevant toute chance d'être considérée par le tribunal. Ce dernier dans cette affaire a, en effet, tenu à préciser que son mandat « *does not extend to examining the functioning of the Guatemalan labor courts or labor inspectorate outside of the particular failures to effectively enforce labor laws alleged by the United States. The Panel, therefore, has not conducted an examination of the overall functioning of the Guatemalan labor courts and labor inspectorate or many other matters raised in the written views of non-governmental entities. The United States advanced no claims in its submissions with respect to such matters.* »⁸⁵⁴. Si l'État partie, seul, doit initier l'arbitrage interétatique, il serait plus judicieux de lui prescrire, ou au moins le lui suggérer, de reprendre ou d'inclure dans sa demande les requêtes des travailleurs énumérées dans la communication initiale ou, à défaut, d'associer les pétitionnaires dans l'objet de la requête interétatique.

Avant tout, l'introduction ou le renforcement de la phase de contrôle est une garantie de la participation des particuliers, victimes de l'atteinte à leurs droits sociaux. Au regard de la volonté des États de maintenir le caractère interétatique, cette phase de contrôle est importante. Son absence dans les affaires qui ne la prévoient pas laisse un vide pour la protection des droits

⁸⁵³ DAVIDIAN G., « Should Citizens Expect Procedural Justice in Non-adversarial Processes? Spotlighting the Regression of the Citizen Submissions Process from NAAEC to CAFTA-DR », in KONG H.L. and WROTH L.K. (eds.), *NAFTA and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 37-74, spéc. p. 54, 56, 68.

⁸⁵⁴ *Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty in the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR Final Report of the Panel, 14 June 2017*, p. 75. Le panel s'est inspiré de l'Organe d'appel de l'OMC qu'il cite : « *The Panel request « establishes and delimits » the jurisdiction of a panel and it serves the due process objective of notifying the respondent of the nature of the dispute. When a particular measure is not identified, such measure is outside of the scope of the dispute. Consequently, the clear identification of the specific measures in the panel is « central » to determining the matter covered* », p. 18-19.

sociaux qui ne peut être rempli par quelques corrections de la phase politique et interétatique. Le contrôle, malgré ses limites, contribue à donner encore une raison d'être au mécanisme de traitement spécifique de règlement des différends. C'est en complétant le contrôle que les procédures de la phase de suivi ont un intérêt véritable et peuvent avoir de l'effectivité réelle si les particuliers contribuent directement ou indirectement à leur mise en mouvement.

Conclusion de la section

En conclusion, la phase de suivi inclut les procédures interétatiques à caractère politique ou quasi-juridictionnel. En tant que telle, elle est pourvue de moyens politiques et économiques qui sont de nature à la rendre effective et efficace. Toutefois, même encadré, le suivi de la mise en œuvre des recommandations n'opère pas convenablement. Dans la pratique, les différentes étapes du suivi sont indépendantes et le passage d'une étape à une autre est subordonné à la volonté d'un État. Son effectivité et son efficacité ont été modestes dans le cadre de l'ANACT. Elles tendent à prendre relativement de l'importance dans la pratique des accords américains post-ANACT. Il reste que l'absence de support juridique à cette efficacité rend problématique, notamment quant à sa permanence et à sa généralisation, cette efficacité relative.

Les suggestions en vue de l'amélioration de la phase de suivi s'orientent vers l'implication des victimes des violations ou des titulaires de droits. L'intervention personnelle étant presque antinomique au caractère interétatique et politique sciemment voulu, c'est une participation indirecte qui semble envisageable. Elle nécessitera certainement de prévoir des dispositions adéquates dans les traités de libre-échange économique. Dans l'attente, une adaptation dans la pratique de la procédure quasi-juridictionnelle pourra consister pour l'État non seulement de demander l'avis des pétitionnaires, mais également de le considérer réellement dans la phase de suivi.

Conclusion du chapitre

L'effectivité des droits sociaux a été étudiée à travers l'analyse de la pratique du mécanisme qui représente le plus le traitement spécifique du contentieux des droits sociaux. L'étude de l'aspect théorique de la question ayant permis de relever les insuffisances, ce chapitre a directement opéré une suggestion en distinguant dans le mécanisme (ce qui n'est pas fait dans les textes) une phase de contrôle et une phase de suivi. La raison principale de cette entreprise est de faire une présentation qui permet de faire ressortir les caractères potentiels

d'une procédure de protection de droits l'Homme qu'une autre présentation, générale, ne permet pas.

Cette distinction a permis de remarquer les avantages du mécanisme, résidant essentiellement dans la phase de contrôle identifiée. Ces avantages tiennent particulièrement aux atouts procéduraux qui ont évolué au fil de l'évolution du contenu des accords économiques. Un atout du mécanisme réside également dans la fonction juridictionnelle qui a permis des constatations dont la mise en œuvre effective aurait donné davantage d'effectivité aux droits sociaux des travailleurs. Toutefois, le constat du caractère perfectible du suivi ne fait pas perdre l'espoir du perfectionnement du mécanisme. Au regard de la tendance au maintien de la pratique conventionnelle relative au traitement spécifique du contentieux des droits sociaux et à l'attention portée parfois à la critique doctrinale par certains acteurs gouvernementaux⁸⁵⁵, il n'est pas exclu que les conclusions tirées de cette analyse qui se veut, avant tout, constructive aient un écho prochainement.

Sous l'angle de l'effectivité, cette analyse aura permis de montrer qu'en termes de résultat, la pratique de l'ANACT et des accords postérieurs a entraîné un effet de prévention des violations des droits sociaux à travers le contrôle quasi-juridictionnel des obligations étatiques en matière de droits sociaux et à travers le suivi de la mise en œuvre du résultat du contrôle.

Conclusion du titre II

Au final, la socialisation du droit international des investissements que rend compte le traitement spécifique du contentieux des droits sociaux est tantôt faible, tantôt renforcée. Le traitement s'opère à travers l'exclusion des litiges de droits sociaux du mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements et/ou à travers la mise en place d'un mécanisme alternatif propre. Il a fourni deux enseignements essentiels relatifs d'une part à la pertinence de la spécificité du traitement du contentieux des droits sociaux et, d'autre part, à la conséquence de l'organisation conventionnelle de ce traitement.

⁸⁵⁵ Voir à ce propos, et concernant l'Union européenne : BRONCKERS M. and GRUNI G., « Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 24 (2021), n° 1, p. 1-27.

Au titre de la pertinence, l'analyse du traitement spécifique révèle une prise en compte moyenne de la protection des droits sociaux marquée par la prédominance du caractère interétatique du mécanisme qui caractérise la spécificité de traitement. Ce constat a conduit à faire une suggestion de prise en compte à travers la distinction proposée entre le contrôle et le suivi.

Au titre de la conséquence, le traitement spécifique est focalisé sur le contentieux entre les États. Même si son efficacité s'accroît, il constituerait toujours un traitement partiel du contentieux des droits sociaux en droit international des investissements, car ce traitement ne prend pas en compte le contentieux des droits sociaux dans les rapports entre l'investisseur et l'État.

Conclusion de la première partie

L'étude de la socialisation du droit conventionnel des investissements a consisté à analyser la présence des dispositions relatives aux droits sociaux dans les accords de protection et de promotion des investissements. L'analyse a ensuite pris en compte la place des considérations sociales dans l'évolution du droit international des investissements ainsi que certains aspects de la pratique de la socialisation. Enfin, elle a pour l'essentiel adopté une approche critique dans l'analyse. Au terme de cette étude, deux conclusions s'imposent.

La première est relative à la réalité de la socialisation du droit conventionnel des investissements. La présence des dispositions relatives aux droits sociaux connaît une importance progressive à la fois sur le plan quantitatif et qualitatif. Des références dans les préambules et dans le corps des accords d'investissement affirment, par leur contenu, le besoin de prendre en compte les droits sociaux ou les valeurs sociales dont ils visent la protection dans l'application et l'interprétation de l'accord d'investissement ou dans la conduite de l'activité d'investissement. Elles insistent sur l'importance d'une protection de l'investissement respectueuse de la protection des droits sociaux.

La seconde est relative à la portée de la socialisation. Cette portée est relative. La mise en œuvre concrète de certaines dispositions conventionnelles, notamment celles qui sont relatives au règlement des différends relatifs aux droits sociaux et la rédaction particulière de certaines dispositions donnent une portée pratique à la socialisation. Elles tendent à faire reconnaître une effectivité aux droits sociaux. Toutefois, des points importants imposent une

réserve : le fait que la portée de nombreuses dispositions dépende de l'interprétation des tribunaux d'investissement et la rareté des obligations relatives aux droits sociaux dans ces dispositions. Ces éléments conduisent à considérer la portée de la socialisation comme essentiellement relative et à considérer qu'elle représente une prise en compte insuffisante par les États de leurs obligations en matière de droits sociaux. Parmi les manifestations de cette prise en compte insuffisante, figure en bonne place, l'incertitude voire l'absence de traitement du contentieux des droits sociaux dans les rapports entre l'investisseur et l'État. Par conséquent, les développements de cette première partie laissent entière la réponse à la question du traitement contentieux des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Les éléments de réponse à cette question font l'objet de la deuxième partie.

DEUXIÈME PARTIE.

LA SOCIALISATION

PERFECTIBLE DU

CONTENTIEUX

ARBITRAL RELATIF AUX

INVESTISSEMENTS

Dans les rapports entre l'État et l'investisseur, les litiges relatifs aux droits sociaux incluent également les différends qui s'élèvent à propos des investissements soulevant des préoccupations sociales. Ces litiges dont l'arbitrabilité n'est pas remise en cause par la pratique entraînent le déploiement des arguments de droits de l'homme, en l'occurrence de droits sociaux. La socialisation qui en résulte tient compte du fait que les droits sociaux sont appréhendés à la fois comme un moyen pour répondre aux préoccupations sociales soulevées par les activités d'investissement et aussi comme un objectif poursuivi à travers des arguments visant la protection de l'intérêt général social.

La socialisation explicite et directe (à travers les arguments de droits sociaux) et la socialisation indirecte (à travers les arguments de l'intérêt général social) reflètent l'attitude de l'État en tant que partie à l'arbitrage d'investissement. Si celles-ci permettent d'appréhender, comme dans la première partie, la prise en compte par les États de leurs obligations en matière de droits sociaux, elle se met au service d'une perspective relativement différente. Les développements suivants tendent à rendre compte de la manière la plus pratique possible dont les États peuvent renforcer la prise en compte de leurs obligations en matière de droits sociaux.

Le déploiement des arguments en faveur de la protection (directe ou indirecte) des droits sociaux suscite la question de leur impact, en l'occurrence, celle de leur prise en compte par les tribunaux. A l'analyse une incertitude entoure les réponses aux multiples questions sous-jacentes (ces questions peuvent factuelles et liées à la présentation des arguments ou à l'attitude des tribunaux ou proprement juridiques lorsqu'elles sont relatives au conflit des obligations de l'État). L'affirmation de cette incertitude n'est pas une négation de l'existence des pistes des solutions. Elle justifie au contraire le recours à une approche pratique de la question et visant à renforcer l'effectivité et l'efficacité de ces solutions. Cette deuxième partie de la thèse soutient ainsi que la pratique individuelle des États en matière de droits sociaux est de nature à faire tomber progressivement les obstacles qui sont à l'origine de l'incertitude des réponses aux différentes préoccupations juridiques relatives au degré de socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements.

Cette approche du problème suppose de relever dans un premier temps les manifestations de la socialisation du contentieux arbitral. Celles-ci présentent un caractère direct et indirect. L'intérêt de leur présentation est double. Il tient d'abord à l'identification des voies ou moyens de socialisation (de l'arbitrage d'investissement) existant. La présentation

permet ensuite de faire le point des difficultés qui freinent le renforcement de la socialisation. Le résultat de l'analyse permettra, dans un second temps, de montrer sous quelle forme la pratique d'un État en matière de droits sociaux peut venir en soutien au renforcement de la socialisation du contentieux d'investissement. Ainsi, la démarche en deux temps se révèle dans l'évaluation de l'impact des arguments de défense des droits sociaux (**Titre 3**) et dans le renforcement de cet impact (**Titre 4**).

TITRE 3. L'ÉVALUATION DE L'IMPACT DES ARGUMENTS DE DÉFENSE DES DROITS SOCIAUX

Le traitement par les tribunaux d'investissement des arguments relatifs aux droits sociaux est difficile d'appréciation pour une double raison. D'une part, leur attitude vis-à-vis des arguments explicites de droits de l'homme peut être présentée comme un obstacle institutionnel à la prise en compte des obligations de l'État relatives aux droits sociaux. D'autre part, bien qu'ils tentent de rejeter la responsabilité sur les États en ce qui concerne le traitement des arguments de droits de l'homme, les tribunaux d'investissement contribuent à l'effectivité des droits sociaux de façon indirecte à travers la définition évolutive des points d'entrée de l'intérêt général social. Ces solutions « jurisprudentielles » font parfois l'objet de consécration conventionnelle dont l'intérêt est de tenter d'écarter la part d'incertitude qui entoure la protection de l'intérêt général social dans l'application d'une règle ou d'un standard de protection des investissements. Ce dialogue discret entre les tribunaux d'investissement et les États entretient l'évolution du droit international des investissements⁸⁵⁶.

Il résulte de ces considérations le développement d'une protection relative des droits sociaux se manifeste à travers un double niveau de socialisation assortie de limites respectives. Le premier niveau est marqué par la socialisation directe du contentieux des droits sociaux. Il soulève un problème d'incertitude quant à son impact sur les décisions des tribunaux arbitraux. Le deuxième niveau comprend la socialisation indirecte du contentieux d'investissement. Il pose un problème de constance d'application des solutions jurisprudentielles. Mis ensemble, ils permettent de cerner le degré, les possibilités d'évolution et les limites de la socialisation du contentieux d'investissement à travers d'une part, l'efficacité relative de la socialisation directe du contentieux arbitral d'investissement (**Chapitre 5**) et, d'autre part, la définition progressive des moyens de socialisation indirecte du contentieux arbitral relatif aux investissements (**Chapitre 6**).

⁸⁵⁶ SWEET A.S., CHUNG M.Y. and SALTZMAN A., « Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor–State Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8 (2017), n° 4, p. 579-609.

CHAPITRE 5. L'EFFICACITÉ RELATIVE DE LA SOCIALISATION DIRECTE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

Il s'agit de déterminer la place des droits sociaux dans les procédures et décisions arbitrales en l'état actuel du contentieux (arbitral) relatif aux investissements. La réponse se situe dans le prolongement des constats faits à propos de la socialisation du droit conventionnel. En d'autres termes, l'état du droit conventionnel a déterminé en grande partie la place des droits sociaux dans le contentieux arbitral. La portée de la socialisation de l'arbitrage d'investissement est par conséquent relative.

Le terme de place est volontairement équivoque. Il peut d'abord désigner la simple présence dans le contentieux arbitral des arguments relatifs aux droits sociaux sans égard à leur impact sur la solution au différend. La socialisation désigne alors l'existence de développements relatifs aux droits sociaux dans les arguments des parties et des tiers à la procédure arbitrale. La place peut désigner ensuite la pertinence reconnue dans les motifs de la décision par un tribunal arbitral aux arguments avancés par une partie et défendant le respect de ces droits sociaux. Dans cette hypothèse, la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements découle d'une efficacité certaine de la présence des arguments de défense des droits sociaux. Il va sans dire que l'atteinte de ce second niveau de socialisation est la situation la plus désirable en ce qu'elle s'avère une étape d'effectivité des droits sociaux.

Dans la pratique, la présence des arguments de droits sociaux dans les mémoires représente la forme courante de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements. Cette situation est due d'une part au fait que cette forme de socialisation se réalise principalement grâce à la procédure de la tierce intervention. Alors que l'État est une partie au litige, la tierce partie est simplement un tiers au procès. En raison non seulement de cette position privilégiée, mais aussi de sa responsabilité première dans la protection des droits sociaux, on aurait pu attendre de l'État qu'il joue un rôle principal dans l'initiative de la socialisation. C'est tout le contraire qui est observé dans la pratique. Or, l'impact de la socialisation du fait du tiers à l'arbitrage d'investissement est naturellement moins important que celui qui résulte de l'inclusion des arguments des droits sociaux dans les moyens de défense de l'État. D'autre part, lorsque des arguments relatifs aux droits sociaux sont invoqués par l'Etat

dans sa défense, leur présentation (la manière de présenter) est une raison de douter de leur succès. Cette différence de statuts des tiers et de l'État défendeur à la procédure entraîne des contributions d'importances différentes à la socialisation.

Deux angles de vue peuvent être adoptés pour l'appréciation de la socialisation du contentieux arbitral d'investissement. Le premier se fonde sur le critère de la personne qui prend l'initiative de la socialisation. Lorsqu'une partie au différend est à l'origine du processus, l'impact de ce dernier va s'apprécier au stade de la décision du tribunal arbitral. En revanche, lorsque l'initiative découle d'une tierce partie au procès, la socialisation peut être déjà positivement appréciée au stade de la discussion de l'argument par les parties au différend. Sous le second angle de vue, l'accent est seulement mis sur la prise en compte de l'argument par le tribunal arbitral, les deux formes de socialisation ont tendance à converger sur le point de l'incertitude de leur impact. Soit la socialisation prend racine dans la considération de l'argument des droits sociaux par le tribunal arbitral, soit elle restera superficielle, limitée à la discussion du moyen relatif aux droits sociaux par les parties.

La considération de ces deux angles de vue conduit à l'affirmation d'une portée relative de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements. Le premier angle permet une appréciation positive de la socialisation (**section 1**), le second conduit à relativiser cette appréciation en raison de la portée incertaine de la socialisation (**Section 2**).

SECTION I. L'APPRECIATION POSITIVE DE LA SOCIALISATION DU CONTENTIEUX D'INVESTISSEMENT

L'introduction d'un argument de défense des droits sociaux dans le débat contentieux par le tribunal arbitral ou par l'investisseur est peu probable. Elle est souvent le fait de l'État ou de la tierce partie au différend. Lorsqu'on considère ces arguments de l'État et des tiers ensemble, il est possible de remarquer qu'ils apportent une socialisation formelle du contentieux arbitral. Celle-ci consiste à l'introduction du régime juridique des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. L'introduction du régime juridique des droits sociaux se réalise à travers l'évocation et la désignation des titulaires de droits, la précision de leurs droits et des obligations corrélatives, le recours à divers arguments visant la protection des droits sociaux. Il est même possible d'observer une tentative d'extension de ce régime juridique à

travers la prétention que l'effectivité des droits sociaux implique de mettre des obligations à la charge de l'investisseur.

Dans cette configuration, une appréciation positive de la socialisation conduit à considérer l'apport général qui résulte de la somme des contributions des deux acteurs et qui réside dans l'introduction du régime juridique des droits sociaux dans le contentieux arbitral **(paragraphe 1)**. Un point commun à chacune des contributions de l'État et des tiers tient à la d'une tentative de redéfinition de ce régime juridique par extension au-delà de sa conception traditionnelle **(Paragraphe 2)**.

Paragraphe 1 : L'introduction du régime juridique des droits sociaux dans le contentieux arbitral

L'analyse des mémoires en défense de l'État et des pétitions d'*amicus curiae* expose une « application », en droit des investissements, du régime juridique des droits sociaux tel que traditionnellement appréhendé en droit international des droits de l'homme. En effet, elle permet d'abord de préciser les droits sociaux souvent menacés par l'activité d'investissement. Elle permet aussi d'identifier les titulaires de ces droits qui sont souvent touchés par l'activité d'investissement et qui revendiquent directement ou indirectement la protection de leurs droits sociaux en formulant des griefs. Ensuite, elle permet de rappeler que le premier titulaire des obligations internationales en la matière est bien l'État. Celui-ci tend à assumer cette responsabilité d'une manière encore perfectible.

Bien que résultant de l'ensemble des arguments de l'État et des tiers, ce régime juridique est mieux exposé dans les mémoires des tiers intervenants, dont l'argumentation est relativement complète **(A)**. Il apparaît de façon sommaire dans les moyens avancés par l'État **(B)**. Celui-ci se contente d'invoquer l'argument de protection des droits sociaux après la naissance du différend à titre de justification de son comportement.

A. La présentation étendue du régime juridique des droits sociaux dans les mémoires des *amici curiae*

À titre de considérations générales, la procédure de l'*amicus curiae* permet à des personnes tierces au procès d'intervenir au cours de la procédure lorsqu'elles justifient un intérêt suffisant mis en jeu par le procès en cours. Leur intervention peut revêtir plusieurs formes. Elle peut consister à soumettre des mémoires, à se faire communiquer les documents relatifs au procès ou à assister aux audiences. En général, les *amici* demandent l'intervention sous toutes ces formes à la fois.

La tierce intervention pourrait être une voie principale de socialisation si la procédure de l'*amicus curiae* (« ami de la cour ») dans l'arbitrage d'investissement offrait la possibilité d'acquérir en cours de procédure le statut d'une partie litigante. Étant donné que le caractère privé et consensuel de l'arbitrage s'y oppose par principe, le statut d'*amicus curiae* y apparaît-il comme une concession importante dictée par des enjeux de légitimité et de démocratisation du système de règlement des différends investisseur État⁸⁵⁷. Une raison fondamentale reprise par les tribunaux tient au point que certains litiges soulèvent des enjeux d'intérêt public laissant craindre un impact de la décision du tribunal sur les populations d'un État. C'est à juste titre que dans le litige relatif à la concession du service public de l'eau en Argentine, le tribunal arbitral admit que « *the factor that gives this case particular public interest is that the investment dispute centers around the water distribution and sewage systems of urban areas in the Province of Santa Fe. Those systems provide public services to hundreds of thousands of*

⁸⁵⁷ Dans l'affaire Methanex, le tribunal admettait que « *as the Petitioners have pointed out in their initial submissions and as the Tribunal recognized in its own Decision of 15 January 2001, the public credibility of the NAFTA Chapter 11 process is at a critical point. The Petitioners have individually and collectively sought an orderly process for amicus participation in this very important case. By establishing an orderly process at this time in a decision finalizing the acceptance of the Petitioners as amici and setting out the modalities for their participation, the Tribunal will not only enable itself better to address the issues that are both directly and indirectly at stake in this case, but will also enhance the public credibility of the process* » Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Joint Motion to the Tribunal regarding the Petitions for Amicus Curiae Status, 3 January 2003, p. 6. Dans l'affaire Suez, le tribunal a relevé que « *the acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor-state arbitration. Public acceptance of the legitimacy of international arbitral processes, particularly when they involve states and matters of public interest, is strengthened by increased openness and increased knowledge as to how these processes function* » Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 17 March 2006, para. 8.

Voir également le point de vue des pétitionnaires: *Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Petition to the Arbitral Tribunal submitted by The International Institute for Sustainable Development, 25 August 2000*, para. 3ss; *UPS v. Canada, Amicus curiae Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 20 October 2005*, p. 2.

*people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the claimant or the Respondent, has a potential to affect the operation of those systems and thereby the public serve.»*⁸⁵⁸

Toutefois, il est possible de s'interroger sur la contrepartie pour les tiers de la procédure *d'amicus curiae*. En d'autres termes, l'ouverture du procès arbitral aux tierces parties est-elle vraiment bénéfique pour ces dernières ? L'interrogation est justifiée par l'incertitude qui caractérise la procédure de *l'amicus curiae* depuis l'admission de la procédure jusqu'au statut de *l'amicus*.

Il a déjà été relevé l'incertitude de l'admission de *l'amicus curiae* dès lors qu'il n'existe pas de droit à *l'amicus curiae*⁸⁵⁹. Malgré l'évolution jurisprudentielle et textuelle, l'absence de ce droit laisse une grande marge d'appréciation au tribunal arbitral même si un nombre relativement important de demandes d'admission est accordé. Par exemple, l'interprétation du critère d'intérêt public peut rendre cette raison insuffisante dans l'examen des conditions d'admission de la demande *d'amicus curiae*⁸⁶⁰.

Le statut de *l'amicus curiae* est également marqué par l'incertitude. En ce qui concerne les droits, l'incertitude peut exister sur l'étendue de ceux-ci⁸⁶¹. Si la soumission de mémoire écrit peut être considérée comme acquise avec la décision d'admission du tribunal, ce n'est pas toujours le cas pour les demandes d'accès aux documents⁸⁶² ou celles d'assister aux audiences et/ou de faire une présentation orale. Mais c'est surtout la portée de l'intervention qui comporte la part légitime de doute quant à l'utilité de la tierce intervention à travers la procédure de

⁸⁵⁸ *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 17 March 2006*, para. 18.

⁸⁵⁹ Voir l'analyse faite sur l'incohérence des décisions des tribunaux d'investissement à ce sujet: BORN G. and FORREST S., « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 34 (2019), n° 3, p. 626-665.

⁸⁶⁰ Le tribunal dans l'affaire *Gabriel Resources* a décidé que le fait que la population subisse finalement le coût d'une procédure arbitrale n'était pas suffisante pour admettre l'existence d'un intérêt public (*Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania, ICSID Case No. ARB/15/31, Procedural Order No. 19, 7 December 2018*, para. 65).

⁸⁶¹ Le risque que *l'amicus curiae* ne respecte pas ses obligations est pratiquement inexistant avec le soin que le tribunal prend, à l'examen de la demande d'admission, de s'assurer que l'intervention n'apportera pas de déséquilibre entre les parties et ne perturbera pas la procédure.

⁸⁶² *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 17 March 2006, op. cit.*, para. 35.

l'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement. L'incertitude y est entière et des réponses approximatives ne peuvent résulter que de déductions.

Relativement au potentiel de socialisation que renferment les mémoires d'*amicus curiae*, il convient de remarquer que la première forme de socialisation découle de la possibilité et de la définition de l'*amicus curiae*. Cette procédure permet l'intervention d'un tiers dans une procédure privée et hautement consensuelle. Elle constitue déjà par elle-même une forme de socialisation, en ce qu'elle permet la défense des droits sociaux par leurs titulaires ou leurs représentants.

La représentation n'est pas toujours évidente en raison de l'exigence d'un intérêt spécial comme condition à l'admission de la demande de l'*amicus*. Mais elle est utile au regard de la complexité de la procédure arbitrale dont la maîtrise des méandres n'est pas toujours à la portée des individus ou des communautés de populations directement concernées. Aussi, un nombre relativement important des soumissionnaires est-il constitué d'organisations non gouvernementales, de centres d'étude et de recherche dont la mission comprend la protection des droits de l'homme et/ou de l'environnement⁸⁶³. L'intervention d'organisations intergouvernementales est relativement rare⁸⁶⁴. À côté de ces organisations qui ont une expertise définie dans un domaine précis et/ou une connaissance reconnue de la pratique arbitrale, viennent s'ajouter des associations locales ou professionnelles ou encore des associations représentant des communautés locales qui sont directement affectées par des aspects factuels du litige⁸⁶⁵. Enfin, des particuliers peuvent souhaiter intervenir en tant qu'*amicus curiae* ; le plus souvent, ils mettent en avant leur expertise scientifique⁸⁶⁶.

⁸⁶³ Les organisations non gouvernementales, les centres ou instituts qui ont fait des demandes de pétitions évoquées dans la suite du travail sont les suivants : Centre for international Environment Law, the Legal Resources Centre, Centre for Applied Legal Studies (South Africa), Centre for International Environmental Law, the International Centre for Legal Protection of Human Rights (Interights), the European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), Friends of the Earth Canada, Friends of the Earth United States, Sierra Club and Earthworks, Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), the Legal and Human Rights Centre (LHRC), the Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, the Centre for Intellectual Property Policy, Canadian Generic Pharmaceutical Association ("CGPA»), the International Institute for Sustainable Development (IISD), the Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI)

⁸⁶⁴ Les organisations intergouvernementales qui ont fait des demandes de pétitions écrites évoquées dans la suite du travail sont les suivantes : World Health Organization, WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, Pan-American Health Organization

⁸⁶⁵ Les associations qui ont fait des demandes de pétitions écrites évoquées dans la suite du travail sont les suivants El Salvador National Roundtable on Mining (La MESA), les communautés indigènes Chikukwa, Ngorima, Chinyai, Nyaruwa représentées par leurs chefs, la Quechian Indian Nation, Canadian of Union of Postal Workers, le Council of Canadians.

⁸⁶⁶ Les particuliers qui ont fait des demandes de pétitions écrites évoquées dans la suite du travail sont les suivants : Dr. Burcu Kilic, Professor Brook K. Baker, Professor Cynthia Ho and Mr. Yaniv Heled, Dr. Carlos López.

La diversité des profils des intervenants n'a pourtant pas d'incidence sur l'apport des interventions en termes de socialisation. Celui-ci s'apprécie à deux autres niveaux. D'abord, les intervenants procèdent à une requalification des éléments factuels du différend dans la perspective de soutenir des arguments de défense des droits sociaux. Ce qui leur permet d'identifier les droits sociaux menacés par l'opération d'investissement. Ils le font à l'occasion de la démonstration de leur qualité de titulaires de droits sociaux (1). Ensuite, ils défendent ces droits par des arguments juridiques dont la diversité et la qualité forcent l'examen (2).

1. La démonstration de la qualité de titulaires de droits sociaux

La démonstration de la qualité de titulaires de droits sociaux procède de l'affirmation d'un intérêt factuel dans le litige (a). La démonstration d'un intérêt factuel consiste à un exercice de requalification des faits dans une perspective de protection de droits sociaux. Cet exercice permet ensuite la présentation des droits sociaux dont le respect est demandé par les *amici* (b).

a. L'affirmation d'un intérêt factuel des *amici* dans le litige

Il s'agit d'un élément préalable non négligeable, car c'est la présentation des faits qui montrent l'implication de fait du tiers dans le différend. Or, les mémoires des parties au litige (en l'occurrence celui de l'État) passent parfois sous silence les éléments factuels du contentieux qui concernent les atteintes aux droits sociaux et les impacts négatifs des investissements sur les communautés locales.

La détermination de l'élément factuel du contentieux est un travail de construction dans lequel les parties jouent un grand rôle. En effet, les parties au différend font un tri parmi les éléments factuels en fonction de leurs prétentions juridiques. En outre, comme la détermination par le juge international de la pertinence des faits dans le contentieux international est fonction de la règle applicable, « les parties vont sélectionner « leurs » faits — qui sont loin d'être objectifs — en fonction de la règle qu'elles veulent voir appliquer ». Car « l'application d'une règle de droit plutôt qu'une autre n'intéresse le plaideur que dans la mesure où elle donnera naissance à certains droits et obligations qui lui sont favorables »⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ EL BOUDOUHI S., *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Collection de droit international », 2013, p.108.

Il en résulte que le tribunal n'est pas toujours en mesure de cerner tous les aspects du litige. L'assistance des « amis de la cour » peut alors être d'une grande utilité. De nombreux pétitionnaires ont bien saisi l'enjeu consistant à relever certains éléments factuels passés sous silence par les parties au litige. Certes, il est évident que les intervenants s'inscrivent également dans une perspective subjective de la présentation des éléments factuels. Toutefois, dans la démonstration, ils tentent de rendre objectifs les faits qu'ils présentent en s'efforçant de convaincre le tribunal que leur présentation des faits est la vérité des faits. C'est ainsi que dans l'affaire *Pac Rim*, les pétitionnaires se sont basés sur des rapports produits par des experts et institutions spécialisées pour évaluer les impacts des activités minières de l'investisseur sur les aspects sociaux connexes : pollution et réduction de l'accès à l'eau, impact sur l'agriculture et sur la santé. Ils se sont ainsi étonnés de l'absence de toutes ces conséquences négatives dans l'étude d'impact du demandeur alors que le problème du difficile accès à l'eau potable pour la consommation et l'agriculture ne pouvait être ignoré parce qu'il a toujours été l'un des problèmes majeurs de la localité⁸⁶⁸. Cet défaut est d'autant plus difficile à comprendre que des études antérieures avaient déjà soulevé ce problème⁸⁶⁹.

Cependant, l'importance quantitative des éléments factuels dans les mémoires dépend en grande partie du profil et des missions des pétitionnaires. La compétence dans un domaine précis étant un élément conditionnel de l'admission de *l'amicus curiae*, l'*amicus* doit prouver une perspective différente de celle des parties. Cette perspective est nécessairement influencée par le domaine de compétence ou d'expertise de l'intervenant.

Dans certains cas, l'éclairage sur les éléments factuels techniques constitue l'essentiel de la soumission des *amici* au point qu'ils n'évoquent qu'indirectement les droits sociaux en cause. L'exemple typique est le mémoire d'*amicus curiae* soumis dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay* par le Secrétariat de la Convention-cadre sur la lutte anti-tabac, l'OMS et l'Organisation panaméricaine de la santé (PAHO). Les *amici* qui sont ici des organismes spécialisés dans le domaine de la santé se sont focalisés sur le but et le contexte historique de l'adoption de la convention-cadre sur le contrôle du tabac pour justifier le comportement de l'État uruguayen dont les mesures de mise en œuvre de la convention font l'objet de la

⁸⁶⁸ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case N°. ARB/09/12, Submission of Amicus Curiae on the Merits of the Dispute, 25 July 2014*, p. 8.

⁸⁶⁹ Un rapport de l'*Obudsman* pour la défense des droits de l'homme relevait beaucoup de menaces pour l'eau et la santé. (*Ibid.*, p. 9).

procédure arbitrale. Avec force dates et données chiffrées, l’OMS et le Secrétariat de la Convention-cadre sur la lutte anti-tabac ont démontré que la Convention-cadre de 2003 est l’aboutissement d’un processus conduit au plan international dans le cadre de l’Organisation mondiale de la santé depuis 1970. Ce processus vise un objectif précis repris dans le plan d’action global sur la prévention et le contrôle des maladies non transmissibles (2013-2020) adopté en 2013 qui vise la réduction de 30 % de la consommation du tabac chez les personnes de plus de 15 ans⁸⁷⁰. Si les pétitionnaires ont poursuivi leur apport en présentant les points pertinents de la Convention-cadre⁸⁷¹, ils n’ont ménagé aucun effort pour combattre les arguments du demandeur sur un plan strictement technique. Ils ont ainsi démontré que le chiffre de 50 % de publicité sur la surface des emballages avancé par le demandeur comme un pourcentage suffisant à l’atteinte des objectifs fixés (au lieu de 80 % adopté par l’Uruguay) n’était pas étayé par les études qui démontrent le contraire. Les études présentées ont porté sur plusieurs pays et ont testé l’efficacité de plusieurs gammes des emballages de cigarettes, dont ceux prescrits par l’Uruguay⁸⁷². Enfin, par la présentation de la pratique des États dans la mise en œuvre de la Convention, les *amici* ont montré que le comportement de l’État uruguayen s’inscrivait dans une tendance générale⁸⁷³.

Dans le cas de la PAHO, c’est en raison de son expertise et de sa connaissance pratique du terrain américain que le tribunal n’a pas considéré que son mémoire dupliquait celui de l’OMS et du Secrétariat de la Convention-cadre sur la lutte anti-tabac⁸⁷⁴.

L’apport factuel peut simplement consister à la description de la violation des droits sociaux dans leur matérialité (c’est-à-dire la description des faits). Dans le mémoire soumis dans l’affaire *Bear Creek par l’Association of Human Rights and the Environment Puno et Carlos Lopez*, ceux-ci ont voulu montrer au tribunal que le litige porté devant lui trouve son origine dans la mauvaise gestion du projet minier par l’investisseur. Aussi, les pétitionnaires ont-ils décrit l’évolution des relations houleuses entre l’investisseur et les populations locales,

⁸⁷⁰ *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Written Submission by the World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, 28 January 2015*, p. 1-3.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 3-6.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 8 ss.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 13 ss.

⁸⁷⁴ *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Procedural order No. 4, 24 March 2015*, p. 6-8.

qui a abouti au conflit social à la suite duquel l'État a mis fin à la relation contractuelle⁸⁷⁵. La même remarque s'impose dans l'affaire *Pac Rim* dans laquelle la description des faits représentait un point crucial. Les pétitionnaires sont des membres d'une coalition d'organismes communautaires, d'institutions de recherche et d'organisations non gouvernementales sur l'environnement et les droits humains⁸⁷⁶. Ils se présentent comme des participants actifs aux débats concernant la vie des communautés locales et affirment travailler quotidiennement avec celles-ci. Pour cette raison, ils ont une perspective différente de celles des parties : éclairer le tribunal sur le cadre contextuel et historique du débat démocratique (sur le minerai et le développement durable) indispensable à la compréhension du comportement des autorités politiques salvadoriennes.

Dans d'autres demandes de soumission de pétitions, les éléments factuels ne constituent pas le point d'éclairage principal que souhaite apporter l'*amicus curiae*, même s'ils restent importants. Les pétitionnaires dans l'affaire *Piero Foresti* ont ainsi expliqué le contexte factuel justifiant l'avènement de la législation contestée, à savoir le programme *Black Economic Empowerment Policies*. Pour ce faire, ils justifient l'esprit qui a présidé à l'adoption de la réglementation. Cet esprit s'inscrit dans la nécessité de corriger les conséquences des pratiques d'exploitation des travailleurs dans le contexte historique de l'apartheid, de dépossessions forcées des sols et de discrimination dans la politique de propriété. Aussi ont-ils présenté des données chiffrées sur les inégalités sociales et économiques actuelles notamment sur la pauvreté, le sous-emploi, les soins de santé, le niveau d'éducation, la propriété foncière et l'accès aux services sociaux de base⁸⁷⁷. Ils ont toutefois précisé que le point sur lequel ils ont souhaité assister le tribunal était d'ordre juridique, puisqu'ils ont aussitôt observé que le problème que soulevait la requête en arbitrage est relatif à la détermination de la ligne de démarcation entre la dépossession légitime et l'expropriation en droit international. Suivant leur

⁸⁷⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú*, ICSID Case No. ARB/14/21, *Amicus curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment - Puno and Carlos Lopez (Non-disputing Parties)*, 9 May 2016, p. 2-11. Le tribunal a d'ailleurs reconnu l'apport factuel de l'intervention (*Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú*, ICSID Case No. ARB/14/21, *Procedural Order No.5 Regarding the Association of Human Rights and Environment of Puno, Peru ("DHUMA")*), and Dr. Carlos López PhD, Senior Legal Adviser to the International Commission of Jurists *Application to File a Written Submission*, 21 July 2016). Ce qui n'a pas été pour la demande d'un autre demandeur (*Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú*, ICSID Case No. ARB/14/21, *Procedural Order No. 6 Regarding the Application by the Columbia Center on Sustainable Investment ("CCSI") to File a Written Submission*, 21 July 2016).

⁸⁷⁶ *The El Salvador National Roundtable on Mining ; en espagnol : Mesa Nacional Frente a la Minera Metalica de El Salvador « La Mesa »*.

⁸⁷⁷ *Piero Foresti and Others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, *Petition for Limited Participation as Non-disputing Parties*, 17 July 2009, para. 4.3

analyse, le cas en présence soulevait la problématique de la portée et de l'étendue des compétences du gouvernement *post-apartheid* sud-africain pour mettre en œuvre des politiques publiques et prendre des mesures visant à corriger le legs des inégalités sociales et économiques de l'Apartheid⁸⁷⁸. Mieux, dans d'autres affaires encore comme *Methanex*, les pétitionnaires se sont penchés directement sur des arguments juridiques.

Enfin, lorsque l'*amicus* est le titulaire des droits dont il cherche le respect, les aspects factuels et juridiques peuvent occuper une importance égale. Ici, le facteur qui entre en ligne de compte est la qualité de l'intervenant. Dans l'affaire *Glamis Gold*, les demandeurs, des membres de la tribu indienne *Quechian* aux États-Unis, ont précisé qu'ils étaient mieux prédisposés que quiconque, y compris le gouvernement américain, non seulement pour expliquer l'évolution de la protection de leurs droits, mais aussi pour défendre leurs droits sur le plan juridique. Ainsi, ils ont déclaré que « *no party can speak with expertise or authority to the cultural, social or religious value of the Indian Pass area to the Tribe or the severity of impacts to the area and the Tribe, except for qualified members of the Tribe. The Tribe is thus uniquely positioned to comment on the impacts of the proposed mine to cultural resources, cultural landscape or context* »⁸⁷⁹. Dans la même affaire, les deux mémoires présentés par *Friends of the Earth Canada et Friends of the Earth United States* d'une part et *Sierra Club et Earthworks* d'autre part se sont entièrement appuyés sur des arguments juridiques⁸⁸⁰. Les premiers ont soutenu des arguments relatifs à la compétence du litige et au droit applicable au fond, avec comme prétention la protection de l'environnement et de l'héritage culturel de cette tribu⁸⁸¹. Le mémoire présenté par les seconds a visé la protection de la santé publique⁸⁸². De même, dans l'affaire *UPS*, l'égle importance des éléments factuels et des arguments juridiques apparaît clairement aux yeux des pétitionnaires dont l'une des composantes est une union syndicale représentant les intérêts de ses membres dans un contentieux qui soulevait les enjeux

⁸⁷⁸ *Ibid.*, para. 4.2.

⁸⁷⁹ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Quechan Indian Nation, 19 August 2005*, p. 13.

⁸⁸⁰ Cette différence dans la nature des arguments s'explique par la différence dans l'identité des *amici*. La tribu *Quechian* est un peuple autochtone qui directement touché par les conséquences de l'investissement. Les deux autres sont des associations de défense des droits de l'homme qui n'ont pas le même niveau d'appréhension et de connaissance des faits que le peuple autochtone. Les deux mémoires se complètent de ce point de vue.

⁸⁸¹ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Amicus Curiae Application of Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States, 30 September 2005*.

⁸⁸² *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Non-Disputing Parties Sierra Club and Earthworks, 16 October 2006*.

relatifs aux droits des travailleurs du secteur de la poste nationale. Tout comme la tribu *Quechian*, les pétitionnaires ont également estimé qu'ils étaient seuls en mesure, du fait de leur perspective unique et de leur expertise, de présenter des preuves utiles relatives au coût du service de la poste ainsi que « *the history, details and other arrangements concerning the management of Canada Post pension funds* »⁸⁸³.

Pour finir, au-delà de l'établissement de la réalité des faits, la présentation des éléments permet au tiers de montrer son implication dans le litige et de revendiquer, en vertu de cela, un droit à s'exprimer sur le litige. Cette prétention va parfois loin. Pour les pétitionnaires dans l'affaire *UPS*, leur intérêt constituait l'objet même du litige. Aussi ont-ils estimé qu'ils devaient intervenir en tant que troisième partie au différend⁸⁸⁴, ce que les parties au différend, les États parties non litigants et le tribunal ont évidemment rejeté⁸⁸⁵.

Au final, la présentation des faits permet non seulement de poursuivre l'objectif d'établir la vérité des faits, mais aussi de découvrir ou de faire découvrir l'implication du tiers dans le différend. Le tiers apparaît comme la « partie civile » du procès arbitral. Toutefois, cette position reste simplement une prétention jusqu'à la décision du tribunal arbitral qui appréciera non seulement les faits (en les retenant non), mais statuera encore en droit. L'*amicus* ne devra donc pas se contenter des arguments factuels, mais devra les appuyer par des arguments juridiques.

b. La présentation des droits sociaux menacés par l'activité d'investissement

Pour inscrire leur identification des faits dans le débat juridique, les *amici* ne se contentent pas toujours de les présenter. Ils en tirent également des conséquences sur le plan juridique. L'opération consiste à qualifier certains comportements de violations ou d'atteintes aux droits sociaux, d'autres d'actes de respect ou de protection de droits sociaux. Ce travail se fait en même temps qu'une autre opération qui consiste à identifier les droits sociaux en cause. Ces droits peuvent être désignés de façon explicite ou non.

⁸⁸³ *United Parcel Service of America, Inc. v. Canada, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, 17 October 2001*, p. 19-10.

⁸⁸⁴ *UPS v. Canada, UNCITRAL Rules, Petition to the Arbitral Tribunal. Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 10 May 2001*, p. 31.

⁸⁸⁵ *United Parcel Service of America, Inc. v. Canada, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, 17 October 2001, op. cit.*, p. 8-19.

Les droits invoqués explicitement dans les pétitions *d'amicus curiae* peuvent être variés. Dans l'affaire *Pac Rim*, le mémoire au fond énumérait comme droits sociaux affectés par l'opération d'investissement les droits à l'eau, à la santé, à l'alimentation, mais aussi les droits à la vie, à un environnement sain. En outre, il soutenait l'existence d'un lien indissociable entre les droits de l'homme et l'environnement, la dégradation de l'environnement constituant une menace pour les droits de l'homme⁸⁸⁶. De même, dans l'affaire *Eli Lilly* dans laquelle l'investisseur attaquait la législation canadienne sur la propriété intellectuelle tel qu'elle est appliquée par les tribunaux canadiens, les pétitionnaires faisaient remarquer que « *(a) wide range of policy options and flexibilities have been built into patent systems to accommodate diverging national public health interests and objectives. Key flexibilities in the field of patent law improve access to medicines for hundreds of thousands of people and as a result may raise a variety of complex public and international law questions, including human rights considerations. Any decision rendered in this case, whether in favor of the Claimants or the Respondent, has the potential to affect the operation of those systems and thereby the public they serve* »⁸⁸⁷.

Dans d'autres mémoires ou demandes de soumissions, les droits sociaux ne sont pas explicitement désignés, mais ils apparaissent en toile de fond des valeurs dont la protection est revendiquée par les *amici*⁸⁸⁸. L'une de ces valeurs est constituée par les droits de l'homme globalement entendus. Dans l'affaire *Biwater Gauff* qui soulevait des questions relatives au droit à l'eau, les *amici* ont admis que « *the arbitration process goes far beyond merely resolving commercial or private conflicts, but rather has a substantial influence on the population's ability to enjoy basic human rights. This aspect of the case means that the process should be transparent and permit citizens' participation* »⁸⁸⁹. De même dans l'affaire *Piero Foresti*, les pétitionnaires ont simplement évoqué les droits de l'Homme en se rapportant aux obligations constitutionnelles de l'État en matière de droits de l'Homme qui ont imposé l'adoption de la législation en cause. Précisément, ils citent des dispositions de la Constitution sud-africaine qui autorisent des mesures en faveur des populations défavorisées (section 9 [2]) en matière de

⁸⁸⁶ Ils citent le rapport de l'Expert indépendant du Conseil des droits de l'homme sur l'environnement et les droits de l'Homme ainsi que la jurisprudence CEDH (*Tatar v. Roumanie*), p. 3 et 4.

⁸⁸⁷ *Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae Submission by Dr. Burcu Kilic, Professor Brook K. Baker, Professor Cynthia Ho and Mr. Yaniv Heled, 12 February 2016*, p. 10.

⁸⁸⁸ Rarement, les droits sociaux du travail sont évoqués explicitement (voir *UPS v. Canada, Amicus curiae Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 20 October 2005, op. cit.*).

⁸⁸⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Petition for Amicus Curiae, 27 November 2006*, p. 8.

propriété foncière, des mesures pour améliorer les conditions d'accès à la terre sur une base équitable (section 25 [4] [5]), l'accès à l'eau et à la terre en vue de réparer les inégalités⁸⁹⁰. Le mémoire présenté par les *amici* dans l'affaire *Bear Creek* défend également les droits des populations affectées. Sans les citer comme tels, les *amici*, à travers l'insistance sur l'impact de l'activité minière sur l'environnement, les terres cultivables, le risque de pollution de l'eau et des sources aquifères, ont visé les droits à la terre (comme droit individuel), à l'eau, à la santé.

Outre les termes spécifiques de droits de l'homme, deux autres objectifs protégés permettent d'englober les droits sociaux sans toujours les citer explicitement : la santé publique et le développement durable. Dans l'affaire *Philip Morris*, les droits sociaux sont indirectement visés à travers la protection de la santé publique. Ce n'est que dans la présentation de la Convention-cadre que le droit de tous les peuples au standard le plus élevé de niveau de santé a été évoqué⁸⁹¹. Outre la santé publique, l'environnement et le développement durable ont également constitué le principal objet de la défense soutenue par les pétitionnaires dans l'affaire *Methanex*. Cette défense visait indirectement le droit à la santé, même si dans la démonstration de leur intérêt à intervenir les pétitionnaires n'ont pas hésité à inclure des intérêts plus généraux. En effet, ils ont décliné leur préoccupation en trois points qui vont au-delà de la défense des droits sociaux : « *First, the arbitration implicates issues of constitutional importance, as well as fundamental democratic principles. Second, the outcome of this arbitration may affect not only the ability of California to maintain the phase-out, but the willingness and ability of governments at all levels in Canada, Mexico and the United States to implement measures to protect the environment or human health in the future. Finally, these concerns bring into issue the legitimacy of the proceedings and of the Tribunal's award* »⁸⁹².

Cette tendance à la généralisation n'affaiblit pas la défense des droits sociaux, même si elle peut présenter le risque de diluer l'intérêt des *amici* dans des intérêts très généraux. C'est le cas par exemple lorsque ceux-ci vont jusqu'à considérer que « *the arbitration also raises*

⁸⁹⁰ *Piero Foresti and Others v. Republic of South Africa*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, *Petition for Limited Participation as Non-disputing Parties*, 17 July 2009, *op. cit.* p. 4.5.

⁸⁹¹ *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *Written Submission by the World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat*, 28 January 2015, *op. cit.*, para.12, p. 4.

⁸⁹² *Methanex Corporation v. United States of America*, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, *Amended Petition of Communities for a Better Environment, the Bluewater Network of Earth Island Institute, and the Center for International Environmental Law to Appear Jointly as Amici Curiae*, 13 October 2000, para. 9.

issues from a broader sustainable development perspective and is potentially of relevance for the entire international community»⁸⁹³. Il est heureux que cette généralisation soit rare.

Par ailleurs, on ne peut s'empêcher de remarquer la libre extension de la liste des droits sociaux dont certains débordent le contenu du PIDESC et peuvent être ou non retrouvés dans textes régionaux. Dans l'affaire *Foresti*, sans soutenir qu'ils étaient en cause dans le cas d'espèce, les pétitionnaires ont considéré comme des droits économiques et sociaux le droit à un environnement sain et le droit au développement⁸⁹⁴. Dans l'affaire *Borders Timbers*, ils ont défendu leur droit à la terre considéré à la fois comme un droit individuel et collectif qu'ils fondent sur le droit international.

Parfois, les *amici* vont au-delà de l'extension de la catégorie des droits sociaux. À côté de la défense des droits sociaux proprement dits, ils revendiquent le respect de certains droits à caractère procédural qui sont indispensables à l'effectivité des premiers : le droit à l'information et à la consultation et le droit à la réparation⁸⁹⁵. La défense du droit à la réparation s'explique par le fait même de l'exclusion des tiers (qui sont les victimes des impacts négatifs de l'opération d'investissement) du contentieux arbitral relatif aux investissements. Les pétitionnaires dans l'affaire *Bear Creek* ont ainsi estimé que la décision qui sera adoptée à l'issue de la procédure aura pour impact « *the prejudicing of the particular rights of indigenous peoples under international law to be able to access judicial remedies for human rights violations, because the indigenous communities affected in this arbitration, as non-disputing parties, are not able to participate in or contest the decisions of this Tribunal as of right.* »⁸⁹⁶.

Ainsi, en démontrant qu'ils sont directement intéressés par le litige par la preuve des faits qui les impliquent et par la présentation de leurs droits menacés par l'investissement, les tiers intervenants apportent une dimension sociale restrictive au différend. Cette dimension sociale est essentiellement restreinte du fait des arguments visés et sont orientés vers la défense des droits sociaux visés. Il n'y a pas à perdre de vue que l'intérêt de l'intervention ne

⁸⁹³ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Petition for Amicus Curiae, 27 November 2006, op. cit. p. 7.*

⁸⁹⁴ *Piero Foresti and Others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Petition for Limited Participation as Non-disputing Parties, 17 July 2009, op. cit p. 4.7.*

⁸⁹⁵ *Borders Timbers and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case N° ARB/10/25, Procedural Order N°2, 26 June 2012, para. 20.* L'affaire *Bear Creek* se rapproche de l'affaire *Borders Timbers* sur ce point que les pétitionnaires y défendent aussi les droits à la terre (à un caractère collectif) et le droit à l'information et à la consultation en tant que droits des peuples autochtones.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, para. 21.

réside pas seulement dans la présentation d'une perspective sociale. Elle tient aussi à la prise en compte de celle-ci dans la décision finale. L'argumentation juridique est de ce point de vue indispensable pour le succès de l'intervention.

2. La défense des obligations étatiques relatives aux droits sociaux

Les arguments juridiques relatifs aux droits sociaux soutenus dans les mémoires des tiers intervenants (ou dans les demandes d'admission) sont relativement variés, les pétitionnaires n'hésitant pas à recourir à plusieurs types d'arguments. Même si les arguments sont souvent développés, des choix s'imposent en raison des exigences de présentation des mémoires, notamment la limitation du nombre de pages prescrite par certains tribunaux. Dans le contenu, les mémoires ne recourent pas seulement à des arguments fondés sur les droits de l'homme. Certains arguments peuvent toucher à la compétence, ils tendent alors à contester la compétence du tribunal pour connaître du litige et la qualité pour agir devant ce tribunal⁸⁹⁷.

Une caractéristique commune à presque tous les mémoires est l'appui que ceux-ci apportent à la position d'une partie au différend, généralement l'État. Les *amici* tentent de soutenir les arguments de l'État et d'étayer ses prétentions. L'alignement des arguments sur la position de l'une des parties permet de rester dans le cadre du litige. Il peut également favoriser le succès de l'argument par sa considération par le tribunal. Ainsi la tendance générale des *amici* à soutenir les prétentions étatiques (a) se double d'une tendance à diversifier les arguments mis en exergue (b).

a. La tendance au positionnement en faveur des prétentions étatiques

Le soutien aux prétentions de l'État s'explique aisément par le fait qu'elles sont le plus souvent favorables à la protection des droits sociaux, avec la réserve tenant au fait que cela ne suppose pas que l'État mettra effectivement en œuvre ses obligations en matière de droits sociaux. Tout se passe comme si une entente implicite permettait aux *amici* et à l'État de mettre la question des obligations étatiques envers les *amici* sous le boisseau le temps de faire front uni contre l'adversaire commun en la personne de l'investisseur.

⁸⁹⁷ Voir infra Section 1, Paragraphe 2 de ce chapitre.

Le soutien à l'État est souvent explicite et direct. Le soutien explicite apporté à l'État est une tendance forte dans les mémoires *d'amicus curiae*. Cela ne semble pas gêner les pétitionnaires qui à ce niveau de la procédure ne craignent pas que le tribunal rejette leur demande d'admission. Ainsi, des pétitionnaires dans l'affaire *Eli Lilly* ont affiché leur soutien à l'État canadien sans détour: «*In addition to Canada's arguments, Amici here address a number of considerations based on principles of international patent law and practice and the human right of access to affordable medicines that the Government of Canada either did not address or elaborate*»⁸⁹⁸.

La raison de ce soutien semble évidente : contrairement à celui de l'investisseur, le comportement étatique est supposé prendre en compte la protection des droits sociaux. Mais la lecture des mémoires montre que les *amici* vont au-delà de la simple supposition, pour saisir concrètement dans le cas d'espèce le comportement étatique favorable à la protection des droits sociaux. Dans l'affaire *Pac Rim*, les pétitionnaires, en demandant le rejet de la compétence du tribunal, ont estimé que l'acceptation de la compétence par le tribunal reviendrait à sanctionner l'État pour avoir rempli ses obligations en matière de droits sociaux⁸⁹⁹. Allant dans l'argumentation au fond, les pétitionnaires ont soutenu que «*human rights obligations relating to investment require that El Salvador design and apply a legal framework to ensure the full enjoyment of fundamental rights threatened by risky activity of the parties* ». Le comportement de l'État salvadorien a été positivement apprécié par les pétitionnaires : ils ont estimé que la mise en place d'un cadre réglementaire protégeant contre les accidents environnementaux qui pourraient avoir un impact sur la jouissance des droits de l'homme était une obligation de droits de l'Homme et n'était pas un acte international illicite. En outre, ce cadre réglementaire relevait de la mise en œuvre par l'État de son obligation fondamentale de protéger les droits sociaux contre les atteintes provenant des personnes privées⁹⁰⁰. C'est dans la même logique que semble s'inscrire le mémoire des *amici* dans l'affaire *Bear Creek*. Ceux-ci ont, en effet, tenté de justifier le comportement de l'État péruvien par celui de l'investisseur, car, argumentaient-ils, le non-respect par l'investisseur des règles à observer vis-à-vis des populations locales a conduit l'État à prendre des mesures pour protéger sa population dans le contexte de conflit social occasionné

⁸⁹⁸ *Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae Submission by Dr. Burcu Kilic, Professor Brook K. Baker, Professor Cynthia Ho and Mr. Yaniv Heled, 12 February 2016, op. cit. p.1.*

⁸⁹⁹ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case N°. ARB/09/12, Submission of Amicus Curiae on the Merits of the Dispute, 25 July 2014, op. cit., p. 20.*

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

par le comportement de l'investisseur⁹⁰¹. Ce soutien justifié est également évident dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay* dans laquelle le mémoire a conclu que les mesures prises par l'Uruguay s'appuyaient sur des preuves scientifiques montrant l'impact de la publicité sur la réduction de la consommation du tabac et confirmant que l'interdiction de la proposition de plusieurs variantes d'une même marque de cigarettes réduit le risque de consommation de cigarettes de qualité nuisible. Aussi, « (t) hese bodies of evidence, which are consistent with state practice, support the conclusion that the Uruguayan measures in question are effective means of protecting public health»⁹⁰².

Il arrive rarement que ce soutien ne soit pas explicite. Il paraît quelquefois même inexistant. Dans l'affaire *Borders Timbers*, les pétitionnaires ont affirmé que les deux parties au différend ont une responsabilité partagée vis-à-vis des communautés qui détiennent des droits à la terre en vertu du droit international et que le tribunal devrait appliquer le droit international des droits de l'homme parallèlement au TBI pour prendre en compte les obligations des parties⁹⁰³. Indirectement, les pétitionnaires se montraient méfiants vis-à-vis de l'État. Leur espoir repose alors sur le tribunal arbitral.

Cette dernière position n'étant pas courante, les pétitionnaires marquent le plus souvent leur soutien à la position de l'État. Loin d'être redondants, leurs arguments constituent un apport important s'agissant notamment des arguments de droits de l'homme qui ne sont pas souvent déployés par l'État. Ils sont en général diversifiés.

b. La tendance à la diversification des arguments de droits sociaux

Le choix des arguments est essentiellement guidé par la recherche de l'efficacité. L'objectif du succès de la « prétention générale » détermine le choix des arguments. On comprend dès lors que les mémoires de soumission n'aient pas uniquement retenu que des arguments de droits de l'homme pour rechercher la protection des droits sociaux. À côté de

⁹⁰¹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú*, ICSID Case No. ARB/14/21, Amicus curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment - Puno and Carlos Lopez (Non-disputing Parties), 9 May 2016, op. cit., p.16.

⁹⁰² *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Written Submission by the World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, 28 January 2015, op. cit., p. 25.

⁹⁰³ *Borders Timbers and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case N° ARB/10/25, Procedural Order N°2, 26 June 2012, op. cit., para. 25ss.

certain arguments typiques du droit des droits de l'Homme (b.1), on en retrouve d'autres fondés sur les règles du droit des investissements (b.2).

b. 1. La prédilection des arguments relevant du droit international des droits de l'homme

Les arguments fondés sur les droits de l'homme sont fréquents dans les mémoires des *amici curiae*. Le caractère spécial du forum juridictionnel impose, dans une certaine mesure, une manière particulière de présenter ce type d'arguments. L'instance arbitrale n'est pas une juridiction internationale de protection des droits de l'Homme ni une cour nationale. Si le droit international des droits de l'Homme reconnaît aux individus un droit d'accès à la justice pour défendre leurs droits, ce droit s'exerce principalement dans le cadre national ; et par subsidiarité, devant les cours régionales de protection des droits de l'homme. En pratique, l'exercice de ce droit permet à un individu de porter une réclamation contre son État devant les juridictions nationales. Dès lors, lorsque la réclamation n'est plus dirigée contre l'État, les moyens juridiques tendent à être limités. C'est bien le cas ici : les *amici* tendent à soutenir la prétention étatique contre la réclamation de l'investisseur.

Concrètement, l'argument relatif à l'interprétation large du droit international revient souvent dans les mémoires soumis. Les *amici* soutiennent alors la position de l'État ou demandent que l'État agisse en faveur de la protection de leurs droits en mettant en œuvre ses obligations internationales en matière de droits sociaux. Une illustration peut être apportée par l'affaire *Glamis Gold* qui est relative à un investissement minier dans une région californienne habitée par les tribus indigènes depuis les temps immémoriaux⁹⁰⁴. Ces dernières ont demandé à l'État américain de prendre en compte ses obligations internationales en matière de droits des peuples autochtones. Elles ont soutenu en conséquence la licéité des mesures prises en faveur de leurs intérêts, de ceux des citoyens californiens et de l'environnement. Aussi ont-ils demandé que le tribunal interprète les dispositions de l'ALENA de manière à incorporer dans ce droit applicable les normes du droit international pertinentes conformément aux règles coutumières d'interprétation de la convention de Vienne sur le droit des traités entre États. Car, « *under NAFTA Article 1131 (1), the Tribunal is required to be mindful of how it construes the provisions at issue in this claim, Articles 1105 and 1110, so that they do not require or authorize State conduct of the kind that would conflict with international norms protecting indigenous people generally, and the citizens of the Quechan Tribe in particular. Such an approach is the only way*

⁹⁰⁴ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Quechan Indian Nation, 19 August 2005*», *op. cit.*, p. 4.

to ensure consistency in wider public international law and is also mandated in the customary international law rules on treaty interpretation, as restated in Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties»⁹⁰⁵. Dans l'affaire *Methanex*, les *amici* ont également demandé au tribunal d'interpréter les dispositions du chapitre 11 de l'ALENA à la lumière des objectifs de l'accord qui incluent la protection de l'environnement⁹⁰⁶ ou en tenant compte des obligations étatiques en matière de droits de l'homme, en l'occurrence du droit à la santé⁹⁰⁷.

Les obligations étatiques en matière de droits de l'homme et leur confrontation aux obligations découlant du droit international des investissements sont également évoquées et soutenues par les pétitionnaires dans l'affaire *Foresti*. Bien que soutenant que le gouvernement a agi en se conformant à la Constitution sud-africaine, les pétitionnaires ont observé que le litige soulève des enjeux juridiques faisant appel au droit international des droits de l'homme. Ils ont alors évoqué des enjeux internationaux de lutte contre la discrimination et de promotion des droits économiques et sociaux pouvant conduire un État à imposer à l'investisseur de respecter diverses normes sociales et environnementales⁹⁰⁸. Ce faisant, les pétitionnaires se sont positionnés en faveur de la cause de l'État ; cet alignement apparaît très clairement dans leur identification du problème juridique et dans les moyens soulevés. Au titre de l'identification du problème juridique posé au tribunal, les pétitionnaires se sont posé la question de savoir si les mesures critiquées pouvaient conduire à retenir la violation des règles de traitement juste et équitable ou de l'interdiction de l'expropriation indirecte lorsque ces mesures étaient non seulement permises, mais également imposées par la Constitution et le droit international des droits de l'homme⁹⁰⁹. Aussi, se sont-ils demandé dans quelle mesure l'histoire du pays, la proportionnalité des mesures à l'objectif poursuivi, leur légalité constitutionnelle et internationale pouvaient affecter l'interprétation du standard du traitement juste et équitable. Ils ont préconisé, dans le souci d'aider le tribunal à bien répondre à ces questions, de considérer comme faisant partie du droit applicable - même si celui-ci était déjà déterminé par le BIT - la Constitution et le droit international des droits de l'homme. Cela permettrait d'éviter un double

⁹⁰⁵ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Non-Disputing Supplemental Submission of Quechan Indian Nation, 16 October 2006*, p. 8.

⁹⁰⁶ p. 4-6; *Methanex Corporation v. United States of America, Submission of Non-Disputing Parties (Bluewater Network and Others)*, 9 March 2004, para. 66 ss.

⁹⁰⁷ *Methanex Corporation v. United States of America, Submission of Non-Disputing Parties (Bluewater Network and Others)*, 9 March 2004, op. cit., p.7-9.

⁹⁰⁸ *Piero Foresti and Others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Petition for Limited Participation as Non-disputing Parties, 17 July 2009, op. cit., para. 4.7.*

⁹⁰⁹ *Ibid.*, para. 4.11.

conflit: le conflit entre les obligations internationales en matière de droits de l'Homme et les obligations étatiques en vertu des accords d'investissement d'une part, le conflit éventuel entre les décisions des cours nationales et celle du tribunal à propos de la conciliation des différentes obligations étatiques⁹¹⁰.

Il découle de ces exemples que l'argument relatif à l'application du droit international des droits de l'homme en tant que partie du droit applicable est le principal moyen de défense auquel recourent les *amici* dans le contexte de l'arbitrage d'investissement. Ils n'en font pas pour autant un argument exclusif.

b.2. Les arguments fondés sur les règles du droit des investissements

Le raisonnement juridique soutenu ne s'appuie pas toujours sur des arguments du droit international des droits de l'homme. Cette situation est intéressante dans la mesure où elle dénote une insertion de la défense des *amici* dans la logique et l'objet du différend. Les arguments de prédilection ici se forment autour de la revendication du respect de la liberté réglementaire de l'État et de l'interprétation des standards de protection des investissements de manière à prendre en compte l'intérêt général.

L'argument relatif à la liberté réglementaire revient souvent dans les mémoires. Dans l'affaire *Glamis Gold*, des pétitionnaires se sont appuyés sur les *police powers* et la disposition conventionnelle (article 1114 [1]ALENA) reconnaissant une liberté réglementaire de l'État en matière de protection de l'environnement⁹¹¹. Dans leur mémoire présenté dans l'affaire *Eli Lilly*, des *amici* ont également fait remarquer que le changement de législation en matière de brevets dans lequel le demandeur a vu une atteinte à ses attentes légitimes relevait du pouvoir réglementaire de l'État⁹¹². Enfin, dans le mémoire présenté dans l'affaire *Philip Morris* par l'OMS, les arguments juridiques ont indirectement découlé de la présentation de la Convention-cadre. Les 180 États parties y affirment leur droit de protéger la santé publique et leurs obligations concomitantes (agir à travers les prix et taxes sur les produits tabagiques, réglementer la composition des produits, leur exposition et leurs emballages, adopter des

⁹¹⁰ *Ibid.*, para. 4.14 ss.

⁹¹¹ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Amicus Curiae Application of Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States, 30 September 2005, op. cit.*, p. 17.

⁹¹² *Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae Submission by Dr. Burcu Kilic, Professor Brook K. Baker, Professor Cynthia Ho and Mr. Yaniv Heled, 12 February 2016, op. cit.*, p. 6 ss.

directives pour la mise en œuvre de certaines mesures...)⁹¹³. Les *amici* ont alors rappelé la Déclaration de la Conférence des États parties dans laquelle les États reconnaissent que les mesures de mise en œuvre relèvent du pouvoir souverain des États de réglementer dans l'intérêt public, dont la santé publique⁹¹⁴.

Au-delà de la simple invocation de l'argument, les *amici* n'ont pas hésité à s'attarder sur la nature et la portée de la règle en question lorsque son interprétation par l'investisseur leur semble problématique. Le débat a été amené par un pétitionnaire dans l'affaire *Methanex*. Le droit de réglementer y a été lu comme un droit souverain qui peut être considéré comme l'un des « *four foundational elements of statehood in international law* »⁹¹⁵. Particulièrement, l'IISD a tenu à préciser que les accords internationaux d'investissement n'ont pas créé ce droit, mais ont seulement apporté des restrictions (acceptées par les États) à son exercice. En conséquence, souligne-t-il, l'obligation pesant sur un État d'édicter des restrictions protectionnistes ne relève pas du droit international général⁹¹⁶.

S'agissant de l'argument fondé sur l'interprétation des standards de protection des investissements, il intervient souvent (mais non uniquement) en présence de l'allégation de l'investisseur fondé sur les attentes légitimes dont la violation aurait entraîné, toujours selon l'investisseur, une violation par l'État du traitement juste et équitable ou de l'interdiction de l'expropriation indirecte. Dans l'affaire *Glamis Gold*, outre la revendication de l'application du droit international relatif aux droits des peuples autochtones, les *amici* ont soutenu que l'investisseur ne pouvait pas prétendre à des attentes légitimes dont la violation entraînerait celle de l'interdiction de l'expropriation indirecte⁹¹⁷. D'ailleurs, l'argument selon lequel le droit applicable doit incorporer les normes du droit international relatives aux droits des peuples autochtones découle de l'interprétation du standard de traitement minimum de l'article 1105 (1) ALENA (« *treatment in accordance with international law* ») et de la considération que les

⁹¹³ Voir les articles 6 et suivants de la Convention-Cadre OMS sur la lutte anti-tabac.

⁹¹⁴ *Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, *Written Submission by the World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat*, 28 January 2015, *op. cit.*, p. 6, para. 20.

⁹¹⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, *Amicus Curiae Submissions by the International Institute for Sustainable Development*, 9 March 2004, *op. cit.*, p. 2.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 3-4.

⁹¹⁷ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America*, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, *Non-Disputing Supplemental Submission of Quechan Indian Nation*, 16 October 2006, *op. cit.*, p.13-14.

droits des peuples autochtones relèvent du droit international coutumier⁹¹⁸. Mais c'est surtout le mémoire présenté par *Sierra Club* qui s'est montré le plus incisif en la matière. Les pétitionnaires y ont détaillé, en se fondant sur des arguments juridiques précis illustrés par des éléments factuels du cas d'espèce (études, mesures réglementaires, décisions de justice), les raisons pour lesquelles le comportement de l'État ne pouvait être considéré comme violant le standard de traitement minimum ni constitutif d'expropriation indirecte. Chaque standard est analysé dans ses aspects définitionnels tels qu'ils sont interprétés par les tribunaux de l'ALENA⁹¹⁹. Il en est de même du standard de traitement national dans l'affaire *Methanex* dans laquelle l'IISD s'est opposée à l'importation dans l'arbitrage d'investissement de l'interprétation du critère de la similarité en droit commercial international de l'OMC⁹²⁰.

Ainsi, les arguments renforçant la prétention de l'État comptent à la fois des arguments fondés sur les droits de l'homme et des arguments qui tout en reposant sur les règles de protection des investissements contribuent également à la défense des droits sociaux.

De façon générale dans leurs mémoires, les *amici curiae* parviennent à dérouler les éléments essentiels du régime juridique des droits sociaux. D'un côté, ils présentent les droits sociaux en jeu dans l'opération d'investissement et le processus de requalification des faits dans une perspective processuelle. De l'autre, ils confirment la responsabilité première des États dans la protection de ces droits et mobilisent les moyens juridiques disponibles à cet effet. Au final, ils assument l'affirmation que ce régime s'applique en droit international des investissements. Au regard de tout cela, la socialisation favorisée par la procédure de la tierce intervention est à saluer à sa juste mesure. Au regard de tout cela, la socialisation favorisée par la procédure de la tierce intervention est à saluer à sa juste valeur.

À titre de comparaison, la propension des *amici* à évoquer dans leurs mémoires les droits sociaux et à revendiquer leur protection par divers arguments juridiques marque une différence d'avec la rareté du recours à des arguments de protection des droits sociaux par l'État. La

⁹¹⁸ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Quechan Indian Nation, 19 August 2005, op. cit.*, p. 9 ss.

⁹¹⁹ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Non-Disputing Parties Sierra Club and Earthworks, 16 October 2006, op. cit.*,

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 12ss. Voir également sur intention legitime: *Methanex Corporation v. United States of America, Submission of Non-Disputing Parties (Blewater Network and Others), 9 March 2004, op. cit.*, p. 10 ss.

particularité de ces mémoires illustre ainsi l'importance de reconnaître une place importante à ces « amis de la cour » dans l'arbitrage d'investissement.

B. La présentation sommaire des moyens de défense des droits sociaux par l'État

La socialisation favorisée par les arguments de l'État défendeur est présentée comme la forme idéale en raison de la responsabilité première des États en matière de protection des droits sociaux. Cette responsabilité principale est juridique : les États se sont engagés par des conventions internationales à respecter, protéger et mettre en œuvre les droits sociaux dans leurs ordres juridiques. Il est alors normal d'espérer qu'ils répondent à ces engagements en agissant en tant que *Parens patriae* des titulaires de droits sociaux.

Dans la pratique, cette attente reste encore à satisfaire. Le comportement des États à cet égard présente des insuffisances à un double niveau. Celles-ci apparaissent d'abord au niveau de la rareté du recours des États à des arguments relatifs à leurs obligations en matière de droits sociaux. Elle l'est ensuite par la qualité relativement faible des arguments relatifs à ces obligations étatiques lorsqu'ils existent. Ce second point est manifeste dans les décisions des tribunaux d'investissement⁹²¹.

Globalement, l'invocation des arguments de droits de l'homme en vue de la protection des droits sociaux par les États dans le contentieux arbitral n'est pas une pratique répandue. Elle revêt d'ailleurs un caractère récent datant des affaires relatives à la crise économique vécue par l'Argentine à la fin de la décennie 90. Les premières tentatives ont révélé une faible argumentation traduisant une négligence des États ou exprimant une conviction naïve dans la « toute puissante autorité » de l'argument de droits de l'homme. L'échec de ces arguments a eu un effet dissuasif sur les États, déjà peu enclins à recourir aux arguments de droits sociaux. Malgré le faible nombre de cas contentieux, il reste toutefois possible d'identifier un progrès qualitatif se dessinant dans la prise de conscience que l'argument relatif aux droits sociaux n'est pas un argument d'autorité à l'égard duquel les tribunaux sont supposés manifester une déférence totale. La rareté des cas d'invocation des arguments de droits de l'Homme ne permet cependant pas de viser comme ligne de présentation une démonstration de cette évolution qualitative. Celle-ci apparaît, somme toute, dans un exposé qui permet de montrer une relative

⁹²¹ Voir à ce dernier propos la section II de ce chapitre.

diversification des techniques juridiques de présentation des arguments de droits sociaux. Les développements qui suivent peuvent être résumés dans l'idée que la protection des droits sociaux sert de moyen de défense du comportement illicite de l'État. Cela se fait par la mise en avant des obligations étatiques en matière de droits sociaux (1) ou tout simplement par le recours aux moyens de défense du droit international général (2).

1. Le moyen de défense fondé sur l'argument relatif à la mise en œuvre des obligations sociales

L'État invoque ses obligations internationales ou constitutionnelles relatives aux droits sociaux comme une justification à la violation alléguée de ses obligations découlant des traités ou des contrats d'investissement. Il recourt à cet effet à deux techniques principales.

La première technique est l'interprétation systémique du droit applicable au fond du différend lorsque ce droit est le droit international. C'est le cas lorsque le droit applicable est le TBI. Elle a déjà été relevée dans les arguments des *amici curiae*. Elle présente davantage de pertinence lorsqu'elle est invoquée par l'État.

Les États ne manquent pas l'occasion de revendiquer son application en tant que moyen de conciliation des obligations étatiques dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. Dans une affaire devant la Cour permanente d'arbitrage qui a opposé un investisseur de nationalité américaine à l'État de Bolivie, ce dernier a estimé qu'il revenait au tribunal arbitral de déterminer le droit applicable en l'absence d'accord entre les parties. En ce sens, il a soutenu que « *in the exercise of its broad discretion, the Arbitral Tribunal must conclude that, given the extraordinary factual circumstances described in the previous section, it will not only be appropriate but also necessary to interpret the Treaty in light of the sources of international and internal law that guarantee the protection of the rights of the Indigenous Communities that live in the Project area* »⁹²². L'interprétation systémique est ainsi vue par les États défendeurs comme un moyen de conciliation des obligations relatives aux droits sociaux avec les engagements découlant des traités d'investissement. Certes, les États assument qu'il existe un conflit entre les obligations, mais ils ne semblent pas y voir un conflit au sens strict. L'accent mis sur l'interprétation systémique est un aveu de la possibilité de résolution du conflit. Elle est

⁹²² *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Objections to Jurisdiction, Admissibility and Counter-memorial on the Merits, 31 March 2015, para.192.*

considérée comme une « *application against the conflict of norms* ». Cette affirmation se fonde d'ailleurs sur la conviction qu'un engagement conventionnel n'est pas un acte internationalement illicite : « *One must assume that a treaty does not violate the parties' international obligations, and because of that, it is necessary to interpret it in a consistent manner with those obligations.* »⁹²³.

Mais les conséquences juridiques positives que les États défendeurs attendent de l'application de cette technique interprétative qu'il fonde sur la Convention de Vienne et les travaux de la Commission du droit international vont loin, et sont parfois discutables. Par exemple, l'État bolivien, dans l'affaire *South American Silver*, tire de l'interprétation systémique deux conclusions.

La première conclusion consiste à soutenir l'idée que l'applicabilité d'un traité de droits de l'homme ne doit pas être décidée en prenant en considération le fait que l'État défendeur et l'État de nationalité de l'investisseur sont parties au traité en cause. Cela revient à écarter une règle fondamentale du droit des traités entre États.

Plus généralement, lorsqu'ils invoquent les arguments relatifs aux droits sociaux, les États tentent de présenter l'exécution des obligations internationales relatives aux droits de l'homme comme une priorité. Cette hiérarchisation des obligations semble conduire à négliger le besoin de développer et de construire suffisamment l'argument de défense des droits sociaux. Dans l'affaire *Suez*, l'Argentine a ainsi soutenu qu'elle a adopté les mesures critiquées afin de sauvegarder le droit à l'eau de la population. Elle a précisé que « *(b) ecause of the fundamental role of water in sustaining life and health and the consequent human right to water, it maintains that in judging the conformity of governmental actions with treaty obligations this Tribunal must grant Argentina a broader margin of discretion in the present cases than in cases involving other commodities and services* »⁹²⁴. Cette affirmation fort discutable est symptomatique des attentes excessives que les États tendent à fonder sur une spécificité des droits de l'homme. Cela conduit à la seconde conclusion.

⁹²³ *Ibid.*, para. 197.

⁹²⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 252.*

La deuxième conclusion consiste à affirmer qu'en cas de conflit entre les obligations de protection des droits de l'homme et celles des traités d'investissement, les premières doivent l'emporter sur les secondes. Cette position appelle deux observations.

D'abord, le lien établi avec l'interprétation systémique est problématique dans la mesure où le respect de la supériorité des obligations des traités de droits sociaux sur d'autres obligations conventionnelles étatiques suppose que cette hiérarchie soit préalablement établie en droit international. Or, le fondement de cette position en droit international est incertain et injustifié. Le défendeur s'est contenté de citer une décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et s'est référé de façon discutable aux travaux de la CDI et aux obligations *erga omnes*⁹²⁵. Dans certains cas, la justification est inexistante. Dans les affaires qui l'ont opposée à divers investisseurs, notamment américains, l'Argentine a soutenu que l'adoption des mesures critiquées répondait à ses obligations internationales et constitutionnelles en matière de droits de l'homme. Dans l'affaire *Azurix* par exemple, l'État argentin s'est défendu en s'appuyant sur le défaut de bonne exécution par l'investisseur de ses obligations contractuelles relatives à la fourniture de l'eau potable. Il a reproché à l'investisseur l'insuffisance en qualité et en quantité de l'eau fournie aux populations⁹²⁶. En se référant à ses obligations de protection de la santé publique et de la satisfaction des besoins en eau des populations, l'Argentine a soutenu que le conflit qu'elle lisait dans le rapport entre les obligations en vertu des traités de droits de l'Homme et celles découlant des traités d'investissement devait être résolu en faveur des premières. Mais sa justification de la prévalence des obligations de droits de l'Homme ne convainc pas parce qu'elle est bien simpliste. À suivre attentivement le défendeur, le fondement de la hiérarchisation des obligations est plus moral que juridique : « *the Respondent also raises the issue of a conflict between the BIT and human rights treaties that protect consumers' rights. According to Argentina's expert, a conflict between a BIT and human rights treaties must be resolved in favor of human rights because the consumers' public interest must prevail over the private interest of service provider* »⁹²⁷.

Relativement développé dans l'affaire EDF, l'argument s'est vu greffer une difficulté supplémentaire résidant dans la justification incertaine de la nature de *jus cogens* des droits

⁹²⁵ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Objections to Jurisdiction, Admissibility and Counter-memorial on the Merits, 31 March 2015, op. cit.*, para. 203-207.

⁹²⁶ *Azurix Corp. v Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006*, p 129 ss.

⁹²⁷ *Ibid.*, para. 234.

sociaux dont la protection est recherchée devant le tribunal arbitral. Pour l'État argentin, « *it was necessary to enact the Emergency Tariff Measures in order to guarantee the free enjoyment of certain basic human rights 'such as, inter alia, the right to life, health, personal integrity, education, the rights of children and political rights' which were 'directly threatened by the socio-economic institutional collapse suffered by the Argentine Republic, where tens of people lost their lives, the right to health, to personal integrity, to work and safety'. [...]. (t) he non-derogable nature of such rights is said to be conclusive evidence that they are tantamount to jus cogens* »⁹²⁸.

Ainsi, pour assurer la prévalence des obligations en matière de droits de l'homme, l'État défendeur a élevé des droits sociaux au statut de normes indérogeables. Ce qui pose la question de l'autorité d'une telle affirmation. Or, sur ce point, l'État défendeur n'apporte aucun argument de nature conventionnelle ni jurisprudentielle. La conséquence juridique que l'État argentin tire de toutes ses affirmations est la conclusion que « *measures enacted to safeguard the free enjoyment of human rights should never result in international responsibility* »⁹²⁹, et cela, même s'il en résulte une violation des traités d'investissement.

En fin de compte, la position soutenue paraît être aux antipodes de la revendication d'application du principe de l'interprétation systémique, puisque la position de l'État vise essentiellement à remplacer la norme applicable. En outre, nous avons tenté de cerner les limites de l'interprétation systématique dans le cadre du chapitre II. Les risques relevés à cette occasion permettent de rappeler ici que l'interprétation systémique est moins une technique de résolution des conflits de normes ou d'obligations et plus un outil de cohérence du système international.

La seconde technique est le recours au droit national comme canal par lequel le droit applicable incorporerait les obligations étatiques en matière de droits sociaux. Les points sur lesquels le droit national peut être convoqué sont nombreux. Ils portent sur la détermination de l'existence de l'intérêt public dans l'analyse de l'expropriation⁹³⁰ ou sur l'établissement de la violation du TJE⁹³¹ ou encore sur l'appréciation de la légalité de l'investissement⁹³². Dans

⁹²⁸ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, para. 192-194*

⁹²⁹ *Ibid.*, para. 194.

⁹³⁰ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, para. 354 ss.*

⁹³¹ *Ibid.*, para. 429, 430, 432. Voir le chapitre 6 de cette thèse.

⁹³² *Ibid.*, para. 210 ss. Voir le chapitre 8 de cette thèse.

d'autres affaires, l'importance du droit national est appréciable à travers la lecture que l'État défendeur fait des rapports entre son droit interne et le droit international. Lorsque la constitution nationale établit la supériorité des normes constitutionnelle sur les traités internationaux dans l'ordre juridique interne, le droit national qui incorpore les traités de protection des droits de l'homme se voit reconnaître une autorité supérieure au traité parce qu'il est le droit applicable. Dans cette hypothèse, la solution au conflit des obligations est toute trouvée. Dans l'affaire *Siemens*, l'Argentine se défendait en affirmant que « *while treaties override the law, they are not above the Constitution and must accord with constitutional public law. Only some basic treaties on human rights have been recognized by a 1994 constitutional amendment as having constitutional standing and, therefore, in the Respondent's view, stand above ordinary treaties such as investment treaties. It is further argued that, as the economic and social crisis that affected the country compromised basic human rights, no investment treaty could prevail as it would be in violation of such constitutionally recognized rights.* »⁹³³. Supposons pour le besoin du raisonnement qu'un tel argument soit pertinent, son utilité est réduite par la faible place souvent reconnue au droit national en tant que droit applicable au différend. Dans l'affaire *Siemens*, l'Argentine a dû justifier l'application du droit national par un prétendu défaut du choix de droit applicable par les parties⁹³⁴. Or, en présence d'un traité bilatéral d'investissement, la détermination du droit applicable, dans les circonstances évoquées, se fait rarement en faveur du droit national.

Les deux techniques renferment finalement des difficultés évidentes, mais superficielles, et dont la prise de conscience permettra de mieux présenter les arguments de droits de l'homme. Globalement, à ce stade, il est possible de retenir que la présentation de l'argument demandant l'application par le tribunal du droit international ou du droit national

⁹³³ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 114.

⁹³⁴ « *Argentina contends that there is no express agreement between the parties as to the law applicable to the dispute and that the Treaty does not indicate the law to be applied and, therefore, the Tribunal should apply the municipal law of Argentina. In this respect, Argentina affirms that the constitutional law of Argentina is the first source of law to be applied, and explains that the Argentine Constitution recognizes the right to property and the right of the State to regulate it provided it is done by law and subject to principles of reasonableness and equality. As further explained by Argentina, these principles mean that restrictions on individual rights must be warranted by the facts and meet a social necessity or convenience and the limitation must be in line with the ends sought. Argentina further points out that, under Article 75(22) of the Constitution, treaties rank above the law and, under Article 27, treaties must conform to the principles of public law set by the Constitution. Argentina draws to the Tribunal's attention that the constitutional reform of 1994 recognized a number of international instruments on human rights to have constitutional rank. Argentina claims that the human rights so incorporated in the Constitution would be disregarded by recognizing the property rights asserted by the Claimant given the social and economic conditions of Argentina.* » (*Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para.74-75).

relatif aux droits de l'Homme n'est pas sérieusement argumentée. Cette observation rend difficile l'affirmation qu'il existe un réel problème juridique relatif à la concrétisation de l'applicabilité du droit international des droits de l'Homme dans une espèce donnée. En d'autres termes, il est fort possible que la pratique de l'invocation de cet argument conduise les tribunaux à reconnaître la place du droit international ou du droit national relatifs aux droits de l'Homme dans le droit applicable en fonction de la spécificité de la clause du droit applicable. Des problèmes plus fondamentaux apparaissent lorsque l'État invoque certains moyens de défense relevant du droit international général en vue de protéger les droits sociaux.

2. Les moyens de défense tirés du droit international général

Il arrive aussi que l'État défendeur tente d'inscrire la défense des droits sociaux dans des arguments relevant du droit international général. La pertinence de cet argument dépend de la manière dont l'État explique le lien entre les droits sociaux et les règles du droit international général en question. Elle devra s'apprécier donc au cas par cas. Deux illustrations peuvent être fournies à ce propos.

La première est le cas de l'argument de l'état de nécessité. L'État défendeur justifie son comportement en invoquant une situation d'extrême gravité s'imposant à lui comme un état de nécessité. Malheureusement les conditions requises pour l'invocation de l'état de nécessité en droit international coutumier, parce qu'elles sont cumulatives⁹³⁵, imposent un standard élevé de preuve à atteindre par l'État qui invoque ce moyen de défense. Les affaires argentines confirment bien cette affirmation. Elles montrent également une difficulté supplémentaire tenant aux appréciations divergentes des conditions de l'état de nécessité en présence de mêmes circonstances factuelles⁹³⁶. L'intérêt du recours à l'argument de l'état de nécessité réside peut-être dans ses potentialités. Son usage soulève en effet deux questionnements dont le

⁹³⁵ « Ainsi, d'après la Commission, l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions » (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J., 25 septembre 1997, Recueil 1997, p. 7, para. 51).

⁹³⁶ Voir la divergence dans l'appréciation des tribunaux arbitraux chargés de différends découlant des affaires argentines : *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005 ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006 ; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. Argentina*, Award, ICSID Case No. ARB/01/3, 22 May 2007; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

développement contentieux dans des affaires futures pourrait être favorable à la cause des droits sociaux.

Le premier questionnement consiste à se demander si les traités d'investissement, lorsqu'ils contiennent des dispositions faisant référence à l'état de nécessité, constituent une *lex specialis* par rapport au droit coutumier⁹³⁷. L'intérêt de la question réside dans l'allègement des conditions requises pour une invocation réussie de ce moyen de défense. L'État argentin a soutenu un tel argument dans l'affaire *Sempra* à propos de l'article XI du TBI conclu entre l'Argentine et les États-Unis d'Amérique. Cet article dispose que « *(t) his Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.* ». Le débat, hautement technique, entre les experts des parties a tourné autour de la question de savoir s'il revenait à l'État ou au tribunal d'apprécier l'existence des conditions de mise en œuvre de cet article. Pour les experts juridiques de l'État défendeur, cette disposition constitue une *lex specialis* qui ne reprend pas les conditions de l'état de nécessité du droit coutumier⁹³⁸. L'État avait alors le droit d'apprécier de bonne foi les circonstances d'application de cet article. Dans cette logique, le contrôle du tribunal se limiterait donc à l'appréciation de la bonne foi de l'État qui a adopté les mesures critiquées.

Le second questionnement concerne l'inclusion des droits sociaux dans les exceptions relatives à l'ordre public ou aux « *essential security interests* ». La question s'est posée dans l'affaire *Sempra*, bien qu'elle n'ait pas porté directement sur les droits sociaux. L'expert du demandeur a adopté une définition restrictive des intérêts essentiels de sécurité qu'il a limitée aux mesures de sécurité militaire et de défense. Au contraire, les experts du défendeur ont soutenu que l'expression « ordre public » tend désormais à incorporer les mesures de protection de la santé et de la sécurité publique⁹³⁹.

⁹³⁷ Voir l'article 25 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

⁹³⁸ Voir *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, *Rejoinder Opinion of Anne-Marie Slaughter and William Burke-White*, 18 September 2005, para. 35-42. Contra (l'opinion de l'expert juridique de l'investisseur): *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, *Opinion of José E. Alvarez*, 12 September 2005, para. 52 ss.

⁹³⁹ « *This interpretation parallels the language in some other bilateral investment treaties, according to which "the maintenance of public order would include measures taken pursuant to a Party's police powers to ensure public health and safety"* (*Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, *Rejoinder Opinion of Anne-Marie Slaughter and William Burke-White*, 18 September 2005).

Traditionnellement, en l'absence des précisions dans les traités d'investissement, l'interprétation de l'ordre public peut ne pas inclure dans ses composantes les mesures de protection de la santé et de la sécurité publique. Toutefois, la situation de crise sanitaire a montré que les intérêts essentiels de la sécurité peuvent inclure la sécurité alimentaire et la sécurité sanitaire, et de la sorte, l'intérêt général social. À titre d'exemple, le filtrage ou l'admission des investissements prend désormais en compte, outre le secteur de la défense, les secteurs sensibles révélés par la crise sanitaire. Cela conduit à s'assurer du caractère national des entreprises de technologies, des entreprises pharmaceutiques ou encore des entreprises de grande distribution alimentaire. À l'occasion de son opposition au rachat de la société française de grande distribution, Carrefour, par la société canadienne Couche-Tard, le ministre français Bruno Le Maire a déclaré que « cette crise nous a appris une chose : c'est que la sécurité alimentaire n'a pas de prix »⁹⁴⁰.

La seconde illustration de la possibilité pour l'État d'inscrire la défense des droits sociaux dans des arguments relevant du droit international général vise les arguments classiques du droit international des investissements et qui sont relatifs au pouvoir de réglementer ou aux *police powers* de l'État. Dans l'affaire *Implegilo*, l'État argentin a ainsi couvert la défense du droit à l'eau sous l'argument de *police powers*. Il a ainsi avancé que « *(t) he measures adopted did not amount to expropriatory acts in violation of the BIT or of international law, and there was no significant deprivation of property. In addition, the regulatory actions taken by the Province and Argentina were lawful and proportionate. In this case, the regulatory powers of the State were particularly important in order to guarantee its inhabitants the human right to water* »⁹⁴¹.

Parce que ces règles ont acquis un caractère coutumier, elles sont plus susceptibles d'être appliquées par les tribunaux qui leur reconnaissent une pertinence en fonction des circonstances de leur invocation. En des termes triviaux, contrairement aux termes de « droits

⁹⁴⁰<https://information.tv5monde.com/info/le-gouvernement-francais-s-oppose-au-rachat-de-carrefour-par-le-groupe-canadien-couche-tard>, 15 janvier 2021. Voir également l'opposition de l'Italie à la vente de Agrifood à une société suisse contrôlée par une société chinoise : <https://www.efanews.eu/item/21622-golden-power-verisem-sale-to-syngenta-blocked.html>, 25 octobre 2021. Au niveau de l'Union européenne, dès le 25 mars 2020, la Commission européenne sortait des directives sur l'admission des investissements dans le contexte de crise sanitaire. Ces directives mettent l'accent sur les secteurs stratégiques (technologies de la santé, infrastructures de santé, approvisionnement, etc.) (*Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*).

⁹⁴¹ *Impegilo S.p.A v. Argentine Republic (I)*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para. 228.

sociaux » ou de « droits de l'homme », elles font parties du corps du lexique ou du dictionnaire de l'arbitrage d'investissement auxquels sont familiers les tribunaux d'investissement.

Pour prendre le cas des *police powers* dont l'origine est souvent liée à la doctrine des *Regulatory Takings* en droit constitutionnel américain⁹⁴², ils sont invoqués en cas d'allégation d'expropriation. Ils sont appréhendés comme un ensemble de prérogatives réglementaires reconnues à l'État et destinées à préserver l'ordre public, la santé, la moralité ou destinées tout simplement à prévenir des activités nuisibles. Ils constituent une exception à une règle bien établie : la règle de *Hull* qui impose la compensation prompte, adéquate et effective en cas d'expropriation⁹⁴³.

Dans l'affaire *Tecmed*, le tribunal soulevait la règle selon laquelle « *the State's exercise of its sovereign powers within the framework of its police powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable* »⁹⁴⁴. D'autres tribunaux ont confirmé la place des *police powers* en tant que moyen de soustraire de la qualification d'expropriation indemnisable une mesure étatique d'intérêt général⁹⁴⁵. La mesure étatique est considérée comme régulière ou comme une atteinte normale de l'investissement⁹⁴⁶.

En outre, il n'est pas discuté que les mesures de protection des droits sociaux sont incluses dans les mesures prises dans l'exercice des *police powers* de l'État, même si la doctrine de *police powers* est souvent présentée comme une exception à l'interdiction de l'expropriation

⁹⁴² Voir les références de la doctrine américaine souvent citées (FREUND E., *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*, Franklin Classics Trade Press, 2018 (Pour la première édition : FREUND E., *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, Callaghan, 1904) ; SAX J., « Takings and the Police Power », *Yale Law Journal*, vol. 74 (1 janvier 1964), n° 1 ; DUBBER M.D., *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005) et les arrêts importants de la cour suprême américaine sur lesquels les analyses s'appuient (voir par exemple : *U.S. Supreme Court, Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922) ; *U.S. Supreme Court, Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978).)

⁹⁴³ Voir PELLET A., « Police Powers or the State's Right to regulate », *op. cit.*, p. 448-449.

⁹⁴⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 119.

⁹⁴⁵ Voir *Methanex Corporation v. United States of America*, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Partie IV, chapitre D, para. 7 ; *Saluka Invs. B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL-PCA, Partial Award, 17 March 2006, para 267.

⁹⁴⁶ Voir de façon générale sur l'expropriation indirecte et les mesures d'intérêt général : ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010 ; NANTEUIL A. de, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014.

sans compensation⁹⁴⁷. Les *police powers* incluent les mesures de protection de l'intérêt général social même dans les cas où leur contenu est restrictivement défini. Un tribunal a ainsi relevé le contenu limitatif des *police powers* en distinguant deux catégories de *mesures de police powers* suivant sa lecture des sentences arbitrales. La première catégorie comprend les mesures « *that aim at enforcing existing regulations against the investor's own wrongdoings, such as criminal, tax and administrative sanctions, or revocation of licenses and concessions* ». La seconde catégorie qui intéresse la protection des droits sociaux « *consists of regulatory measures aimed at abating threats that the investor's activities may pose to public health, environment or public order. This line of case law relates to measures such as the prohibition of harmful substances, tobacco plain packaging, or the imposition of emergency measures in times of political or economic crises* »⁹⁴⁸.

Aussi, est-il stratégiquement intéressant pour l'État d'aligner dans un même argument la défense des droits sociaux et l'invocation de son pouvoir de réglementer ou de ses *police powers*. En outre, quel que soit le sort finalement réservé à l'argument par le tribunal arbitral, l'intérêt d'un tel alignement sera manifeste dans l'analyse que le tribunal accordera à l'argument de *police powers* ou de liberté réglementaire, car cette analyse conduira à traiter de la protection des droits sociaux en cause dans l'espèce.

La conclusion qui découle des choix argumentatifs de l'État est double. D'une part, il existe une limite à la défense des droits sociaux par des arguments de droits de l'homme. Elle se situe sur le plan qualitatif et tient au fait qu'aucun des arguments ne comporte des garanties de succès dans sa formulation actuelle. Il s'impose alors de rechercher, dans l'attente d'une évolution conventionnelle plus favorable, une amélioration de leur formulation de manière à permettre une effectivité des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. D'autre part, si certains arguments du droit international général présentent quelques garanties de succès, d'autres sont des bons arguments potentiels dont le succès est conditionné par leur intégration dans les TBI.

⁹⁴⁷ Voir *Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award, 2 August 2010*, para. 265; *Philip Morris Brands S`arl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award, 8 July 2016*, para. 298.

⁹⁴⁸ *Magyar Farming Company LTD, Kintyre KFT, and Inicia ZRT v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 July 2019*, para. 366.

En somme, il est possible de relever deux considérations. En premier lieu, grâce notamment aux mémoires des tiers (les amis de la cour) et de ceux de l'État, le contentieux arbitral reflète l'essentiel du régime juridique des droits sociaux. De nombreux arguments directement ou indirectement fondés sur les droits de l'homme ont servi à la défense des droits sociaux. Ceux-ci ont permis d'identifier dans les différentes espèces les titulaires de droits et les titulaires des obligations, le contenu des droits et le contenu des obligations. En second lieu, contrairement à l'impression que peut donner le sort de certaines affaires relatives aux droits sociaux, l'application du droit international des droits de l'Homme ne paraît pas représenter un problème juridique insurmontable. Tout comme dans le cas de certains arguments, la présentation ne répond pas souvent à une méthodologie rigoureuse de sorte à emporter la conviction du tribunal. Or, à l'absence d'une analyse rigoureuse de ces arguments par les tribunaux pour conclure à leur nature de difficultés juridiques, il est difficile de les considérer comme des obstacles juridiques à l'effectivité des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement.

En tout état de cause, en dépit de leurs limites respectives, les arguments des tiers intervenants et ceux de l'État dans leur ensemble révèlent des possibilités insoupçonnées de défense des droits sociaux dans le contentieux arbitral. Ils présentent le régime juridique des droits sociaux et son application en droit international des investissements tout en exposant une partie des difficultés dont la correction est nécessaire au succès de sa mise en œuvre. L'extension de leur application à l'investisseur permet de ce point de vue de cerner l'intégralité des difficultés et d'envisager les solutions possibles.

Paragraphe 2. La tentative d'extension du régime juridique des droits sociaux

Lorsque les mémoires des *amici* ou les arguments de l'État ne revendiquent pas seulement le respect des droits sociaux par l'État ou la liberté de ce dernier de mettre en œuvre ses obligations afférentes, mais émettent la prétention de rendre l'investisseur responsable des atteintes à ces droits, ils tendent à l'extension du régime juridique des droits sociaux. En effet, cela va au-delà de la traditionnelle relation État-individu que suppose la mise en œuvre des droits de l'homme. L'effet horizontal des droits de l'homme trouve, par là même, un terrain d'application.

Toutefois, tous les arguments ne constituent pas une tentative d'extension du régime juridique des droits. Seuls les arguments recherchant la responsabilité juridique de l'investisseur pour violation des obligations relatives aux droits sociaux visent à opérer cette extension. Lorsque les demandeurs fondent l'existence de ces obligations sur un contrat, cela révèle une prise en compte des droits sociaux dans la politique juridique de l'État au stade du droit matériel. La situation est différente lorsque l'obligation est fondée sur un traité qui ne prévoit pas des obligations imposées à l'investisseur. Dans ce dernier cas, le résultat est incertain, mais la tentative est intéressante sur le plan juridique. Ainsi, l'État comme les *amici curiae* visent non seulement le rejet de la prétention de l'investisseur (A), mais ils recherchent également à faire admettre la responsabilité juridique de l'investisseur (B).

A. La recherche du rejet des prétentions de l'investisseur

La recherche du rejet des prétentions de l'investisseur par les *amici* n'est pas surprenante après la présentation des arguments soutenant la position de l'État et dont certains combattent les arguments de l'investisseur. Dans ces derniers arguments, il s'agissait surtout d'appuyer la prétention étatique par un argument nouveau ou par le développement d'un argument déjà avancé par l'État défendeur. Ici, les arguments concourent également au succès de la position étatique, mais ils sont spécifiquement orientés vers le rejet de la prétention de l'investisseur. Mieux, ils prétendent parfois établir la responsabilité de l'investisseur. Ils peuvent être alors des arguments relatifs à la compétence (1) comme des arguments relatifs au fond (2).

1. Les arguments relatifs à l'incompétence du tribunal arbitral

S'agissant d'arguments regardant la compétence du tribunal arbitral, il est compréhensible qu'ils ne soient pas toujours et spécifiquement fondés sur les droits de l'homme. Il est possible de distinguer rapidement entre les arguments de droit commun de la contestation de la compétence du tribunal arbitral et les arguments qui présentent une relative spécificité touchant à la protection des droits sociaux.

Les arguments de droit commun sont des arguments que l'on retrouve classiquement dans les objections à la compétence soulevée par un État défendeur à l'arbitrage d'investissement. Ce qui explique qu'ils soient rarement avancés par les *amici* qui sont supposés apporter une perspective unique et dont l'intervention peut être jugée prématurée à un

stade peu avancé de la procédure⁹⁴⁹. L'argument contestant la nationalité de l'investisseur dans l'affaire *Glamis Gold* relève bien de cette catégorie. Les pétitionnaires, *Friends of the Earth Canada* et *Friends of the Earth United States*, se sont fondés sans succès sur la nationalité de l'investisseur pour lui denier la jouissance des dispositions de l'ALENA. L'investisseur établi au Canada et ayant son siège social aux États-Unis a été assimilé pour cette raison à un double national, canadien et américain. Se fondant sur les règles de la protection diplomatique, les pétitionnaires ont avancé que la nationalité prépondérante était celle des États-Unis, pays avec lequel l'investisseur avait le lien effectif, car il y exerçait ses principales activités et y avait son siège social et son centre principal d'activités. Aussi, l'Accord lui empêcherait-il d'initier une réclamation contre son État de nationalité effective⁹⁵⁰.

S'agissant des arguments qui, parce qu'ils touchent de près, selon les *amici*, à la situation des pétitionnaires, présentent une spécificité, ils ne sont pas non plus nombreux et ont en commun de contester l'arbitrage d'investissement comme forum adéquat pour résoudre le litige en question. Deux types peuvent être relevés. Un premier argument permet de contester la compétence du tribunal arbitral en se fondant sur une erreur sur l'identité de la partie défenderesse, erreur elle-même fondée sur une méprise sur la nature du différend. Dans l'affaire *Pac Rim*, les *amici* soutiennent le défaut de compétence du tribunal arbitral au regard de l'article 25 CIRDI et de l'article 10.14 CAFTA-DR. À suivre leur raisonnement, aucun différend n'existe entre l'investisseur et l'État du Salvador. Si différend il y a, il oppose seulement les populations locales et l'investisseur. C'est ce différend que l'investisseur aurait voulu transformer en un différend entre lui et l'État. Ce point de vue s'expliquerait par l'origine des faits ayant conduit à la naissance du litige. En effet, le fait que l'État prenne en compte les effets sociaux et environnementaux des activités minières est le résultat d'un dialogue entre les populations et le gouvernement. Ce dialogue est de nature politique et ne viole pas le droit international. En bref, les pétitionnaires estiment que ne relève pas de la compétence du tribunal un changement de politiques publiques, de surcroît dicté par des contraintes liées à des considérations sociales (le seul comportement susceptible de donner lieu à un différend est le refus du permis environnemental). L'argument a été plus explicite lorsqu'il a été qualifié d'abus

⁹⁴⁹ *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Procedural Order No. 2 on Amici Curiae Application for Leave to File Non-Disputing Party Submissions, 7 November 2019.*

⁹⁵⁰ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Amicus Curiae Application of Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States, 30 September 2005, op. cit., p. 2-15.*

de procédure qu'aurait commis le demandeur qui s'est réorganisé ultimement pour bénéficier de protection du CAFTA-DR⁹⁵¹. Pour les pétitionnaires, l'abus de procédure revêt un sens particulier dans le contexte. Partant de l'idée que si différend il y a, il s'agit d'un différend entre l'investisseur et les populations locales, les pétitionnaires estiment que le demandeur a commis un abus de procédure en portant ce différend devant une juridiction à laquelle une partie au litige ne peut avoir accès⁹⁵². Ils invoquent en conséquence la jurisprudence de *l'Or monétaire*.

Un second argument qui touche de près les droits sociaux a été avancé par les *amici* dans l'affaire *UPS*. Il s'agit de la contestation de l'arbitrabilité du litige relatif au service de la Poste nationale. Si l'argument n'a pas été développé davantage par l'*UPS* dans la demande d'admission, faute de connaissance au moment de la soumission de détails de la réclamation portée par l'investisseur, il est toutefois repris dans le mémoire soumis au fond. Dans le mémoire présenté, les *amici* ont soutenu la position de l'État canadien selon laquelle « *this Tribunal has no jurisdiction to conduct an inquiry into or substitute its own judgment about the activities and practices of a Crown Corporation which Canada is entitled to establish and maintain under NAFTA rules and which operates in circumstances entirely unlike those of commercial corporations with which it may compete in certain service areas* »⁹⁵³. Puis, en se rapportant aux chefs de demandes non étayés par l'investisseur, les pétitionnaires ont explicitement indiqué le caractère arbitral des litiges relatifs aux droits sociaux. En effet, UPS reproche au Canada d'avoir violé ses obligations internationales en matière de droits sociaux en refusant de soumettre, dans les zones rurales, les travailleurs des sous-traitants de la Poste au Code du travail. Ce qui contribue non seulement à leur dénier les droits syndicaux, mais permet aussi à la Poste de bénéficier de charges sociales moins lourdes et de proposer des rémunérations relativement faibles à ces employés ruraux. Il faut rappeler que ce qui justifie l'intervention des pétitionnaires est le fait que le succès éventuel de la réclamation de l'investisseur aura pour effet de contraindre la poste à limiter l'expansion de ses services et à procéder à des licenciements de personnels. C'est pourquoi ils s'accordent, certes, avec l'investisseur en indiquant que le Canada a violé ses obligations internationales prises dans le cadre de l'OIT (les conventions n° 87 et 98). Mais ils soutiennent aussi que le tribunal ALENA n'est pas le lieu adéquat pour sanctionner la violation de ces obligations et que UPS n'a pas la

⁹⁵¹ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case N°. ARB/09/12, Submission of Amicus Curiae on the Merits of the Dispute, 25 July 2014, op. cit.*, p. 17-18.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 19.

⁹⁵³ *UPS v. Canada, Amicus curiae Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 20 October 2005, op. cit.*, p. 3

qualité requise pour revendiquer le respect de ces droits⁹⁵⁴ ou encore moins prétendre à des dommages-intérêts pour les violations des droits des tiers qu'il ne représente pas.

Les arguments relatifs à la compétence du tribunal arbitral et touchant de près à la situation des pétitionnaires sont très instructifs et bien inspirés de la part des *amici*. Ils sont toutefois assez particuliers et dépendent fortement des circonstances de l'espèce contrairement aux arguments relatifs au fond du litige.

2. *Les arguments relatifs au fond du litige*

Rarement, les *amici* soulèvent la responsabilité de l'investisseur. Les raisons potentielles pourraient tenir à la rareté des obligations de l'investisseur et aux obstacles relatifs à la demande reconventionnelle. Toutefois, des mémoires s'aventurent sur ce terrain juridique avec des fondements et un régime juridique parfois incertains. Dans l'affaire *Biwater Gauff* qui concernait un gros projet de privatisation des services d'approvisionnement d'eau et d'assainissement, le groupe des *amici* a remarqué que « *the legal responsibilities of foreign investors in such projects are becoming an increasingly important issue in the context of arbitrations concerning such projects* ». Ils se demandaient alors « *what is the nature of the due diligence to be exercised by such investors before an investment is made, what are the consequences for failing to meet the appropriate standards of conduct, and how could investor-state arbitrations take cognizance of these questions?* »⁹⁵⁵.

Une réponse est apportée par les *amici* dans l'affaire *Bear Creek Mining*. Les pétitionnaires ont développé leur mémoire autour de la responsabilité de l'investisseur. Ils ont demandé au tribunal de prendre en compte le fait que l'investisseur n'avait pas obtenu l'approbation sociale de son projet minier⁹⁵⁶. L'obtention de cette approbation sociale ou « *license to operate* » ainsi que la diligence raisonnable seraient des obligations internationales dont le fondement repose sur des textes universels, notamment le rapport du professeur John Ruggie qui imposerait l'obligation de respecter les droits de l'homme⁹⁵⁷. Les deux exigences

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 6-7.

⁹⁵⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Petition for Amicus Curiae, 27 November 2006, op. cit.*, p. 9.

⁹⁵⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Amicus curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment - Puno and Carlos Lopez (Non-disputing Parties), 9 May 2016, op. cit.*, p. 11.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p.12.

découleraient de la mise en œuvre de cette dernière obligation. Un autre fondement à l'approbation sociale est tiré des droits reconnus aux populations indigènes par la Convention OIT n° 169 et la Déclaration des Nations Unies sur les peuples autochtones⁹⁵⁸.

Cependant, ce qui est demandé en conséquence du manquement à cette responsabilité ou à ces standards n'est pas particulier. Il semble que les pétitionnaires admettent que la sanction de ce défaut est la rupture du contrat. Par conséquent, l'État ne devrait pas être tenu responsable de sa conduite vis-à-vis de l'investisseur. Aucune conséquence supplémentaire n'est recherchée. Les pétitionnaires ont simplement conclu que « *in view of all the above, Bear Creek did not obtain the social license to develop its project at the time and at present still does not have it. In this case, there is no legitimacy, trust or consent of the parties. The conflict started due to a lack of transparency and misinformation on the part of Bear Creek (or Mrs. Villavicencio), a lack of respect for the peasant communities and respect for the rights of indigenous peoples. The population's frustration and anger only abated when the Santa Ana project was cancelled* »⁹⁵⁹.

Ainsi, même lorsqu'ils sont spécifiquement dirigés contre l'investisseur, les arguments des *amici* constituent des moyens de socialisation du contentieux d'investissement. Cependant, la portée de cette socialisation dépend de l'écho favorable de cet argument auprès du tribunal. Or, à ce niveau, l'obstacle réside dans la faiblesse des fondements juridiques avancés lorsque les arguments visent à établir la responsabilité de l'investisseur. Cette difficulté est encore manifeste lorsque l'État cherche à mettre en œuvre la responsabilité de l'investisseur.

B. La mise en jeu de la responsabilité de l'investisseur

Les cas dans lesquels l'État défendeur recherche la condamnation de l'investisseur dont le comportement porte atteinte aux droits sociaux sont bien rares. La raison réside certainement dans l'absence de dispositions contractuelles et conventionnelles ou de règles coutumières susceptibles de servir de fondements à une telle prétention.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 12 ss.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 17.

Cette hypothèse peut d'abord se rencontrer lorsque l'État est amené à se prononcer sur l'admission des demandes d'intervention des *Amici curiae*⁹⁶⁰. L'apport des États dans ce cas de figure ne présente pas un intérêt important, car la discussion par les parties à la procédure des arguments relatifs aux droits sociaux avancés par les tiers à l'instance arbitrale est la manifestation même de la socialisation. Elle n'est donc pas le fait de l'État, mais celui du tiers.

Ensuite, dans quelques affaires récentes dans lesquelles l'État défendeur a tenté de faire retenir la responsabilité juridique de l'investisseur, l'intérêt juridique apparaît dans la manière dont l'État présente l'argument. Cette présentation est différente selon qu'il existe une base textuelle servant de fondement conventionnel ou contractuel à la prétention de l'État (1) ou selon qu'un tel fondement n'est pas à la disposition de l'État (2).

1. L'existence d'un fondement conventionnel ou contractuel à la mise en jeu de la responsabilité de l'investisseur

Lorsqu'il existe une base textuelle à l'allégation de l'atteinte aux droits sociaux par l'investisseur, l'État défendeur manifeste moins d'hésitation à recourir à l'argument de droits sociaux. En raison du caractère récent des traités prévoyant des obligations pour l'investisseur, la base textuelle est rarement constituée d'une disposition du TBI. Elle est plus plausible dans les contrats qui prévoient des obligations relatives aux droits sociaux. Ainsi, dans une affaire qui a opposé la Roumanie à un investisseur de nationalité américaine à propos d'un investissement dans le secteur hôtelier⁹⁶¹, le contrat de privatisation du bien public prévoyait deux obligations relatives aux droits des travailleurs. L'investisseur devait non seulement respecter les conventions collectives signées avec les organisations syndicales, les contrats

⁹⁶⁰ Le sens de l'argument de l'État défendeur est dans ce cas prédéfini par le mémoire de l'*amicus curiae*. Suivant l'argument de l'*amicus*, l'État soutiendra la responsabilité de l'investisseur en matière de droits sociaux ou l'argument selon lequel le comportement de l'État répond à son obligation de protéger les droits sociaux des tiers à l'opération d'investissement. Le premier cas peut être illustré par le commentaire de l'État péruvien dans l'affaire *Bear Creek Mining*. Celui-ci reprend l'argument de l'*amici* qui fait découler du concept de la licence sociale des normes de conduite internationales qui s'imposent à l'investisseur (). A titre d'illustration du second cas, répondant aux amici dans l'affaire *Pac Rim Cayman LLC*, l'État du Salvador insiste sur les points du mémoire qui soutiennent la mise en œuvre des obligations étatiques en matière de droits de l'homme (« *Amici observe that international requires States «to protect the right to live in a healthy environment, the right to health and a life of dignity, the right to property and lands, and the right to water and food (...)* »). Il note particulièrement une affaire devant la CEDH citée par les amici (L'affaire *Tatar c. Roumanie*) et dans laquelle un État a été tenu responsable pour n'avoir pas prévenu une pollution d'eau à la cyanure causée par des opérations minières (*Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, *El Salvador's Comments Regarding Amicus Curiae Submission*, 2 September 2014, p. 6).

⁹⁶¹ *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March, 2015.

individuels de travail et la législation roumaine en la matière (article 10.8 du contrat de privatisation). En outre, il doit maintenir pendant au moins cinq ans tous les travailleurs sous contrat de travail à durée indéterminée (article 10.9). La violation de cette dernière disposition emporte la résiliation du contrat de privatisation. Cette résiliation s'est effectivement produite⁹⁶². Devant l'instance arbitrale, l'État défendeur a justifié son comportement (la résiliation du contrat) par la violation des obligations sociales contractuelles par l'investisseur. Ce dernier est notamment accusé d'avoir organisé le remplacement des travailleurs roumains par des travailleurs étrangers d'origine hongroise en violation des termes du contrat⁹⁶³.

L'État défendeur peut ainsi facilement faire admettre la responsabilité juridique de l'investisseur sur le fondement du contrat ou du traité. Le cas échéant, le succès d'un tel argument dépend non seulement de l'existence d'obligations contractuelles à la charge de l'investisseur, mais il dépend encore du fait que celles-ci se rapportent aux droits sociaux.

La condition vaut également lorsque l'État défendeur tente de soutenir, par le biais d'une demande reconventionnelle, la violation d'obligations relatives aux droits sociaux qui s'imposeraient à l'investisseur. Au regard du caractère récent des obligations relatives aux droits sociaux imposées à l'investisseur, la rareté de dispositions relatives aux droits sociaux dans les contrats ou dans les traités d'investissement a rendu improbable le succès de ce type d'argument jusqu'à présent. Cela n'exclut pas qu'un État s'efforce de faire reconnaître la responsabilité d'un investisseur pour violation de ses obligations en matière de droits sociaux, sur un fondement textuel différent et incertain. L'affaire *Urbaser* illustre cette tentative et la décision du tribunal dans cette affaire est souvent analysée comme une voie prometteuse de responsabilisation de l'investisseur en matière de droits de l'homme. D'emblée, l'État défendeur rappelle qu'il lui revient d'assurer, malgré l'opération de privatisation du service d'eau, les obligations relatives à la mise en œuvre du droit à l'eau. Il admet qu'il revient à l'État de continuer toujours « *to guarantee one of the most basic human rights: the human right to water, together with the right to access sanitation services* »⁹⁶⁴. Mais il ne s'arrête pas là. Il tente de convaincre qu'il partage, dans le contexte et les circonstances de l'espèce, l'exécution de cette obligation avec l'investisseur. Car, « *under the Concession Contract and the applicable*

⁹⁶² *Ibid.*, para. 361.

⁹⁶³ *Ibid.*, para. 144.

⁹⁶⁴ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016*, para. 648.

*Regulatory Framework, Claimants assumed investment obligations. Furthermore, these obligations gave rise to bona fide expectations that those investments would indeed be made and would make it possible to guarantee, in the area in question, the basic human right to water and sanitation. By failing to make the investments they had undertaken to make, Claimants violated the principles of good faith and pacta sunt servanda that are recognized both by Argentine law and by international law. Such failure did not only affect mere contractual provisions, but basic human rights, as well as the health and the environment of thousands of persons, most of which lived in extreme poverty. »*⁹⁶⁵. L'État semble faire découler la violation des droits sociaux par l'investisseur de la violation par ce dernier de ses obligations contractuelles.

Si le passage cité était isolé dans la sentence, on aurait pu considérer qu'il servait de justification à la violation des engagements conventionnels de l'État. Plus loin, il est étayé par une interprétation plus explicite du droit international des droits de l'homme par l'État défendeur. En effet, « *(r) espondent conveys an understanding of human rights recognized in international law as being binding on individuals and therefore companies as well. For Expert Kliksberg, the right to water is an essential human right that represents not only an obligation of States but also, and more importantly, a social right based on a policy to which the whole society has to contribute, based on the understanding of the United Nations. It is a fundamental right that the leading companies of the world have adopted in the Global Compact as being part of their corporate social responsibility. »*⁹⁶⁶ Or, c'est justement au niveau de ce fondement textuel de la responsabilité juridique recherchée que réside toute la difficulté, car l'État a fondé sa demande reconventionnelle sur les instruments de la responsabilité sociale des entreprises qui relèvent de la *soft Law*⁹⁶⁷. Conscient de la faible consistance de ce fondement, l'État

⁹⁶⁵ *Ibid.*, para. 1156.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, para.1161.

⁹⁶⁷ « *Respondent adds that the Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, as amended in 2006 by the International Labor Office (including representatives of 33 multinational companies), acknowledges that the rules contained in the Universal Declaration of Human Rights and the corresponding International Covenant are applicable to multinational companies. Similar statements have been made in other important international instruments, such as the UN Draft Code of Conduct on Transnational Corporations. Therefore, it is evident that rules of International Human Rights Law create obligations that must also be respected by multinational companies. Respondent thus asserts, further relying on Expert Kliksberg, that the "basic human right" for water and sanitation is part of the recognized human rights that are applicable to multinational companies. UN General Assembly Resolution 64/292 of 28 July 2010 has recognized that this is a basic need (CUL-185). In its General Comment No. 15, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights stressed the importance of the supply and the economic accessibility of water (ALRA-236, CUL-186). The Committee also noted that when such services were provided by third parties, States parties must prevent them from compromising equal, affordable, and physical access to sufficient, safe and acceptable water. Likewise, the*

argentin s'appuie également sur la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui, selon lui, a acquis le caractère de droit international coutumier⁹⁶⁸. Même à supposer ce caractère admis, l'interprétation du caractère horizontal des obligations de droits de l'Homme qu'elle prévoit est encore discutable. L'Argentine a prétendu que « *(t) he Declaration avoids making reference to who would be responsible for the rights and obligations arising therefrom. However, upon reading the Declaration, it is evident that obligations arising therefrom do not lie exclusively on States. The Preamble expressly sets forth that the duties would lie both on institutions and on individuals. Article 1 states that its provisions apply to individuals even in private relationships. Article 30 declares that nothing in the Declaration may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of the rights and freedoms set forth herein. Article 29 sets forth that everyone has duties to the community. Therefore, business companies and international corporations are affected by the obligations included in international human rights law* »⁹⁶⁹.

On ne saurait mieux illustrer, en l'état actuel du droit matériel, la difficulté à retenir la responsabilité de l'investisseur par l'invocation des arguments de droits sociaux à partir de fondements textuels. Cependant, les alternatives sont bien limitées.

2. L'absence de fondement conventionnel ou textuel à la mise en jeu de la responsabilité de l'investisseur

En l'absence de base textuelle, le comportement de l'investisseur peut être à l'origine d'un moyen de défense fondée sur les droits sociaux. En d'autres termes, l'État ne s'appuie pas sur des obligations relatives aux droits sociaux et prévues dans le texte conventionnel ou contractuel. Dans l'affaire *Awdi*, le défendeur a reproché à l'investisseur d'avoir organisé un trafic illégal de travail forcé dont les victimes sont des travailleurs hongrois⁹⁷⁰. Ce chef

Millennium Declaration voiced concern about the access to drinking water by individuals » (*Ibid.*, para.1162-1164).

⁹⁶⁸ « *The Universal Declaration of Human Rights of 1948 is part of customary international law. The commitment of the Argentine Republic with this Declaration is evident. The regulatory nature of this Declaration is acknowledged by Claimants when they state that 'there are international rules that include specific obligations having to do with drinking water.'* Respondent submits - further referring to the Goetz Award - that the BIT is to be considered by the Tribunal not on its own basis but by including all relevant rights and obligations of the Argentine Republic under international law» (para. 1158).

⁹⁶⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, *op. cit.*, para. 1159.

⁹⁷⁰ *Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March, 2015, *op. cit.*, para. 86, 87.

d'accusation a fait l'objet d'une procédure pénale interne parallèle à la procédure arbitrale. Dans le cadre de l'instance arbitrale, l'État défendeur a alors allégué l'illégalité de l'investissement pour contester l'admissibilité de la demande de l'investisseur. Il a en outre estimé que ce comportement emportait un déni des avantages de la protection du TBI applicable. En effet, pour l'État roumain : « *good faith is a principle of international law that in some circumstances, like the present ones, prevent rights, and claims based on those rights, that would otherwise exist from arising. As to the value of the reference in the BIT Preamble to the contribution to well-being of workers and promotion of the respect for internationally recognized worker rights, which is disputed by Claimants, preambles matter in the context of good faith and admissibility. The intention of the States Parties to the BIT was indeed to exclude from its protection investors who invested and operated their investments in bad faith or with the deliberate intent of breaching international workers' rights. The effect of a finding of lack of good faith in the making of the investment or making the same contrary to the aims of the BIT is to deprive the investor of the rights under the treaty.* »⁹⁷¹. Même dans ce cas, le fondement textuel - le but du TBI exprimé dans le préambule de l'accord d'investissement - est exploité au soutien de l'argument de bonne foi.

Il en résulte que l'absence de dispositions contractuelles et conventionnelles limite fortement les moyens de mise en œuvre de la responsabilité de l'investisseur dont le comportement porte atteinte aux droits sociaux. Cela est manifeste dans le choix limité des moyens juridiques à la disposition de l'État défendeur pour rechercher la responsabilité de l'investisseur pour atteinte aux droits sociaux.

Un premier moyen est l'irrecevabilité de la demande de l'investisseur pour violation de l'ordre public international. L'illustration peut être encore trouvée dans l'affaire *Awdi* contre l'État de Roumanie. L'État a considéré que les droits sociaux font partie de l'ordre public international de l'État défendeur ou de l'ordre public réellement international. Cette position trouve certes un appui doctrinal⁹⁷², mais tous les droits sociaux ne semblent pas constituer des composantes de l'ordre public réellement international. Selon l'État défendeur, ces droits internationalement reconnus des travailleurs rentrent dans cette catégorie. Cette affirmation

⁹⁷¹ *Ibid.*, para. 144-146.

⁹⁷² Forteau M., « L'ordre public « transnational » ou « réellement international ». - L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI* (2011), n° 1, p. 3-49.

peut être soutenue en raison de la large ratification des conventions de l'OIT et de l'adoption de la Déclaration de 1998 dont le caractère obligatoire pour les États membres découle à la fois du statut de l'Organisation, et aussi, soutient-on, de leur caractère coutumier⁹⁷³. La situation des droits relatifs à un niveau de vie suffisant (le droit à l'eau, à la santé par exemple) est cependant discutable sous réserve de l'évolution du droit international⁹⁷⁴.

La question de savoir si le moyen est de fond ou constitue une exception préliminaire n'est pas rigoureusement tranchée. L'argument est parfois assimilé au déni des avantages et porte sur la définition de l'investissement, ce qui en fait *a priori* une question de fond. Mais il peut être également mobilisé sous le moyen de l'abus de droit ou sous le moyen de l'abus de procédure⁹⁷⁵. Il pourra être soulevé dans ce dernier cas à titre d'exception préliminaire. D'ailleurs, le même argument est parfois présenté sous la doctrine des mains propres (« *clean hands* ou *unclean hands* »).

Assez proche du premier est le moyen fondé sur l'illégalité de l'investissement au regard du droit national. Elle est tantôt présentée comme un moyen d'irrecevabilité, tantôt comme un moyen de compétence, encore que la confusion puisse être entretenue à ce propos par un même contre mémoire⁹⁷⁶.

⁹⁷³ LA HOVARY C., *Les droits fondamentaux au travail : origines, statut et impact en droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.

⁹⁷⁴ Dans l'affaire *Phoenix*, le tribunal a mentionné quelques investissements pouvant être considérés comme illicites au regard de normes indérogeables. Il lui est paru évident que « *the ICSID Convention's jurisdictional requirements – as well as those of the BIT – cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.* » (*Phoenix Action LTD. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 78). Dans l'affaire *Von Pezold*, le tribunal s'est limité à reconnaître que l'obligation de non-discrimination fondée sur la race est une obligation erga omnes et n'a pas poursuivi l'analyse sur l'affirmation des demandeurs selon laquelle cette obligation est également issue d'une règle impérative du droit international général (*Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold, Elisabeth Regina Maria Gabriele Von Pezold; Anna Eleonore Elisabeth Webber (Née Von Pezold), Heinrich Bernd Alexander Josef Von Pezold, Maria Juliane Andrea Christiane Katharina Batthyány (Née Von Pezold), Georg Philipp Marcel Johann Lukas Von Pezold, Felix Alard Moritz Hermann Kilian Von Pezold, Johann Friedrich Georg Ludwig Von Pezold, Adam Friedrich Carl Leopold Franz Severin Von Pezold v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, para. 657, 736-738). De même dans l'affaire *EDF*, le tribunal ne s'est pas prononcé sur la nature de normes de *jus cogens* de l'obligation de protéger les droits de l'homme fondamentaux comme la vie, la santé, l'intégrité physique ou l'éducation (para. 909-914).

⁹⁷⁵ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018*, p. 292, para.150-152.

⁹⁷⁶ « *Consequently, the Arbitral Tribunal must decline its jurisdiction to decide on SAS's claims as they are contaminated with illegal acts under Bolivian law and international law, or alternatively, declare them inadmissible* » (*South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Objections to Jurisdiction, Admissibility and Counter-memorial on the Merits*, 31 March 2015, para. 293).

Au final, la rareté des chefs de demandes relatifs aux atteintes éventuelles des droits sociaux par l'investisseur pourrait s'expliquer par l'absence de dispositions spécifiques dans les textes (les conventions notamment) servant de fondements aux allégations en question. En effet, cette absence limite les moyens juridiques de la recherche de la responsabilité juridique de l'investisseur pour atteinte aux droits sociaux. Il en résulte que la responsabilité juridique de l'investisseur est une problématique sérieuse à prendre en considération dans le traitement du renforcement de l'effectivité des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement.

Conclusion de la section

À titre de conclusion de la section, l'ensemble de ces considérations conduisent à reconnaître une socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements. D'une part, dans le cas de la tierce intervention, il ne s'agit pas seulement d'une tentative de socialisation qui se limiterait aux seules considérations des *amici*. Au contraire, les mémoires des *amici* suscitent de véritables échanges entre les parties, comme s'il s'agissait de véritables mémoires d'une partie. Des tribunaux ont pris cette habitude de demander aux parties au différend de se prononcer sur la demande d'admission d'un *amicus curiae*. À la faveur de cette opportunité, les parties ont pu donner leur point de vue sur les arguments des *amici* et cela est parfois ressorti dans les décisions des tribunaux arbitraux. Par cette discussion favorisée par l'intervention de l'*amicus curiae*, le contentieux arbitral se dote progressivement d'une dimension sociale au sens strict tant au niveau de la compétence que du fond. D'autre part, dans le cas des moyens de défense de l'État, la dimension sociale apparaît progressivement. Elle affiche une particularité liée au recours à des arguments visant la responsabilité juridique de l'investisseur. Toutes ces contributions constituent une application du régime juridique des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. L'analyse sous cet angle a permis de faire le point sur les arguments. Il en résulte que certains arguments notamment ceux relatifs à l'admission de la responsabilité de l'investisseur se présentent comme des obstacles dont le traitement s'impose pour une effectivité accrue des droits sociaux. La présentation d'autres arguments, notamment ceux relatifs à l'application du droit international des droits de l'homme ne justifie pas suffisamment leur nature de difficultés. Ces arguments connaissent des problèmes pratiques comme cela est confirmé dans la section II.

En effet, si le fait de socialisation ne peut plus être nié, elle n'entraîne pas *ipso facto* l'effectivité des droits sociaux des tiers en cause. C'est là que résident les limites de cette socialisation. Cette effectivité nécessite, en effet, que les tribunaux arbitraux se prononcent

clairement sur les conclusions des *amici* afin de mesurer l'impact et la portée de leurs mémoires. Plus encore, le succès des arguments de l'État est une garantie de la protection des droits sociaux en droit des investissements. Or, en l'état actuel du contentieux arbitral, l'impact des arguments est difficile à apprécier en l'absence d'une considération des tribunaux arbitraux. Cet état de fait conduit à estimer que la socialisation du contentieux arbitral en matière d'investissement reste pour l'heure relative, voire superficielle.

SECTION 2. L'EFFICACITE INCERTAINE DE LA SOCIALISATION DU CONTENTIEUX ARBITRAL RELATIF AUX INVESTISSEMENTS

Le premier objectif poursuivi à travers l'invocation d'un argument en défense des droits sociaux est que le tribunal en tienne compte dans sa détermination de la solution au litige. La reconnaissance du caractère opérant de l'argument conduit à l'effectivité des droits dont la protection est visée. Dans le cas de l'État défendeur, cela se traduira par l'admission de la licéité des mesures de mise en œuvre de ses obligations relatives aux droits sociaux. Dans le cas des tiers intervenants, le succès de la position étatique ou le rejet de la réclamation de l'investisseur, suivant les cas, réalisent l'objectif.

Lorsque cet objectif n'est pas atteint, la socialisation, bien qu'existante, demeure partielle, car elle n'a pas d'effet sur la situation des tiers dont les droits sont en cause. Or, cela caractérise malheureusement l'état actuel de la place des droits sociaux dans le contentieux d'investissement. Cet état résulte du concours de facteurs dont certains accusent les tribunaux d'investissement. Ceux-ci adoptent une attitude de réticence ou de négligence qui aboutit globalement au rejet de la pertinence et du caractère opératoire des arguments relatifs aux droits sociaux. Certes, certains de ces arguments comportent des faiblesses relatives à leurs fondements juridiques ou à leur présentation, mais l'attitude des tribunaux dans certains cas n'est pas sans critique. Au demeurant, ces deux raisons principales expliquent que la portée des arguments de droits sociaux se manifeste seulement à travers l'efficacité incertaine des mémoires des *amici* (**Paragraphe 1**) et dans l'échec de la défense étatique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'efficacité incertaine des arguments des tierces parties

La rareté des références aux arguments des *amici* dans les raisonnements des tribunaux et l'absence d'une obligation de le faire conduisent à qualifier la socialisation du fait de la procédure de l'*amicus curiae* de superficielle. La qualification de superficialité pour caractériser la socialisation est biaisée, car elle repose sur une supposition. Cette qualification est retenue à cause de l'incertitude de l'impact des mémoires sur la décision des tribunaux. Ces circonstances ne permettent pas d'affirmer avec certitude l'effet positif ou négatif des mémoires d'*amicus* sur la décision du tribunal arbitral. Au regard de cette situation, la socialisation serait surestimée sans fondement tangible si l'impact était autrement apprécié. Le caractère incertain est justifié non seulement de façon subjective par l'incertitude qui caractérise l'impact des mémoires sur la décision du tribunal (A), elle s'explique aussi objectivement par certaines faiblesses des arguments présentés par les *amici* (B).

A. L'incertitude entretenue par le silence des tribunaux arbitraux

Les références aux arguments des *amici* sont rares dans les décisions et sentences arbitrales. Les tribunaux se contentent de mentionner la tierce intervention dans le rappel de la procédure. Mais la rareté des références ne signifie pas un silence complet et le silence n'est pas nécessairement synonyme d'absence d'impact. Aussi, s'il s'impose de reconnaître l'incertitude de l'impact des mémoires sur la décision des tribunaux, on ne saurait ignorer des manifestations qui peuvent permettre de qualifier positivement le silence des tribunaux en faveur d'un certain impact des tribunaux. Ces manifestations peuvent être distinguées selon qu'elles représentent des indices clairs favorables à une qualification positive du silence des tribunaux (1) ou selon qu'elles sont neutres, donc susceptibles de conduire à une qualification négative du silence des tribunaux (2).

1. Les motifs de qualification positive du silence des tribunaux

En l'absence de considération des mémoires dans le raisonnement des tribunaux, on peut supposer un impact positif des mémoires à partir de certains indices. En effet, des références aux arguments des *amici* se rencontrent dans certaines sentences même si ce n'est pas pour retenir favorablement l'argument avancé par l'*amicus curiae*. Par exemple, concernant l'abus de procédure avancé par les pétitionnaires dans l'affaire *Pac Rim*, le tribunal n'a pas

explicitement retenu l'argument⁹⁷⁷, mais le fait de l'avoir discuté est l'expression d'un intérêt accordé au mémoire en question.

Ainsi, lorsqu'elles existent, les réponses du tribunal aux arguments des *amici* ne sont pas toujours dans le sens de l'argument de l'*amicus curiae*, mais cela n'exclut pas de dégager des indices d'identification du comportement des tribunaux vis-à-vis des arguments des *amici*. Ces indices apparaissent alors comme des éléments qui peuvent concourir à l'identification d'une relative efficacité des mémoires des *amici*.

Un premier indice réside dans le fait que le défendeur soulève un argument sur lequel s'appuie la position des *amici*. Lorsqu'un tel alignement a lieu, il semble conduire non seulement à l'acceptation de la demande de soumission écrite, mais aussi à l'appréciation positive par le tribunal des arguments soumis. En ce qui concerne l'admission de la demande, l'illustration est donnée dans l'affaire *Borders Timbers*. Le fait que l'État n'ait pas retenu la cause poursuivie par les *amici* dans sa défense a conduit à considérer que celle-ci élargissait l'objet du litige. Remarquant en effet que « *neither Party has put the identity and/or treatment of indigenous peoples, or the indigenous communities in particular, under international law, including international human rights law on indigenous peoples, in issue in these proceedings* »⁹⁷⁸, le tribunal a ajouté que « *the Respondent has neither raised as a defence in these proceedings that it has obligations towards the indigenous communities under international law nor has it indicated that a submission from the Petitioners based on their Application may be relevant to factual or legal issues in these proceedings* »⁹⁷⁹.

Il en est de même pour l'efficacité des arguments d'un mémoire déjà admis. À propos de la contestation de la compétence du tribunal dans l'affaire *Pac Rim*, le tribunal a retenu notamment que le défendeur n'a pas soulevé d'objection relativement au point discuté par les *amici*, à savoir l'existence d'un différend⁹⁸⁰. En revanche, il retient l'argument relatif au déni des avantages, argument que le défendeur avait repris dans ses moyens de défense⁹⁸¹.

⁹⁷⁷ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1st June 2012, para. 2.43.*

⁹⁷⁸ *Borders Timbers and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case N° ARB/10/25, Procedural Order No. 2, 26 June 2012, op. cit., para. 57.*

⁹⁷⁹ *Ibid.*, para. 59

⁹⁸⁰ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1st June 2012, op. cit., para. 1.36-1.38.*

⁹⁸¹ *Ibid.*, para. 4.92.

Le second indice de l'efficacité relative des mémoires des *amici* réside dans la méfiance des tribunaux vis-à-vis des arguments spécifiques de droits de l'homme. Cette méfiance se manifeste par le silence total ou une difficulté de raisonnement qui attirent l'attention à première lecture. Par exemple, dans l'affaire *Borders Timbers*, le tribunal a conclu dans son ordonnance (de procédure) de rejet de la demande d'admission que la cause que défendent les pétitionnaires ne s'inscrit pas dans le cadre du différend. Regardant la perspective des pétitionnaires suivant laquelle le droit applicable devrait intégrer le droit international des droits de l'homme, le tribunal a répondu que « (t) he Arbitral Tribunals agrees in this regard with the Claimants that the reference to 'such rules of general international law as may be applicable' in the BITs does not incorporate the universe of international law into the BITs or into disputes arising under the BITs (...)»⁹⁸². Il a ajouté que les pétitionnaires n'ont pas apporté la preuve que « international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete ». De même, dans l'affaire *Suez*, le tribunal arbitral a évoqué les arguments avancés par les *amici curiae* relativement au droit à l'eau, mais sans les intégrer explicitement dans son raisonnement.⁹⁸³ À la suite de cela, l'État défendeur a formulé un chef de demande d'annulation de la sentence devant le Comité *ad hoc* sur le fondement du défaut de motif⁹⁸⁴. Le comité, suivant l'argument de l'investisseur, a rejeté ce chef d'annulation en faisant comprendre que le traitement de l'argument soulevé a été fait de façon implicite et explicite⁹⁸⁵. Selon le Comité, « (b)esides explicitly mentioning the amicus curiae brief and its contents in its reasoning on the requirements of Article 25, the Tribunal referred in its reasoning to more flexible means that either did not include a tariff increase at all or at least for the poor part of the population, i.e., it addressed the concerns raised in the amicus curiae brief. In addition, the Tribunal expressly considered and dismissed the suggestion made in Respondent's submissions and the amicus curiae brief that Argentina's human rights obligations somehow trumped its obligations under the BIT »⁹⁸⁶.

⁹⁸² *Borders Timbers and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case N° ARB/10/25, Procedural Order N°2, 26 June 2012», *op. cit.*, para. 57.

⁹⁸³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 256.

⁹⁸⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Annulment, 5 May 2017, para. 298.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, para. 301.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, para. 308.

La conclusion à tirer alors pour les demandes d'admission est que les pétitionnaires ont intérêt à ne pas fonder leurs prétentions exclusivement sur des arguments de droits de l'homme pour s'assurer que leur apport entre dans le cadre du différend. La fixation des pétitionnaires sur les droits des peuples autochtones sans l'inscrire suffisamment dans l'objet du différend (à comparer avec les questions soulevées dans l'affaire *Piero Foresti*) a conduit le tribunal à identifier dans le mémoire des questions différentes du problème juridique qui se dégage des prétentions des parties. C'est pourquoi le tribunal a considéré que « *in order for the Arbitral Tribunals to consider such a submission, they would need to consider and decide whether the indigenous communities constitute 'indigenous peoples' for the purposes of grounding any rights under international human rights law. Setting aside whether or not the Arbitral Tribunals are the appropriate arbiters of this decision, the decision itself is clearly outside of the scope of the dispute before the Tribunals* »⁹⁸⁷.

Relativement à la portée de l'argument, on peut soutenir en se fondant sur les cas disponibles que lorsque l'*amicus curiae* argumente une position en empruntant des termes familiers aux tribunaux, c'est-à-dire des arguments du droit international général ou du droit international des investissements, il donne un gage d'efficacité perceptive à son mémoire. Dans l'affaire *Philip Morris*, on ne peut nier l'impact des arguments des *amici*. Pour rappel, les *amici* visaient à expliciter le caractère normal du comportement de l'État uruguayen. Dans le vocabulaire du droit des investissements, cela revient à dire que le comportement étatique est raisonnable. Dans la sentence finale, le tribunal a relevé l'apport des *amici*. L'importance de l'extrait commande qu'on le cite en entier malgré sa longueur: « *Both measures have been implemented by the State for the purpose of protecting public health. The connection between the objective pursued by the State and the utility of the two measures is recognized by the WHO and the PAHO Amicus Briefs, which contain a thorough analysis of the history of tobacco control and the measures adopted to that effect. The WHO submission concludes that « the Uruguayan measures in question are effective means of protecting public health ». The PAHO submission holds that « Uruguay's tobacco control measures are a reasonable and responsible response to the deceptive advertising, marketing and promotion strategies employed by the tobacco industry, they are evidence based, and they have proven effective in reducing tobacco consumption* »⁹⁸⁸. Dans la même veine, dans l'affaire *Biwater Gauff*, le tribunal a reconnu l'expertise et l'intérêt des pétitionnaires et a considéré que ceux-ci apportaient « *a useful*

⁹⁸⁷ *Ibid.*, para. 60.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, para. 392.

contribution to these proceedings»⁹⁸⁹. Ce qu'il a étayé plus loin en affirmant que « *(the) submissions have informed the analysis of claims set out below, and where relevant, specific points arising from the Amici's submissions are returned to in that context* »⁹⁹⁰.

Dans le fond de l'argument, tout en évoquant les aspects sociaux en cause, les pétitionnaires se sont fondés substantiellement sur des arguments de droit international général. En effet, ils ont indiqué que le contexte de réalisation du projet disputé qui est celui du développement durable et des droits de l'homme (notamment l'objectif OMD d'eau potable caractérisé de droit fondamental par le CODESC)⁹⁹¹ devait conditionner la nature et la responsabilité de l'investisseur et entraîner un équilibre entre les droits de l'investisseur et de l'État. Mais ils ont fondé la responsabilité de l'investisseur sur un principe général de droit qui ne figure pas nécessairement dans un traité : la bonne foi. En appliquant cela au cas d'espèce, ils ont pu déduire que le comportement de l'investisseur témoignait d'une mauvaise foi d'où découlent des conséquences : entre autres, la résiliation du contrat par l'État tanzanien n'est pas à considérer comme une violation contractuelle dans la mesure où le comportement du cocontractant privé a nécessité que l'État intervienne pour assumer son obligation d'assurer l'accès à l'eau⁹⁹². Aussi, lorsque le tribunal a admis la violation du droit international par l'État, il a observé qu'aucune de ces violations n'a occasionné la perte économique dont s'est plaint l'investisseur⁹⁹³. Par conséquent, l'État n'a pas été tenu de réparer le préjudice allégué.

De même, dans l'affaire *Methanex*, la décision du tribunal est allée dans le sens de la position soutenue par l'IISD (cette position était également celle de l'État américain) quant à l'inadéquation de l'interprétation du traitement national importée du droit du commerce international⁹⁹⁴. Le tribunal va jusqu'à relever que « *(t) he International Institute for Sustainable Development (IISD), in its carefully reasoned Amicus submission, also disagrees with Methanex's contention that 'trade law approaches can simply be transferred to investment law'* »⁹⁹⁵.

⁹⁸⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008*, para. 359

⁹⁹⁰ *Ibid.*, para. 392.

⁹⁹¹ *Ibid.*, para. 379.

⁹⁹² *Ibid.*, para. 380-387.

⁹⁹³ *Ibid.*, para. 807.

⁹⁹⁴ *Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV - Chapter B, p. 14- 19.*

⁹⁹⁵ *Ibid.*, Part IV - Chapter B, p. 13.

Outre, ces éléments plus ou moins manifestes de la réception positive des arguments des *amici* par les tribunaux, il existe d'autres raisons plus neutres qui conduisent à douter de l'impact réel des arguments.

2. *Les manifestations neutres de la portée relative des arguments des amici*

L'impact des mémoires de l'*amicus curiae* peut être apprécié indépendamment du fait qu'il soit reçu ou non positivement par le tribunal.

D'abord, l'argument de l'*amici* peut présenter un intérêt théorique discursif. Dans l'affaire *Bear Creek*, les arguments des pétitionnaires relatifs à la responsabilité de l'investisseur n'ont pas reçu un accueil favorable de la majorité du tribunal, qui a apprécié le comportement de l'investisseur par rapport à l'acquiescement de l'État et qui a considéré que le comportement de ce dernier n'a pas été déterminé par celui du premier.⁹⁹⁶ Cela ne saurait laisser passer inaperçus les échanges intéressants autour de la question. Le tribunal a d'abord invité les parties litigieuses à faire des observations sur la licence sociale à opérer⁹⁹⁷. Les positions des parties ont été longuement développées dans la sentence finale⁹⁹⁸. Ensuite, le tribunal a pris en compte l'argument dans l'évaluation du dommage⁹⁹⁹. Enfin, l'arbitre dissident a soutenu l'argument¹⁰⁰⁰.

Ensuite, l'absence de référence aux mémoires des *amici* ou à leurs arguments ne signifie pas pour autant l'absence d'impact des pétitions sur la décision du tribunal arbitral. Il est vrai que l'incertitude de l'impact est grande lorsqu'aucune référence à l'argument de l'*amicus* ne

⁹⁹⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No. ARB/14/21) Award*, 30 novembre 2017, para. 406-412, 568.

⁹⁹⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Procedural Order No. 10 (PO-10) Regarding the Procedure after the Hearing*, 15 September 2016.

⁹⁹⁸ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Award*, 30 November 2017, *op. cit.* Voir les para. 231 ss pour la position du demandeur et les para. 251 ss, 562, 579, 589 pour la position du défendeur.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, para. 600-604. Voir notamment le paragraphe 600: «*The Tribunal notes that the Santa Ana Project was still at an early stage and that it had not received many of the government approvals and environmental permits it needed to proceed. On the basis of the evidence before it, the Tribunal concludes that there was little prospect for the Project to obtain the necessary social license to allow it to proceed to operation, even assuming it had received all necessary environmental and other permits. The Tribunal notes that no similar projects operated in the same area, and there was no evidence to support a track record of successful operation or profitability in the future*».

¹⁰⁰⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, QC*, 12 September 2017. Il y reconnaît notamment l'utilité du mémoire des *amici* au paragraphe 36.

figure dans la décision du tribunal. C'est d'ailleurs une situation courante. Même dans ce cas, il est possible de supposer un impact positif lorsque la décision du tribunal sur un point corrobore la position soutenue par les *amici*, même s'il est repris par le défendeur, et même si tous les arguments des *amici* n'ont pas fait l'objet d'examen. Ce cas de figure est illustré par la décision du tribunal dans l'affaire *UPS*. Cette décision rejetait comme peu fondées les allégations de violation du standard de traitement minimum¹⁰⁰¹ et de traitement national¹⁰⁰², position de rejet que soutenaient les *amici*¹⁰⁰³. La convergence entre les constatations juridiques du tribunal et les arguments soutenus par les pétitionnaires apparaît aussi dans l'affaire *Glamis gold*. Certes, le tribunal a tenu à rappeler que « *(i)n accepting each submission, the Tribunal noted Section (B) (9) of the FTC Statement, which states that acceptance of a non-disputing submission does not require the Tribunal to consider that submission at any point in the arbitration, nor does it entitle the non-disputing party to make any further submissions* »¹⁰⁰⁴. Il n'a d'ailleurs plus fait référence expresse à aucun argument avancé par les *amici*. Mais dans sa détermination de la solution au différend, le tribunal a abouti aux mêmes conclusions juridiques que les pétitionnaires en constatant non seulement dans les grandes lignes l'absence d'expropriation ou de traitement contraire au standard minimum, mais aussi en concluant dans le détail de la même manière à propos de la qualification des différents actes litigieux pris par le gouvernement américain¹⁰⁰⁵. Pareille supposition peut tenir également pour les arguments des *amici* dans l'affaire *Eli Lilly*, le tribunal a finalement retenu que le changement de législation par voie jurisprudentielle n'était pas arbitraire et n'était pas contraire aux dispositions de l'ALENA¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰¹ *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007, pp 77-78*

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 74.

¹⁰⁰³ *UPS v. Canada, Amicus curiae Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 20 October 2005, op. cit.*, para. 22 ss.

¹⁰⁰⁴ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Application and Submission by Quechian Indian Nation, 16 September 2005, para. 14 et 15. Il le rappelle dans la sentence: Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 8 June 2009, p. 131.*

¹⁰⁰⁵ Comparer par exemple les conclusions du tribunal à propos de l'allégation de violation de traitement minimum (*Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 8 June 2009, op. cit.*, p. 335-353) avec le raisonnement des *amici* (*Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Non-Disputing Parties Sierra Club and Earthworks, 16 October 2006, op. cit.*, p. 4-12).

¹⁰⁰⁶ *Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017, p. 119- 120; 126-133.*

Il est cependant évident que ce dernier argument ne vaut pas plus que ce qu'il est, c'est-à-dire une supposition difficile à prouver. De façon générale, l'incertitude caractérise l'impact positif qu'on a cru pouvoir déceler derrière les rares références aux arguments des *amici* et la convergence des décisions des tribunaux arbitraux et des arguments des *amici*. En outre, aucune méthodologie ne permet de soutenir de telles affirmations dans des affaires futures. La volonté des tribunaux se pose ici en un aléa insurmontable. C'est pourquoi, même si des indices positifs de l'existence d'un impact peuvent être relevés, ils ne renforcent pas davantage la socialisation du contentieux arbitral d'investissement. Cette situation s'explique en partie par la faiblesse de certains arguments relatifs aux droits de l'homme.

B. L'incertitude résidant dans la faiblesse des fondements textuels

La faiblesse des arguments spécifiques aux droits de l'homme réside dans les sources citées à l'appui de ces arguments. Les différents arguments ne s'appuient pas toujours sur la *lex lata*, mais souvent sur du droit souple. La nature de ces sources réduit les chances d'influencer le tribunal arbitral lorsque les arguments tendent à soutenir l'existence d'une obligation pour l'investisseur. À titre d'exemple, dans l'affaire *Pac Rim*, les *amici* citent, en ce qui concerne les sources juridiques ou le droit applicable, le rapport du rapporteur indépendant sur les droits de l'Homme et l'environnement, le rapport John Ruggie, à propos de l'obligation étatique de protéger, le *mapping report* qui imposent des obligations procédurales (obligation de produire une étude d'impact environnemental, obligation de faciliter la participation du public incluant la protection de la liberté d'association et d'expression)¹⁰⁰⁷ ou encore la Déclaration de Rio dont le principe 10 inclut, selon les pétitionnaires, la protection des populations locales.

Tout se passe comme si, dans l'esprit de ces pétitionnaires, la frontière entre le droit souple et le droit positif n'était plus, alors même qu'une telle différence importe bien aux yeux des membres du tribunal. En effet, ces instruments de *soft Law* sont cités à côté du CODESC (article 12 sur le droit à la santé et les déterminants de ce droit que sont l'eau potable, la nourriture et l'environnement sain), le Protocole de San José de Costa Rica (article 12) sans oublier les indicateurs de mise en œuvre du droit à la santé adoptés dans le cadre de l'OEA. C'est le cas également dans l'affaire *Piero Foresti* dans laquelle les pétitionnaires citent le

¹⁰⁰⁷ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Submission of Amicus Curiae on the Merits of the Dispute, 25 July 2014, op. cit., p. 5.*

Global compact des Nations Unies¹⁰⁰⁸ à côté des conventions internationales (PIDESC, PIDCP, CERD, CEDAW). De même, les pétitionnaires dans l'affaire *Borders Timbers* citent les instruments de *soft Law* sur les peuples autochtones (la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, les principes de l'OCDE et de la Banque Mondiale sur l'examen des réclamations des populations autochtones).

Au contraire, dans l'affaire *Philip Morris*, les instruments cités n'étaient pas directement des instruments internationaux de protection des droits de l'homme, mais l'instrument principal était conventionnel, et les instruments de *soft Law* (les principes directeurs, le plan d'action 2013, les déclarations de la conférence des parties à Punte del Este en 2010 et à Séoul en 2012) visaient la mise en œuvre de la convention¹⁰⁰⁹.

En outre, certains arguments se sont appuyés sur des normes ou concepts de *lege ferenda*. Des mémoires d'*amicus curiae* se sont appuyés parfois sur des normes relevant du développement progressif du droit international des investissements, qui est un autre facteur réduisant l'efficacité possible du mémoire qui contient de tels arguments. C'est le cas de la référence à la licence sociale pour opérer¹⁰¹⁰ qui a constitué l'essentiel de l'apport des pétitionnaires dans l'affaire *Bear Creek Mining*. Pour la définir, les *amici* ont cité une définition doctrinale : « *The concept of 'social license' is closely related to the responsibilities of business enterprises to respect human rights and the due diligence in human rights issues. A renowned expert on the matter defines social license as 'the sum of expectations between an organisation and relevant social groups [usually represented by other organisations] in relation to a specific activity or set of activities'* »¹⁰¹¹. Ils retiennent trois conditions préalables à la satisfaction de cette exigence : la légitimité du projet découlant de la reconnaissance de son intérêt par les

¹⁰⁰⁸ *Piero Foresti and Others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Petition for Limited Participation as Non-disputing Parties, 17 July 2009, op. cit., note 19.*

¹⁰⁰⁹ P. 6. Dans l'affaire *Glamis Gold*, des pétitionnaires ont cité un ensemble des sources de *soft law* et de *hard law* sur les peuples autochtones dont la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, le projet de déclaration américaine sur les droits des peuples autochtones, la Convention (n° 169) de l'Organisation internationale du travail concernant les peuples indigènes et tribaux, le rapport de la Commission des droits de l'homme des Nations unies intitulé "Les peuples autochtones et leur relation à la terre", document de travail final préparé par le rapporteur spécial, Mme Erica-Irene A. Daes ; la directive opérationnelle 4.20 ("Peuples autochtones") de la Banque mondiale, de septembre 1991, les Observations générales sur l'Équateur (2004) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies (voir les deux mémoires écrits de la tribu Quechan).

¹⁰¹⁰ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Submission of Amicus Curiae on the Merits of the Dispute, 25 July 2014, op. cit., p. 8-9*

¹⁰¹¹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Amicus curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment -Puno and Dr. Carlos López PhD, 9 May 2016, p. 16.*

populations affectées, la confiance entre les différents acteurs concernés par le projet et le consentement des populations concernées. La positivité de cette « norme » reste encore à établir comme en témoigne l'attitude du tribunal dans le cas d'espèce, nonobstant la tentative de la faire reposer sur une convention OIT et l'opinion dissidente du professeur Philippe Sands. Les pétitionnaires se sont contentés ici d'être imprécis sur la nature de ces exigences qui s'imposeraient à l'investisseur, en les rangeant dans la vague catégorie de standards internationaux. Ce qui est bien flou : « *According to international standards that prevailed at the time of the events, that is to say, between 2008 and 2011, there already existed a universal norm adopted by the international community that the company did not respect. These international standards stipulate that it is the responsibility of the company to respect all human rights, and as part of that responsibility, it has the obligation to carry out a process of human rights due diligence in a permanent and dynamic way with the aim of obtaining the consent of the local population to its operations and thus ensure its own sustainability*»¹⁰¹².

Au demeurant, l'incertitude est la caractéristique principale de l'influence des arguments des *amici* sur les décisions des tribunaux arbitraux. Un premier aspect de cette incertitude est la possibilité d'affirmer l'existence d'un effet positif qui découle des éléments qui montrent la discussion des arguments et les références à ces arguments dans la sentence et dans le raisonnement du tribunal. Le doute provient de l'absence de références dans la sentence ou dans le raisonnement du tribunal ou du fait qu'il n'existe pas encore une preuve supplémentaire de l'affirmation d'une influence positive. Deux remarques s'imposent à cette étape. La première tient à la précision que cette incertitude n'infléchit pas les conclusions sur l'utilité de l'apport de la procédure de l'*amicus curiae* dans la socialisation du contentieux d'investissement. En outre, l'efficacité des mémoires peut être implicite ; la conviction du tribunal peut ne pas être toujours ou totalement exprimée dans la sentence. La seconde tient à la difficulté à trouver des solutions à ce problème. Une solution possible est le traitement conventionnel de la question. Elle a été évoquée dans le chapitre 3. Elle peut consister à prévoir que le tribunal donne sa position sur l'argument de l'*amicus curiae*. Cette solution pourra conduire à discuter davantage les arguments des pétitions. La proposition ne conduit pas à imposer au tribunal de considérer positivement l'argument dans sa décision. Cette solution est acceptable parce qu'elle respecte le caractère privé de l'arbitrage et maintient un équilibre entre ce caractère et l'évolution du caractère d'intérêt public de l'arbitrage d'investissement. Une

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 12.

seconde solution plus discutable est celle qui veut un statut plus impliqué pour les amis de la cour. Il s'agit en réalité d'un changement de statut puisque cette solution à faire des pétitionnaires, des intervenants. Ce qui signifie leur reconnaître le statut de partie. Elle découle de certaines propositions soutenues à propos de l'Union européenne ou des peuples autochtones.

Concernant l'Union européenne, des auteurs ont suggéré qu'elle puisse émettre, en tant que tiers, des interprétations contraignantes pour le tribunal lorsque le droit de l'Union est discuté dans le cadre du différend¹⁰¹³. Sans analyser la proposition, la situation de l'Union est différente de celles des tiers présentés ici. Leur situation est par exemple celle des peuples autochtones.

Pour ces derniers, il est souhaité qu'ils puissent être considérés comme des parties au différend. Sans discuter la possibilité de mise en œuvre d'une telle proposition dans l'arbitrage d'investissement, il convient de noter que celle-ci peut entraîner des contraintes qui ne sont pas évidentes à supporter par les tiers (coûts de l'arbitrage, problème relatif à la disposition de compétences par exemple). Ces contraintes seraient de nature à dissuader des demandes en intervention. Une dernière solution différente de la première et tout aussi réaliste consiste à recommander dans le cadre du travail de réforme procédurale engagée au niveau de la CNUDCI l'imposition de l'épuisement des voies de recours internes ou encore la participation des populations dans l'élaboration des politiques d'investissement¹⁰¹⁴. La première situation rendra le contentieux accessible aux populations qui pourront faire des recours contre l'État devant le juge national saisi par l'investisseur. La seconde est une solution préventive des effets de l'investissement sur les populations et se situe à une étape antérieure à la naissance du différend.

En tout état de cause, le traitement de cette incertitude va requérir des modifications des règles de procédure et des dispositions conventionnelles. Ces modifications ne paraissent pas s'imposer comme solution dans la recherche de l'impact des arguments de l'État.

¹⁰¹³ PARHAJEV D. and DAUJOTAS R., « Can Amici Curiae Rescue the Fading EU ISDS System ? », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1 (2016), n° 1, p. 115-132.

¹⁰¹⁴ COTULA L. and PERRONE N., « Reforming investor-state dispute settlement: what about third-party rights? », *IIED Briefing Papers*, (février 2019), p. 1-4. <https://pubs.iied.org/17638iied>.

Paragraphe 2 : Le rejet de la défense de l'État

Un intérêt non négligeable à porter l'attention sur la portée de la défense des droits sociaux par l'État réside dans la compréhension des raisons de la faible portée des moyens de défense de l'État. Même si les motifs de rejet de chefs de demandes ne sont pas toujours identiques, ils partagent certains points communs lorsqu'ils se rapportent aux droits sociaux. L'analyse des sentences arbitrales montre qu'une première cause de rejet est de nature purement formelle (A) alors que d'autres touchent le fond de l'argument de l'État (B).

A. La faiblesse de la défense de l'État tributaire de la présentation formelle de l'argumentation

La présentation formelle des arguments étatiques semble être à la base de leur rejet dans certains cas. Les tribunaux arbitraux manifestent de la réticence à les analyser de façon détaillée et semblent attribuer cette attitude à la manière dont l'État a présenté son argument.

En effet, l'attitude des tribunaux en présence d'un argument de défense des droits sociaux est assez étonnante. Leur réponse semble signifier que l'argument est faible au point de ne pas mériter de développement significatif. Ils se contentent alors soit de l'ignorer soit de relever que l'État défendeur n'a pas prouvé que les obligations de droits de l'homme l'emportaient sur celles des accords internationaux d'investissement.

Dans le premier cas, l'affaire *Vivendi (I)* relative à une concession de services d'eau et d'assainissement montre bien que le tribunal arbitral CIRDI n'a pas prêté attention à l'argument de l'État argentin relatif au droit à l'eau. Aucune discussion de cet argument n'apparaît dans la sentence rendue par le second tribunal constitué après l'annulation partielle de la première sentence¹⁰¹⁵. Dans le cadre de la procédure d'annulation devant le Comité *ad hoc*, l'État défendeur s'est plaint sans succès de ce que le second tribunal n'a pas décidé du point fondamental relatif au « *dispute between the parties related to the right to water as essential human rights* »¹⁰¹⁶. Une autre illustration apparaît dans la réponse du tribunal dans l'affaire

¹⁰¹⁵Voir *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, award, 20 August 2007.*

¹⁰¹⁶*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3 (Annulment Proceedings), Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007, 10 August 2010, para. 57, 243, 245.*

Sempra (même si n'y étaient pas spécialement en cause des droits sociaux). Le tribunal a bien remarqué que l'État défendeur a tenté de justifier la prise des mesures législatives et réglementaires en cause par le souci de se conformer à ses obligations en tant que partie à la Convention interaméricaine des droits de l'homme¹⁰¹⁷. Toutefois, il s'est abstenu de se prononcer sur ce débat qui, suivant ses propres termes, « *raises the complex relationship between investment treaties, emergency and human rights of both citizens and property owners* »¹⁰¹⁸. Il a considéré que la vraie question était de savoir si l'ordre constitutionnel et la survie de l'État étaient menacés par la crise ou si le gouvernement disposait encore d'autres moyens pour y faire face¹⁰¹⁹.

Dans le second cas, les tribunaux accusent le défaut de développement de son argument par l'État défendeur¹⁰²⁰. Ils semblent laisser entendre qu'il ne suffit pas d'affirmer une impossibilité d'exécution simultanée des obligations du traité d'investissement et de celles des traités de protection des droits de l'homme. L'État défendeur doit tracer clairement les lignes de la discussion. Peu importe que cela implique pour lui de supporter la charge de la preuve ; il doit prouver l'existence et le sens du conflit des obligations, voire les solutions éventuelles. Ainsi, le tribunal a répondu dans l'affaire *South American Silver* à un tel argument avancé par la Bolivie en observant que l'État défendeur « *has not justified why the Tribunal must apply in this particular case various rules that do not constitute customary law, nor has it shown that either of Bolivia or the United Kingdom are parties to the human rights treaties invoked. The Respondent also fails to explain how these rules conflict with the Treaty or why they should prevail over its provisions.* »¹⁰²¹.

Cette position est en partie compréhensible. Si les considérations relatives aux droits de l'homme ne sont pas *de jure* comme *de facto* exclues d'un contentieux arbitral relatif aux investissements, force est de reconnaître que leur mise en cause dans une espèce donnée n'est

¹⁰¹⁷ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 331.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, para. 332.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, para. 332.

¹⁰²⁰ Dans l'affaire *Azurix* le tribunal s'est contenté d'affirmer que « *(t)he Respondent has also raised the issue of the compatibility of the BIT with human rights treaties. The matter has not been fully argued and the Tribunal fails to understand the incompatibility in the specifics of the instant case. The services to consumers continued to be provided without interruption by ABA during five months after the termination notice and through the new provincial utility after the transfer of service* » (*Azurix Award (Azurix Corp. v Argentine Republic (I))*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, *op. cit.*, para. 261).

¹⁰²¹ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian*, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, para. 217.

pas toujours évidente. Le contentieux arbitral relatif aux investissements étant presque toujours initié par un investisseur, l'introduction des droits de l'Homme dans le contentieux va exiger de l'État une démonstration de l'enjeu des droits de l'Homme qui ne saurait se limiter à une simple affirmation. La démonstration devra non seulement établir le lien avec le différend, mais également fonder la pertinence de l'argument. La situation de la défense de l'État par rapport à ces deux éléments détermine l'attitude de négligence vis-à-vis de l'argument. À leur absence, le tribunal ne s'imposera pas plus que de faire le constat de l'absence de développement de l'argument. À titre d'exemple, il fera simplement remarquer que « *the Tribunal notes the reference made by Argentina to international human rights law ranking at the level of the Constitution after the 1994 constitutional reform and implying that property rights claimed in this arbitration, if upheld, would constitute a breach of international human rights law. This argument has not been developed by Argentina. The Tribunal considers that, without the benefit of further elaboration and substantiation by the parties, it is not an argument that, prima facie, bears any relationship to the merits of this case.* »¹⁰²² Le risque est effectivement grand que le tribunal qui se trouve « agacé » par cet aspect du différend auquel il n'est pas familier s'adonne à une lecture superficielle de la relation entre les droits de l'Homme et le différend en question¹⁰²³.

Certes, le comportement du tribunal n'est pas louable, mais il paraît inattaquable sur le plan juridique. Dans le passage ci-dessus, ce qui est critiquable est moins le point de vue du tribunal que la gratuité de son affirmation. Or, dans l'arbitrage CIRDI, si l'absence de motivation constitue un motif d'annulation, une motivation concise, peu détaillée, ou même une réponse indirecte à un argument n'en sont pas. L'échec du chef d'annulation formulé par l'Argentine dans affaire *Suez* et qui était relatif au défaut d'analyse de son argument relatif au droit à l'eau : jugeant que le tribunal n'a pas traité son argument relatif à la possible conciliation entre les obligations qu'impose l'effectivité du droit à l'eau et celles du TBI, l'État défendeur a formulé un motif d'annulation basé sur le défaut de motivation¹⁰²⁴. Dans cette affaire, le défendeur n'a pas soulevé l'argument relatif à titre de moyen de défense autonome. Il a choisi

¹⁰²² *Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, op. cit.*, para. 79.

¹⁰²³ Dans l'affaire *CMS*, le tribunal a, sans plus analyser la question de la relation entre les obligations en cause ni l'existence du conflit : « *In this case, the Tribunal does not find any such collision. First because the Constitution carefully protects the right to property, just as the treaties on human rights do, and secondly because there is no question of affecting fundamental human rights when considering the issues disputed by the parties.* » (*CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 121*).

¹⁰²⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Annulment, 5 May 2017, para. 270.*

de l'inscrire dans le développement du moyen de défense basé sur l'état de nécessité que le tribunal n'a pas retenu. Répondant par la suite au reproche que le tribunal n'a pas motivé sa réponse¹⁰²⁵, le Comité *ad hoc* a fait remarquer que la réponse du tribunal a consisté dans la démonstration que l'Argentine disposait d'autres moyens pour exécuter ses obligations en matière de droit à l'eau¹⁰²⁶.

Au contraire, une présentation détaillée de l'argument relatif aux droits sociaux peut fournir des pistes d'analyse au tribunal. Dans l'affaire *Urbaser*, le tribunal n'a pas retenu le bien-fondé de la demande reconventionnelle de l'État. Il a pourtant consacré des développements importants (sur le double plan qualitatif et quantitatif)¹⁰²⁷. Le tribunal a ainsi analysé l'existence d'un droit à l'eau à la lumière des textes discutés par les parties. Il a conclu sur ce point que « *(a) t this juncture, it is therefore to be admitted that the human right for everyone's dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights.* »¹⁰²⁸. Il s'est attelé ensuite à examiner la question de l'existence d'une obligation internationale relative au droit à l'eau à la charge de l'investisseur. Il observe alors qu'aucune disposition du TBI applicable n'implique un transfert à la charge de l'investisseur des obligations étatiques en matière de droit à l'eau¹⁰²⁹. Enfin, il s'est longuement penché sur l'argument de l'État selon lequel l'investisseur est responsable juridiquement pour avoir porté atteinte au droit à l'eau à travers la violation supposée de ses obligations contractuelles¹⁰³⁰.

En tout état de cause, l'insuffisance liée à la présentation formelle de l'argument étatique ne saurait être la cause déterminante ou unique du manque d'attention des tribunaux arbitraux aux moyens de défense basés sur les droits sociaux. Au contraire, la lecture des sentences montre aussi une réticence des tribunaux à analyser de tels arguments, quand bien même ceux-ci font l'objet de développements conséquents et de discussion par les parties. Il suffit, pour en avoir une idée, de considérer le contournement opéré par le tribunal constitué dans l'affaire *EDF*. Le tribunal a bien relevé que les parties ont débattu de la question de savoir si les droits de l'homme, dont les droits sociaux évoqués par l'État, avaient un caractère de normes de *jus*

¹⁰²⁵ *Ibid.*, para. 267.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, para. 308.

¹⁰²⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, op. cit.*, para. 1195-1998

¹⁰²⁸ *Ibid.*, para. 1199.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, para. 1207.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, para. 1210-1221.

cogens. Il lui a même consacré un sous-titre « 5-Human Rights ». Ainsi, « *(i) n Respondent's view, the Emergency Tariff Measures guaranteed free enjoyment of certain basic human rights such as life, health, personal integrity and education, which were directly threatened by the socio-economic crisis suffered by Argentina. By contrast, Claimants argue that no jus cogens norms were threatened. According to Claimants, commonly recognized examples of jus cogens norms include prohibitions against genocide or slave trading, not a right of Argentine citizens to consume electricity at reduced prices.* »¹⁰³¹. Cependant, contre toute attente, le tribunal, sans se prononcer sur le débat, se contente d'observer que l'Argentine était encore en mesure de rétablir l'équilibre économique perturbé par les mesures de « pésification » prises en réaction à la crise. Il conclut alors, sans toujours faire cas de l'objet du débat du moment, que « *(i) n short, no evidence persuades the Tribunal that Respondent's failure to renegotiate tariffs in a timely fashion, so as to re-establish the economic equilibrium to which Claimants were entitled under the Concession Agreement's Currency Clause, was necessary to guarantee human rights* »¹⁰³².

Ainsi, deux problèmes sont apparents. La faiblesse de développement de l'argument et l'attitude du tribunal. Ils sont donc des problèmes plus factuels que juridiques et il nous paraît qu'une bonne présentation de l'argument relatif à l'application du droit international des droits de l'homme peut contribuer à les résoudre. Des développements doctrinaux ont apporté des clarifications sur la prise en compte de la norme extérieure en tant qu'élément du droit applicable. Certains permettent l'État d'y trouver des ressources pour renforcer son argument et à l'arbitre d'éviter d'avoir à analyser seulement des traités de droits de l'homme. Cette solution qui peut servir également à la cause de rejet de la défense étatique fondée sur la qualité de l'argumentation est plus convaincante.

B. La faiblesse de la défense de l'État tributaire de la qualité de l'argumentation

Dans le fond, certains arguments de l'État facilitent également leur rejet par le tribunal. C'est le cas lorsque l'État procède à une hiérarchisation des obligations en conflit ou, plus précisément, lorsqu'il soutient que les obligations de droits de l'homme prévalent sur celles des traités d'investissement. C'est bien là une position difficile à soutenir en dehors d'une disposition expresse de traités réglant le conflit entre les obligations d'un État.

¹⁰³¹ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, op. cit., para.910-911.*

¹⁰³² *Ibid.*, para. 914.

Le recours à l'interprétation systémique n'est pas d'un grand secours de ce point de vue, car elle ne vise pas un pareil effet. Cette technique doit être appliquée « *in harmony with the rest of the provisions of the same article and cautiously, in order to prevent the tribunal from exceeding its jurisdiction and applying rules to the dispute which the Parties have to agree to* »¹⁰³³. Elle n'est pas un outil autonome de règlement des conflits en droit international¹⁰³⁴. Il est dès lors difficile, même dans le cas où le défendeur avancerait des obligations découlant de traités auxquels l'État de nationalité de l'investisseur est également partie, de faire prévaloir ces obligations sur celles de l'instrument désigné comme droit applicable, si ce dernier s'oppose à son application. Lorsque la question du droit applicable n'est pas bien posée, le tribunal aura logiquement tendance à la rejeter sans argumenter au-delà. Dans l'affaire *Suez*, le tribunal n'a trouvé d'autre solution que de renvoyer à l'État le soin d'exécuter simultanément les deux types d'obligations ou d'assumer la violation de l'une des deux. Il a expliqué : « *Argentina and the amicus curiae submissions received by the Tribunal suggest that Argentina's human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and that the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive* »¹⁰³⁵.

Il est alors préférable pour les États de procéder de façon méthodique et progressive¹⁰³⁶. Comme l'explique un auteur, ils doivent démontrer que le droit international des droits de l'homme fait partie du droit applicable. Les tribunaux, en tant que juridictions internationales, doivent s'assurer qu'ils ont compétence *ratione voluntatis* pour appliquer la norme de droit international avancée par l'une des parties. Si la norme invoquée est incluse dans le droit applicable, ils devraient la considérer. Cette opération suppose que l'on se réfère aux clauses de droit applicable dans le traité ou, à défaut, dans les règles de procédure. En général, le droit

¹⁰³³ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, op. cit.*, para. 216.

¹⁰³⁴ *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, op. cit.*, para. 214.

¹⁰³⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, op. cit.*, para. 262.

¹⁰³⁶ ATANASOVA D., « International norms: A Defence in Investment Treaty Arbitration? », in AKBABA M. and CAPURRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration*, op. cit., p. 56-71.

applicable est souvent permissif. Si les parties leur reconnaissent le droit de déterminer le droit applicable, ils devraient le faire en se référant aux éléments factuels et rattachements objectifs du différend. Ensuite, ils devront démontrer qu'il existe un conflit entre la norme de droit de l'homme imposant l'obligation sociale et le standard applicable, et que la première impose son application au regard des circonstances de l'espèce. Ce n'est que lorsque le conflit est établi que le tribunal devra faire prévaloir une de ces normes en décidant son application¹⁰³⁷.

On le voit bien, cette opération comporte des incertitudes tenant notamment à la définition du conflit. Selon que l'on adopte une définition stricte ou large du conflit de normes, le résultat peut être différent. Or, s'agissant des obligations de droits de l'homme, on a pu remarquer qu'elles pouvaient être également considérées comme n'imposant pas des obligations strictes de nature à favoriser la naissance de conflit avec d'autres obligations : « *they do not necessarily require a state to impose strict regulatory standards on foreign investors, but they may permit states to do so. In this perspective, conflicts of norms become visible which would otherwise remain outside of the picture. In order to reconcile such norm conflicts, juridical bodies interpreting investment law need to take the value judgments and objectives of human rights into account* »¹⁰³⁸. De même, les éléments sur lesquels le tribunal pourra s'appuyer pour décider finalement laquelle des règles devra être appliquées ne sont pas clairs.

C'est pour renforcer cet argument et dissiper ces éléments d'incertitude qu'il convient de se référer à la pratique en matière de droits sociaux (voir le titre II). Comme cela a été déjà aussi souligné. La voie du droit applicable reste une solution possible de prise en compte des obligations de droits sociaux que la pratique future pourra mettre en avant. Il revient aux États de montrer clairement sa potentialité et son pedigree pour entraîner les tribunaux dans l'analyse de ce moyen de défense.

Ainsi, en l'absence de conflits, l'harmonisation des normes à travers l'interprétation systémique peut servir de canal de prise en compte des droits sociaux. En présence de conflits de normes, c'est le moyen de défense relatif au droit applicable qui permettra d'écarter la règle

¹⁰³⁷ ATANASOVA D., « International norms: A Defence in Investment Treaty Arbitration? », in AKBABA M. and CAPURRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration*, op. cit., p. 56-71, spéc. 58-59.

¹⁰³⁸ KRAJEWSKI M., « International Investment Law and Human Rights: Beyond General Observations, Towards Greater Differentiation », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International Investment Law and its others*, op. cit., p. 75.

de protection des investissements au profit de la règle de protection des droits sociaux ou de l'intérêt général social.

En conclusion, les arguments de l'État ont montré une efficacité très limitée. D'une part, lorsque l'État tente de justifier son comportement par la mise en œuvre de ses obligations en matière de droits sociaux, la faible portée de ses arguments tient à des obstacles plus factuels que juridiques. Il faut entendre par cela que des incertitudes juridiques entourent l'analyse de certains moyens de défense, mais l'absence de pratique (y compris le développement insuffisant de l'argument) ne permet pas de confirmer le caractère insurmontable de difficultés ou même leur nature de difficultés. Ce constat conduit à soutenir qu'en dehors de l'argument qui postule la supériorité des obligations de droits de l'homme, les autres moyens de défense, notamment l'application du droit international des droits de l'homme, demeure une voie possible de la prise en compte des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement en fonction. D'autre part, lorsque la défense consiste à engager la responsabilité de l'investisseur, la nature juridique des obstacles qui s'opposent à l'efficacité du moyen de défense n'est pas contestable.

Conclusion de la section

Au final, cette seconde section du chapitre a permis de rendre compte de la portée de la socialisation de l'arbitrage d'investissement. Cette portée est appréciée en fonction de la considération de l'argument de défense de droits sociaux par les tribunaux d'investissement. Elle conduit à faire deux observations. D'une part, le résultat de l'appréciation est mitigé, voire insatisfaisant. L'incertitude qui caractérise la portée des mémoires des amis de la cour est renforcée négativement par l'absence de portée des arguments de défense avancés par l'État.

Ce résultat relativise ainsi la qualification positive qui a été retenue dans la première section. D'autre part, en termes de perspectives, l'analyse de la portée de la socialisation a permis d'identifier les points à traiter en vue du renforcement de la socialisation de l'arbitrage d'investissement. Si les solutions réalistes sont modestes dans le cas des *amici curiae* en raison de leur situation et des caractéristiques mêmes de l'arbitrage d'investissement, elles sont plus probables dans le cas de l'État. Les difficultés les plus sérieuses sont juridiques. Alors que le traitement de la question du droit applicable ne nous semble pas poser de problèmes particuliers, la question de la responsabilité de l'investisseur requiert un traitement à la fois au plan conventionnel et également au plan pratique.

Conclusion du chapitre

La socialisation du droit international des investissements revêt plusieurs dimensions. Ce chapitre vient confirmer la complémentarité de la socialisation du droit conventionnel et la socialisation du contentieux d'investissement. Il est vrai que la situation dans le droit conventionnel entraîne des implications dans le traitement des arguments de droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. Toutefois, indépendamment de l'effet de la présence des dispositions relatives aux droits sociaux dans les accords, un constat positif s'impose. La socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements est un fait. Il implique au moins deux acteurs et une variété d'arguments. Du point de vue des acteurs, la socialisation est favorisée par les mémoires des *amici curiae* et les moyens de défense de l'État. La discussion des arguments relatifs aux droits sociaux par les parties et le tribunal réalise partiellement la socialisation. Du point de vue des arguments, ils sont diversifiés. Celui-ci tente parfois d'insérer les droits sociaux dans le contenu de certaines normes du droit international des investissements ou du droit international général. En tout état de cause, le résultat se trouve en fin de compte dans l'introduction, dans le contentieux arbitral relatif aux investissements, du régime juridique des droits sociaux. Ce régime tend d'ailleurs à être étendu à la faveur d'une recherche de la responsabilité juridique de l'investisseur pour atteinte aux droits sociaux.

Ce constat positif doit être relativisé lorsqu'on aborde la portée de la socialisation. L'incidence de la présentation et de la discussion des arguments de droits sociaux sur la situation des tiers est modeste. Cette situation des droits des tiers ne peut être traitée positivement que par la considération concrète des arguments par le tribunal arbitral. Force est de reconnaître que cette considération est presque absente. Elle est seulement potentielle au regard de la très récente tendance à invoquer des arguments de droits sociaux. Ce caractère potentiel est confirmé par la possibilité de traiter certaines causes juridiques relatives au droit applicable et à la responsabilité de l'investisseur.

CHAPITRE 6. LA DÉFINITION PROGRESSIVE DES MOYENS DE SOCIALISATION INDIRECTE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

L'objet de ce chapitre est de rendre compte de la socialisation indirecte du contentieux arbitral relatif aux investissements à travers l'interprétation et l'application des règles de protection des investissements. Il vise à répondre à la question de savoir si le défaut de références et d'arguments explicites relatifs aux droits sociaux fait obstacle à la protection de ces droits dans le contentieux arbitral d'investissement. L'intérêt que soulève la question n'est pas théorique. Le chapitre précédent a permis d'observer que les États sont encore réticents à soulever des arguments explicites, plus ou moins directs, visant les obligations relatives aux droits sociaux. En outre, de nombreux traités d'investissement de première génération sont encore en vigueur et ne contiennent pas de dispositions relatives aux droits sociaux. Dans la suite logique du chapitre premier de la thèse, ce chapitre envisage ces hypothèses de défaut de références explicites aux droits sociaux dans les accords d'investissement et/ou dans les arguments des États. Il s'agit de se demander si les règles de protection des investissements peuvent être également appliquées dans le sens de la protection des droits sociaux.

Les règles de protection des investissements n'intègrent pas dans leur définition les notions de droits sociaux ou des droits de l'homme, mais elles prennent plutôt en compte des notions qui en traitent indirectement. Pour cette raison, la recherche de la protection des droits sociaux à travers l'application des règles substantielles d'investissement commande le recours à des notions intermédiaires qui sont évoquées dans la pratique de ces règles. Dans le présent chapitre, la protection de l'intérêt général¹⁰³⁹ sert de moyen intermédiaire à la protection des droits sociaux. La socialisation est alors indirecte, car il sera essentiellement traité de la protection de l'intérêt général social ou à caractère social.

¹⁰³⁹ Pour des études générales sur l'intérêt général en droit international des investissements : EL BOUDOUHI S., « L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51 (2005), n° 1, p. 542-563 ; HAMIDA W.B., « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, (2008), n° 4, p. 999-1033 ; DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, *op. cit.*; SACERDOTI G., ACCONCI P., VALENTI M. and DE LUCA A. (eds.), *General interests of host states in international investment law*, *op. cit.*; TITI C., *Droits de l'Homme et droit international économique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, *op. cit.*, (particulièrement la contribution de PASCUAL-VIVES F., « Investissements étrangers et protection des intérêts publics », p. 173-203).

La défense de l'intérêt général dans l'application des règles conventionnelles de protection des investissements peut poursuivre le but de la protection des droits sociaux et cet intérêt général peut revêtir alors un caractère social. C'est le cas par exemple lorsque la défense de l'intérêt général permet l'adoption ou le maintien d'une législation nationale visant l'amélioration des conditions de travailleurs (salaires minimum, droit de grève) ou la promotion de l'accès à l'emploi à travers une politique de quotas¹⁰⁴⁰. Des litiges remettant en cause les législations des États en matière de travail permettent ainsi d'illustrer, par moments, la protection de l'intérêt général à caractère social. Dans certaines affaires qui ne seront pas davantage évoquées ici parce qu'elles ne traitent pas du fond du litige, l'État soulève des objections à la compétence du tribunal ou des objections relatives à l'admissibilité de la demande de l'investisseur en avançant les mauvaises conditions de travail des travailleurs¹⁰⁴¹, l'absence de contrats travail ou la pratique des contrats de précaires et des paiements irréguliers de salaires¹⁰⁴² ou encore des conditions de travail contraires aux droits des travailleurs universellement reconnus¹⁰⁴³.

La question se rapporte alors au point de savoir si l'application des règles de protection des investissements laisse toujours une place, lorsque les droits sociaux sont en cause, au respect ou à la prise en compte de l'intérêt général à caractère social. Par exemple, est-il possible de soutenir comme le pensent certains auteurs que l'adoption par un État d'une législation en matière de travail visant la protection des droits sociaux est un exercice de ses *police powers* ?¹⁰⁴⁴. Cette hypothèse n'est pas théorique. Dans l'affaire *Piero Foresti* qui s'est élevée à propos l'adoption et de la mise en œuvre par l'État sud-africain du programme *Black Economic Empowerment* qui vise à améliorer la situation des personnes noires historiquement défavorisées en matière d'accès à l'emploi, une loi sur l'exploitation minière mettant en œuvre ce programme avait requis un certain pourcentage de nombre de travailleurs nationaux dans l'équipe de direction de l'investisseur. Celui-ci a introduit une demande en arbitrage. L'affaire

¹⁰⁴⁰ *Antoine Goetz & Consorts and SA Affinage des Metaux v Burundi*, ICSID Case No ARB/01/2, Award, 21 June 2012 ; *Centerra Gold Inc., Kumtor Gold Company CJSC and Kumtor Operating Company CJSC v. The Kyrgyz Republic and Kyrgyzaltyn OJSC (III)*.

¹⁰⁴¹ *OI European Group BV v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015.

¹⁰⁴² *Quiborax v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on jurisdiction, 27 September 2012.

¹⁰⁴³ *Hassan Awdi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/10/13, Décision on the Admissibility of the Respondent's third Objection to Jurisdiction and Admissibility, 2 March 2015.

¹⁰⁴⁴ VANDUZER A., Sustainable Development Provisions in International Trade Treaties. What Lessons for International Investments Agreements? in HINDELANG S. and MARKUS K. (eds), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, op. cit., p. 6.

a été par la suite réglée en amiable entre l'État et l'investisseur. La question peut connaître un prolongement si la réponse est positive. On peut en effet se demander si la protection de l'intérêt général social peut conduire un tribunal à reconnaître l'inexistence d'une violation d'un TBI par un État qui met une législation sociale en conformité avec le droit international relatif aux droits sociaux.

L'objectif de cette étude est double. Il consiste d'abord à soutenir l'idée selon laquelle la protection des droits sociaux est également possible à travers l'application des règles substantielles de protection des investissements. Le second objectif est de cerner les limites de cette socialisation indirecte.

Pour ce faire, il ne paraît pas nécessaire d'analyser tous les standards souvent prévus dans les TBI. Il est possible d'illustrer l'évolution progressive de la socialisation indirecte à travers la règle du traitement juste et équitable (TJE). Le choix de ce standard s'explique par le fait qu'il pose des difficultés dans sa définition et dans son application par les tribunaux arbitraux. En outre, et pour ces raisons, il est l'un des standards de protection dont l'allégation de violation conduit souvent à la reconnaissance du comportement illicite de l'État. En effet, ce n'est que lorsque les investisseurs ont eu du mal à faire accepter par les tribunaux, à travers le recours à l'expropriation indirecte, certaines de leurs allégations qu'ils ont senti le besoin d'exploiter le standard du traitement juste et équitable¹⁰⁴⁵. De fait, le standard du TJE illustre bien les enjeux de protection des droits sociaux à travers la protection de l'intérêt général social dans l'application des règles de protection des investissements. Il est donc possible d'exposer le problème dans le cadre l'analyse de ce standard.

Lorsqu'on évoque la difficulté à protéger l'intérêt général à caractère social dans l'arbitrage international relatif aux investissements, l'interprétation que les tribunaux arbitraux donnent aux règles de protection des investissements contenus dans les accords internationaux d'investissement a toujours été pointée du doigt. Cela s'explique par le caractère vague de ces règles qui laisse aux tribunaux un rôle central dans leur interprétation. Dans cette configuration,

¹⁰⁴⁵ « *In the context of later developments concerning fair and equitable treatment, it is easy to see why arbitrators would have found a rule that imposes liability for improper procedure in dealing with the investor more palatable than the use of the notion of expropriation. The use of expropriation to cover these circumstances involves an extension of the concept. The discovery of fair and equitable treatment to cover the situation involves an innovation of the law* », SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit., p. 465. Voir également : CARREAU D., JUILLARD P., BISMUTH R. and HAMANN A., *Droit international économique*, 6e édition, Dalloz, 2017, p. 503-504.

la fonction des tribunaux arbitraux est plus proche d'une fonction de création du droit, dans la mesure où l'interprétation donnée par un tribunal et reprise par d'autres tribunaux tend à s'imposer comme le sens de la règle. Dans la doctrine, ce phénomène est désigné comme *de facto precedent*¹⁰⁴⁶ ou « jurisprudence constante »¹⁰⁴⁷. Certains auteurs n'hésitent pas à revendiquer une reconnaissance des décisions arbitrales en tant que source principale du droit¹⁰⁴⁸.

Bien que l'article 38 du Statut de la CIJ ait fait des décisions judiciaires une source subsidiaire du droit international, les cours et tribunaux internationaux ont très tôt affiché une volonté d'établir des précédents au nom de l'objectif de cohérence et de la sécurité juridique¹⁰⁴⁹. Les tribunaux d'investissement n'y ont pas fait exception¹⁰⁵⁰. Même si ceux-ci évitent le terme « précédent »¹⁰⁵¹, ils admettent cependant l'importance du recours aux sentences antérieures dans une fonction de persuasion¹⁰⁵². Ce faisant, le recours aux décisions antérieures par les tribunaux d'investissement emporte un « *law-creating element* »¹⁰⁵³. Concrètement, le fait que les traités d'investissement réservent souvent la connaissance des différends à un tribunal arbitral chargé d'appliquer à des faits des règles vagues prévues dans les traités¹⁰⁵⁴ a conduit à l'idée de la délégation faite par les États aux tribunaux. Cette idée pouvant être comprise comme

¹⁰⁴⁶ KAUFMANN-KOHLER G., « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? », *Arbitration International*, vol. 23 (2007), n° 3, p. 357-378; REED L., « The De Facto Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (2010), n° 1, p. 95-103.

¹⁰⁴⁷ BJORKLUND A.K., « Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante », *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ ALVAREZ J., « A BIT on Custom », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 42 (2009), p. 17-80.

¹⁰⁴⁹ MBENGUE M.M., « Precedent », in D'ASPROMONT J., SINGH S. and MCBAIN G.C. (eds.), *Concepts for international law: contributions to disciplinary thought*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 708-718, spec. p. 710-711.

¹⁰⁵⁰ Pour une recherche empirique sur les références aux sentences antérieures: FAUCHALD O.K., « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis », *European Journal of International Law*, vol. 19 (2008), n° 2, p. 301-364 ; COMMISSION J.P., « Precedent in Investment Treaty Arbitration: The Empirical Backing », *Transnational Dispute Management (TDM)*, (2007), n° 5, p. 1-7 (et 32 pages d'annexes).

¹⁰⁵¹ Par exemple *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009, para. 90.

¹⁰⁵² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, para. 189. Ils évoquent également une fonction d'inspiration : *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, 26 April 2005, para. 30.

¹⁰⁵³ BJORKLUND A.K., « Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante », in PICKER C.B. (ed.), *International economic law: the state and future of the discipline*, Oxford, Hart Publ, 2008, p. 265-280, spec. p. 267. Le recours aux décisions antérieures s'explique par plusieurs raisons dont la disponibilité croissante des décisions et le besoin de se justifier sur la base décisions préexistantes (*Ibid.*, p. 266).

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 269. Voir également: BENTOLILA D., *Arbitrators as Lawmakers*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2017, p. 69. L'auteure fonde la différence en termes de « lawmaking » entre les tribunaux arbitraux et les juges nationaux sur la grande liberté des premiers dans l'interprétation des règles. A propos des tribunaux d'investissement, elle écrit que « (t)he broad wording of treaty provisions and the flexibility of the rules of interpretation that arbitrators apply allow arbitrators to give precedence either to form or substance » (*Ibid.*, p. 69).

un prolongement de l'entreprise conventionnelle, non plus par les États, mais par les tribunaux arbitraux¹⁰⁵⁵. Ainsi, un tribunal a justifié les références aux sentences antérieures par la flexibilité du standard TJE¹⁰⁵⁶.

Si cette place importante des tribunaux fait l'objet de critiques, celle-ci ne s'oppose pas à la prise en compte de l'intérêt général dans le contentieux arbitral. Cette prise en compte peut être identifiée. Il est possible de montrer que le débat autour de la protection de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement est à formuler autour de la constance de la prise en compte de l'intérêt général et non du défaut de cette prise en compte. En outre, par l'effet de la « jurisprudence constante », il se dégage de grandes tendances « jurisprudentielles » qui nourrissent le contenu des projets de révision des traités d'investissement entrepris par les États. Ce dialogue entre les tribunaux et les États contribue au renforcement de la protection de l'intérêt général dans l'arbitrage d'investissement et peut, partant, contribuer à la protection de l'intérêt général social.

Ainsi, des tribunaux tentent de prendre en compte l'intérêt général dans l'application du standard de traitement juste et équitable. Bien que les décisions soient difficilement uniformisables en raison des caractéristiques propres au standard lui-même et du caractère *ad hoc* des tribunaux, elles confirment cependant le fait que la protection de l'intérêt général à caractère social est non seulement possible, mais est encore réalisée à certains égards. La présentation de l'enjeu de la protection du pouvoir réglementaire de l'État dans l'application du TJE (**Section 1**) permet ensuite de montrer l'évolution de la place de l'intérêt général dans la pratique de la règle du TJE à travers l'analyse de la perfectibilité de la protection de l'intérêt général à caractère social dans l'analyse des attentes légitimes de l'investisseur (**Section 2**).

¹⁰⁵⁵ NORTON P.M., « The Role of Precedent in the Development of International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 33 (2018), n° 1, p. 280-301, spec. p. 281; SWEET A.S., CHUNG M.Y. and SALTZMAN A., « Arbitral Lawmaking and State Power: An Empirical Analysis of Investor-State Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 8 (2017), n° 4, p. 579-609, spec. p. 581. Dans ce sens, voir pour une théorisation de la fonction des tribunaux tantôt comme des agents tantôt comme des mandataires des États : ROBERTS A., « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104 (2010), n° 2, p. 179-225 ; REISMAN W.M., « Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (2015), n° 3, p. 616-634.

¹⁰⁵⁶ *Total S. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 21 December 2010, para. 107.

SECTION 1. L'ENJEU DE LA PROTECTION DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DE L'ÉTAT DANS L'APPLICATION DU STANDARD DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE

Un enjeu de l'application des règles d'investissement se trouve dans l'équilibre à rechercher entre l'assujettissement conventionnel de l'État et sa liberté réglementaire. Cet enjeu est omniprésent dans l'application des règles d'investissement. D'une part, l'engagement conventionnel qui oblige un État à se soumettre aux dispositions d'un accord d'investissement et à leur interprétation par un tribunal arbitral est le fait de l'exercice même de la souveraineté étatique¹⁰⁵⁷. D'autre part, en s'engageant par des accords d'investissement, les États n'entendent pas renoncer à tout pouvoir réglementaire dans le champ de ces accords. Dans le cas de la règle du traitement juste et équitable, le tribunal, dans l'affaire *Micula* affirmait que «(T)he fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability» ».

Dans ce sens, l'affaire *Veolia Propreté* illustre cette affirmation et permet d'avoir une idée de l'importance de la définition progressive de la place de l'intérêt général au service de la protection des droits sociaux (protection indirecte). A la base de ce litige fondé sur un contrat de services d'assainissement conclu entre *Veolia Propreté* et la ville d'Alexandrie en Egypte, se trouve l'adoption d'une nouvelle loi de travail qui augmente le montant du salaire minimum. A la suite, l'investisseur échoue à obtenir de l'État une renégociation du contrat et introduit une demande en arbitrage. Même si la sentence n'est pas disponible¹⁰⁵⁸, le succès de l'État montre que les règles d'investissement dont le TJE peuvent permettre de prendre en compte l'intérêt général à caractère social¹⁰⁵⁹. En outre, cette possibilité même donne une première réponse à la question de savoir si la protection de l'intérêt général social permet, au-delà de ne pas inhiber la volonté étatique d'améliorer les conditions de travail de travail des travailleurs, d'aligner les législations nationales sur les exigences du droit international en matière de droits sociaux. Une réponse positive contribue à accroître le niveau de socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements.

¹⁰⁵⁷ *Affaire du vapeur « Wimbledon » (Grande-Bretagne, France, Italie, Japon) v. Allemagne*, Arrêt, C.I.J., 17 août 1923, Série A, p. 15, p. 25.

¹⁰⁵⁸ *Veolia Propreté v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/15, Award, 25 May 2018.

¹⁰⁵⁹ <https://www.iareporter.com/articles/egyptian-official-confirms-victory-in-veolia-case-at-icsid-as-company-remains-silent>.

Toutefois, le problème semble résider davantage dans l'imprécision des frontières de la protection de l'intérêt général à caractère social. C'est dans ce sens qu'il convient de comprendre le propos suivant du tribunal : « *the question presented here is to what extent treaty protections, and in particular, the obligation to accord investors fair and equitable treatment under the ECT, may be engaged and give rise to a right to compensation as a result of the exercise of a State's acknowledged right to regulate* »¹⁰⁶⁰. Cette question du tribunal s'explique par la difficile délimitation du contenu du standard. Le fait que le standard du traitement juste et équitable n'a pas un contenu uniforme dans les sentences arbitrales contribue à contraindre davantage l'exercice de la liberté réglementaire de l'État. Le problème que soulève l'application du TJE est donc un problème relatif à la constance et à l'étendue du respect du pouvoir réglementaire de l'État par les tribunaux. Il tient essentiellement au contenu extensible du TJE (**Paragraphe 1**) dont la plus fidèle représentation est la théorie des attentes légitimes considérée comme l'élément le plus dominant parmi ses composantes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le contenu extensible de la règle du traitement juste et équitable

L'énonciation de la règle du traitement juste et équitable dans les accords internationaux d'investissement est un fait récent : les premières références dans les accords économiques datent d'après la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁶¹. Les traités multilatéraux relatifs aux investissements l'ont simplement évoquée¹⁰⁶². Il est revenu aux TBI de prévoir des dispositions contraignantes relatives au standard. Différentes formulations en ont résulté ; tout en compliquant la tâche d'interprétation par les tribunaux d'un standard aussi vague, elles ont confirmé aussi son existence¹⁰⁶³. Quant aux tribunaux arbitraux, ils ont dû, au moins dans un premier temps, déterminer le contenu du standard en question¹⁰⁶⁴ ; cela s'est fait aux dépens de sa clarté conceptuelle et de son fondement sociologique et juridique. Les tribunaux ont adopté

¹⁰⁶⁰ *Ioan Micula et al. v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013*, para. 666.

¹⁰⁶¹ UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, New York, United Nations, 2012, p. 5.

¹⁰⁶² KLÄGER R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 11-13.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 21. Voir sur les différentes formulations conventionnelles du standard, p. 13-21 ; UNCTAD, *Fair and equitable treatment, op. cit.*, p. 17 ss.

¹⁰⁶⁴ Ainsi, « *arbitrals tribunals have sought to fill what was a vacuous concept with a new meaning quite unintended by parties at the time of the making of the treaties* » (SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment, op. cit.*, p. 412). Sur les différentes approches de détermination du contenu du standard, voir DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 141-144.

différentes approches définitionnelles¹⁰⁶⁵ avec pour résultat l'absence de définition¹⁰⁶⁶ ou une définition énumérative des éléments supposés composer la notion. Du reste, faut-il peut-être se résoudre à comprendre que l'indéfinition du TJE a en soi une signification confirmative de l'idée que « son imprécision constitue une technique d'énonciation en vertu de laquelle la teneur de la norme est fixée par sa fonction »¹⁰⁶⁷. Même avec une telle interprétation, la difficulté reste entière, parce que les limites de cette fonction sont en quelque sorte redéfinies suivant l'évolution du contenu du standard. Or, ce contenu est progressivement défini par les tribunaux au fil des affaires décidées¹⁰⁶⁸ et de la reprise de *dicta* de tribunaux précédents¹⁰⁶⁹. Ce qui montre que le contenu du standard est facilement extensible.

En outre, en 2012, lorsqu'elle énumérait les éléments constitutifs du standard - les attentes légitimes de l'investisseur, le déni de justice, l'arbitraire manifeste, la discrimination, le traitement abusif¹⁰⁷⁰, la CNUCED précisait que certains éléments comme la transparence ou la cohérence étaient encore débattus, si bien qu'ils ne pouvaient être ajoutés sans plus de confirmation jurisprudentielle.

¹⁰⁶⁵ KLÄGER R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, *op. cit.*, p. 32-35.

¹⁰⁶⁶ Le tribunal dans l'affaire *SAUR International* relevait la difficulté, même après application des règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « L'application de ces critères herméneutiques ne réussit toutefois pas à éclaircir beaucoup les choses, le résultat tend à être tautologique et à se circonscrire à la substitution des termes de l'APRI (Accord relatif à la promotion et la promotion mutuelle des investissements entre l'Argentine et la France) par d'autres termes tout aussi vagues. Tout ce que l'on peut induire de l'APRI est que tant le TJE (Traitement juste et équitable) que les PSPE (principe de sécurité pleine et entière) sont des concepts juridiquement indéterminés, qui imposent des règles de comportement aux États concernant les investissements protégés : ils interdisent qu'un État adopte des actes administratifs, législatifs ou judiciaires qui ne soient pas justes et équitables ou qui créent une absence de protection ou de l'insécurité » (*Saur International S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012*, para. 482).

¹⁰⁶⁷ NOUVEL Y., « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière » in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 301.

¹⁰⁶⁸ Après avoir analysé les éléments constitutifs du standard tels qu'ils sont identifiés par les tribunaux, (la stabilité et la protection des attentes légitimes de l'investisseur, la transparence, le respect des engagements contractuels, le respect de la procédure légale, la bonne foi, l'interdiction de contraindre et d'harcèlement), des auteurs concluaient que ces « categories outlined above by no means exhaust the possibilities of the FET standard. With the progression of arbitral practice, tribunals are likely to develop these categories further and to add new ones » (DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 160).

¹⁰⁶⁹ À titre illustratif, dans un récent arbitrage, *Cairn Energy v. India*, le tribunal a recouru à l'interprétation systémique pour ajuster l'application du TJE aux faits de l'espèce. En effet, pour aboutir à la conclusion que l'Inde a, en appliquant rétroactivement une loi fiscale de 2012 à des opérations économiques antérieures à son adoption, agi de façon arbitraire et injuste, le tribunal a estimé que l'Inde n'a pas respecté un principe général de droit, celui de la sécurité juridique qu'il a déduit de la théorie de l'état de droit (*Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Government of India, PCA Case No. 2016-7, Award, 21 December 2020*, para. 1740- 1749).

¹⁰⁷⁰ UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, New York, United Nations, 2012, p. 62.

Cette imprécision du contenu du TJE n'est pas sans conséquence, si tant est que « l'indétermination des standards contenus dans les APPI et la tendance de la jurisprudence à étirer les limites de ceux-ci ont eu pour effet de faire peser sur les États des obligations qu'ils n'avaient même pas envisagées et qui ont, parfois, largement dépassé les garanties du droit interne, y compris dans les États au système juridique stable »¹⁰⁷¹. Cette affirmation paraît très juste pour le standard du traitement juste et équitable qui, « *(d)epending upon how it is interpreted and applied by the tribunals* », renferme « *the potential to reach further into the traditional domaine réservé of the host state than any one of the other rules of the treaties* »¹⁰⁷². C'est à ce propos que, dans le débat juridique (doctrinal et jurisprudentiel), l'apparition du standard a soulevé un point de clivage tenant à la question de savoir s'il était nouveau. Précisément, il s'est agi de savoir si le TJE était une nouvelle dénomination du standard de traitement minimum du droit international général, ou s'il était autonome¹⁰⁷³. En conséquence de la prévalence de la position autonomiste, les obligations de l'État sont devenues plus étendues et aussi plus vagues¹⁰⁷⁴.

En raison de ce contenu large, une délimitation s'impose dès lors. Pour comprendre la protection de l'intérêt général dans l'application du traitement juste et équitable, il suffira de s'en tenir à l'un de ses éléments constitutifs : les attentes légitimes de l'investisseur¹⁰⁷⁵. Les enjeux que soulève l'application de cet élément reflètent à suffisance ceux du standard tout entier.

¹⁰⁷¹ NOLDE B., « Droit et technique des traités de commerce », *R.C.A.D.I.*, III (1924), p. 291-462, p. 299.

¹⁰⁷² RUDOLF D., « The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law », in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37 (2005), n° 4, p. 953-972, spéc. p. 964.

¹⁰⁷³ Voir SCHREUER C., « Fair and Equitable Treatment in arbitral Practice », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 6 (2005), n° 3, p. 357-386, p. 359ss ; NOUVEL Y., « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, *op. cit.*, p. 303-312 ; SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, *op. cit.*, p. 411.

¹⁰⁷⁴ Le tribunal ALENA dans l'affaire Merrill and Ring décrivait un comportement inapproprié qui « *while difficult to define, may still be regarded as unfair, inequitable or unreasonable* » (*Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 mars 2010, para. 210).

¹⁰⁷⁵ Le choix est porté sur la doctrine des attentes légitimes qui est l'un des derniers éléments identifiés du contenu du TJE standard. Elle manifeste les problèmes de définition et de détermination du contenu du TJE. En outre, elle a dynamisé l'invocation du standard dans le contentieux arbitral relatif aux investissements.

Paragraphe 2. L'enjeu du respect pouvoir réglementaire dans la doctrine des attentes légitimes

La doctrine des attentes légitimes est une composante encore discutée du TJE¹⁰⁷⁶. Elle est considérée comme l'élément dominant du TJE¹⁰⁷⁷ et a intensifié son invocation depuis son apparition. Le traitement juste et équitable est devenu un standard dont la violation est régulièrement invoquée par les investisseurs et permet la sanction du comportement de l'État lorsque les autres allégations de l'investisseur ne prospèrent pas¹⁰⁷⁸.

Du point de vue de sa définition, elle présente une grande difficulté comme le TJE. Elle semble être sortie de nulle part¹⁰⁷⁹. En témoigne la justification fort simpliste fournie par certains tribunaux¹⁰⁸⁰. Des analyses y voient, entre autres, une transposition en droit international des investissements du concept de droit interne¹⁰⁸¹, faisant de la protection des attentes légitimes un principe général de droit¹⁰⁸². Aussi, sa conceptualisation bute-t-elle contre certains écueils liés notamment à son contenu imprécis et au défaut d'une base légale certaine, laissant beaucoup de questions sans réponses¹⁰⁸³. En effet le fondement juridique de cette doctrine est des plus ambigus. Or, la doctrine apporte difficilement des réponses à ces difficultés, car elle s'appuie tantôt sur le droit public comparé pour y voir un principe général

¹⁰⁷⁶ Certains tendent d'y voir l'émergence d'un standard autonome : FIETTA S., « The "Legitimate Expectations" Principle under Article 1105 NAFTA », *The Journal of World Investment & Trade*, (2006), p. 423-432 ; SNODGRASS E., « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21 (1 mars 2006), n° 1, p. 1-58.

¹⁰⁷⁷ *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, *Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability*, 30 November 2012, para. 7.75. Voir également la sentence *Belenergia* qui y voit « a key element of FET » (*Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, *Award*, 6 August 2019, para. 570).

¹⁰⁷⁸ JACOB M., SCHILL W. S., « Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method », in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S., REINISCH A., KIM Y.-I. (eds.), *International investment law: A handbook*, op. cit., 2015, p. 702.

¹⁰⁷⁹ SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit., p. 417.

¹⁰⁸⁰ A propos de la place des attentes légitimes dans la Charte de l'énergie dans le silence du traité, le tribunal dans l'affaire *Cube*, expliquait l'existence des attentes légitimes en tant que composante de la règle de TJE de la manière aussi bancale: « the concept of legitimate expectations is familiar in the context of analyses of claims of breaches of FET provisions and it is convenient to use that concept here » (*Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, *Decision on jurisdiction, Liability and partial Decision on Quantum*, 19 février 2019, para. 386).

¹⁰⁸¹ Elle trouve son origine en droit interne. Voir KLÄGER R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, op. cit., p. 165.

¹⁰⁸² WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 18-33.

¹⁰⁸³ Un auteur parle de zones grises qui ne sont pas encore élucidées : « can a state create a legitimate expectations without explicit promise ? Is detrimental reliance required? To what extent investor own conduct relevant in the assessment of its legitimate expectations? In what circumstances can investors legitimately expect legal stability? » (WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, op. cit., p. 7).

de droit¹⁰⁸⁴, tantôt sur le droit international pour en faire un principe de droit international, si elle ne se contente pas de constater la formation d'une règle jurisprudentielle par l'effet des décisions arbitrales. On a même tenté de trouver une base théorique dans la philosophie morale¹⁰⁸⁵ en partant de l'idée que « *(t) he legal question on protection of legitimate expectations has an inherently a moral dimension- namely, why a state must keep its promise or else pay compensation for the harm by a broken promise* »¹⁰⁸⁶. Au regard du peu de clarté conceptuelle, il n'est donc pas étonnant qu'après une décennie d'application et de développement doctrinal, on se demande encore si « *we really know what the doctrine of 'legitimate expectations' stands for and what purpose it serves* »¹⁰⁸⁷.

Une chose est néanmoins certaine : une telle imprécision laisse une grande liberté aux tribunaux dans l'interprétation et favorise une interprétation extensive du standard qui se fait au détriment de la liberté réglementaire de l'État et qui menace la protection de l'intérêt général. Le caractère oppressif des attentes légitimes pour le pouvoir réglementaire de l'État réside dans l'imprécision de son contenu et la diversité de ses sources qui peuvent concerner tous les actes de l'État. En effet, des attentes légitimes peuvent résulter non seulement du cadre législatif et réglementaire, encore de l'engagement contractuel étatique, mais surtout elles peuvent découler des promesses déduites d'actes ou de comportements informels comme des assurances et représentations verbales, de discours politiques. En d'autres termes, la responsabilité de l'État peut être retenue et des dommages et intérêts dus pour des promesses faites par le législateur ou par les autorités gouvernementales dans le contrat ou des documents

¹⁰⁸⁴ POTESTA M., « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28 (1 mai 2013), n° 1, p. 88-122; SNODGRASS E., « Protecting Investors' Legitimate Expectations - Recognizing and Delimiting a General Principle », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21 (2006), n° 1, p. 1-58. Voir . Des décisions arbitrales également dont certaines s'appuient aussi sur le droit public comparé sans explicitement en faire un principe général de droit : *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006. Separate Opinion of Thomas Wälde, 1 December 2005*, para 28; *Total S. A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 21 December 2010*, para. 128; *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014*, para. 576.

¹⁰⁸⁵ WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, op. cit., p. 53ss. Voir également : *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, 30 July 2010*.

¹⁰⁸⁶ WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, op. cit., p. 5. Pour les bases théoriques voir également : *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, 30 July 2010*, para. 222; DOLZER R., « Fair and Equitable Treatment: Today's Contours », in *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12 (2014), n° 1, p. 7, p. 17.

¹⁰⁸⁷ DUPUY F., DUPUY P.M., « What to expect from legitimate expectations? A critical Appraisal and look into the Future of the « Legitimate expectations' doctrine in International Investment Law », in Festschrift ABDEL-RAOUF M., LEBOULANGER P., ZIADÉ N.G., QUSHAYRĪ A. (eds.), *Festschrift Ahmed Aadek El-Kosheri: from the Arab world to the globalization of international law and arbitration*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 273.

non contractuels considérés comme faisant naître des attentes légitimes. Ainsi, en raison de la protection des attentes légitimes de l'investisseur, il a pu être exigé de l'État le respect d'une obligation de ne pas altérer de l'environnement juridique et économique qui a vu naître l'investissement, l'exigence d'une stabilité législative (il arrive même que l'existence d'une garantie ne soit ni expresse ni même implicite, mais simplement déduite de la promotion de l'investissement)¹⁰⁸⁸ ; l'exigence de transparence administrative¹⁰⁸⁹ ou encore le respect des attentes reposant sur la perspective d'un achat d'actions qui n'a pas eu lieu pour des raisons politiques¹⁰⁹⁰

Cela est d'autant plus préoccupant qu'il est indiscutable que la violation des attentes légitimes entraîne une violation du TJE et engage la responsabilité de l'État. À cet égard, il faut préciser que la place des attentes légitimes dans le cadre du TJE diffère substantiellement de celle dans le cadre de l'expropriation. La situation présente un degré de gravité moindre dans le cas de l'expropriation indirecte. La violation des attentes légitimes n'entraîne pas par elle seule une violation de l'interdiction de l'expropriation indirecte, car ces attentes ne « peuvent constituer un élément suffisant à elles seules pour emporter le constat d'une expropriation indirecte illicite. Mais elles peuvent (...) venir appuyer un tribunal dans sa position et conforter ainsi la puissance de son argumentation au moment d'engager la responsabilité de l'État sur le fondement d'une dépossession »¹⁰⁹¹. Cela s'explique par le fait que, contrairement au TJE, le constat de l'expropriation indirecte s'appuie d'abord sur des éléments substantiels comme l'exigence de compensation dont l'absence frustre ensuite l'attente légitime de l'investisseur à être compensé. C'est donc l'existence de la règle d'expropriation indirecte elle-même qui est la source de l'attente légitime de l'investisseur. Aussi, les « seules « attentes légitimes » d'un investisseur, dans le champ de l'expropriation indirecte, tiennent donc d'une part à ce que l'État

¹⁰⁸⁸ Voir *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para. 250, 254 ; notamment les affaires argentines : *CMS Gas Transmission Company v. The Argentina Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para 274 ss ; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para 132-136; *Enron Corp. and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentine Republic*, ICSID Case ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 264.

¹⁰⁸⁹ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 99 ; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, para. 165 ; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 154, 739. Voir pour une critique: DOUGLAS Z., « Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex », *Arbitration International*, vol. 22 (2006), n° 1, p. 27-52. , p. 28.

¹⁰⁹⁰ *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award*, 19 August 2005, para. 231-235ss.

¹⁰⁹¹ NANTEUIL A. de, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, p. 224.

respecte les engagements qu'il a pris ou qu'il agisse conformément aux apparences qu'il a créées, et d'autre part à ce que les autorités agissent conformément au droit applicable : à savoir qu'une mesure équivalente à l'expropriation ne soit pas prise en dehors des conditions prévues par le droit international, et sans abus ou détournement de pouvoir ou de procédure »¹⁰⁹².

Dès lors, l'enjeu principal que pose le standard du TJE et, partant, la théorie des attentes légitimes de l'investisseur, au regard de leur flexibilité ou de leur difficile appréhension, n'est pas la crainte que le standard ne puisse intégrer la protection de l'intérêt général, tant s'en faut. Il s'agit plutôt de la difficulté à assurer la stabilité, la constance ou encore l'homogénéité dans la protection de l'intérêt général. Il en résulte une évolution nuancée de la place de l'intérêt général dans la pratique arbitrale des attentes légitimes.

SECTION 2. LA PERFECTIBILITE DE LA PROTECTION DE L'INTERET GENERAL SOCIAL DANS L'ANALYSE DES ATTENTES LEGITIMES DE L'INVESTISSEUR¹⁰⁹³

Globalement, tout comme dans le cadre du TJE¹⁰⁹⁴, le souci de la protection de l'intérêt général dans l'analyse des attentes légitimes a accompagné l'évolution de la doctrine des

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 223.

¹⁰⁹³ Le qualificatif légitime a parfois été critiqué. On préfère à sa place celui de « raisonnable ». Voir le propos dissident de l'arbitre Oscar Garibaldi dans l'affaire Glencore International : « *Arbitrator Garibaldi concurs in the use of the term "legitimate expectations" only in the understanding that it means the same as "objectively reasonable expectations."* Mr. Garibaldi does not accept the applicability of any unstated criterion of legitimacy other than objective reasonableness (...) Using the expression "legitimate expectations" without anchoring it to a criterion of legitimacy based on objective reasonableness leaves the term open to redefinition by changing the criterion of legitimacy to include or exclude expectations (on moral, political, religious or other grounds) and so distort the original meaning of the term. Mr. Garibaldi understands that when an investor's expectations began to be considered as a factor in the FET analysis, the original idea was to refer to an investor's reasonable expectations, that is, expectations that an (objective) investor of ordinary prudence would have, as distinguished from the actual expectations of a particular investor » (*Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, note 1206*). Dans cette veine, le qualificatif « légitime » est souvent entendu au sens de raisonnable : « *the term "legitimate" further embodies the concept that the expectations must be reasonable, i.e., based on assurances that are attributable to Respondent and that an investor acting reasonably would have relied on in making its investment decision* » (*Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 November 2017, para. 812*). Les deux qualificatifs sont parfois maintenus dans des sentences qui traitent alors des attentes légitimes et raisonnables.

¹⁰⁹⁴ Voir pour l'étude de la question dans le cadre général du TJE: MUCHLINSKI P., « "Caveat Investor"? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55 (2006), n° 3, p. 527-557. Déjà dans la première édition de leur ouvrage, les professeurs Julliard et Carreau précisaient dans leur tentative de définition du TJE ceci : « Il semble bien, d'autre part, que par traitement équitable, on puisse entendre que la règle de traitement ménage leur part légitime aux intérêts des parties en cause dans une opération d'investissement international. Le traitement équitable serait donc celui qui assurerait un équilibre satisfaisant entre les intérêts de l'investisseur, d'un premier côté, de l'État de nationalité de cet investisseur, d'un deuxième côté, et de l'État de territorialité de l'investissement, d'un troisième côté, puisque tous les trois sont parties prenantes à l'opération d'investissement. A l'intérieur de ce

attentes légitimes. C'est d'abord l'engagement définitif et total de l'État qu'impliquait la doctrine des attentes légitimes telle que conçue par le tribunal arbitral dans l'affaire *Tecmed*¹⁰⁹⁵ qui a été mis en doute. Le tribunal, dans l'affaire *Continental Casualty v. Argentina* a considéré qu'il était inacceptable et improbable que les États aient prévu de se limiter à ce point¹⁰⁹⁶. En outre, l'interprétation extensive vide de son sens le principe selon lequel l'investisseur doit prendre les règles de l'État tel qu'il les trouve¹⁰⁹⁷. Enfin, s'agissant d'allégations de violations du traitement juste et équitable fondées sur la violation de dispositions contractuelles, l'étendue du champ de la doctrine ou le seuil d'exigence bas du caractère raisonnable des attentes légitimes a pu conduire à la critique, surtout lorsque la demande connaît un succès, que la doctrine des attentes légitimes opère une mutation de demandes contractuelles en demande conventionnelles¹⁰⁹⁸ au regard de certaines décisions qui posent des exigences très peu élevées pour établir la violation du standard¹⁰⁹⁹. Tout cela a concouru à préciser dans la pratique la place de l'intérêt général à caractère social à travers la définition progressive des contours de la sauvegarde du pouvoir réglementaire souverain (**Paragraphe 1**). Toutefois, la construction jurisprudentielle des attentes légitimes rend instable et difficilement cernable de façon définitive la place de l'intérêt général. Il en résulte que la question de la constance de la protection de l'intérêt général dans l'application des attentes légitimes doit être davantage traitée, conventionnellement et/ou par les tribunaux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les manifestations du respect du pouvoir réglementaire souverain

Le pouvoir réglementaire de l'État s'oppose frontalement à une interprétation extensive de l'existence et de la violation des attentes légitimes. La protection de l'exercice du pouvoir réglementaire passe alors par une circonscription du comportement étatique servant de base à

principe correctif du droit interne qu'est le standard international du traitement juste et équitable, l'exigence de la conformité au droit trouverait donc, elle-même, corrigée par l'exigence de la conformité à l'équité » (CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, 3. éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 463ss.

¹⁰⁹⁵ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 , Award, 29 May 2003, para. 88, 122.

¹⁰⁹⁶ SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit., p. 418-420 ; voir aussi *Agua Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/17, *Decision on Liability*, 30 Juillet 2010, *Separate opinion of arbitrator Pedro Nikken*, 9 April 2015, para 27.

¹⁰⁹⁷ SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, op. cit., p. 2017, p. 421.

¹⁰⁹⁸ WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, op. cit., p. 83-85. Voir aussi : DOUGLAS Z., « Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex », op. cit., p. 27-52 ; CRAWFORD J., « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24 (2008), n° 3, p. 351-374.

¹⁰⁹⁹ Voir par exemple *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, *Partial Award*, 19 August 2005, para. 232.

l'existence des attentes légitimes (A) et par le choix judicieux des facteurs considérés dans l'appréciation de la violation des attentes légitimes (B).

A. La tentative de circonscription du comportement étatique fondateur des attentes légitimes

Il convient de remarquer que le cadre juridique relatif au TJE n'est pas uniforme. La disparité des formulations conventionnelles conduit à un niveau d'encadrement tantôt précis tantôt indéfini. L'exemple de l'ALENA est de ce point de vue très particulier, voire unique. L'atténuation des effets indésirés du standard concourant à la protection de l'intérêt général y a tenu à deux points principaux.

Le premier est l'instauration d'un seuil élevé à considérer dans l'établissement de la violation du standard par un comportement étatique. Dans l'affaire *Gami Investments*, le tribunal reconnaît qu'il ne lui revient pas de contrôler les lois et règlements auxquels est assujéti l'investisseur étranger. Même s'il entre dans ses pouvoirs d'apprécier la mise en œuvre de ces lois et règlements, la simple défaillance de conformité à la loi ou la non-conformité des actes administratifs aux objectifs réglementaires ne suffisent pas à établir une violation du TJE. Il précise que pour qu'il lui soit possible d'aboutir à une conclusion différente, « *(a) claim of mal administration would likely violate article 1105 if it amounted to an « outright and unjustified repudiation » of the relevant regulations* »¹¹⁰⁰.

Le second est relatif à l'encadrement conventionnel du TJE circonscrit au contenu du droit coutumier. Cette précision a permis une application simplifiée du TJE à la faveur de la lecture combinée de la disposition de l'article 1105 ALENA¹¹⁰¹ et de la note interprétative de la Commission du commerce et de l'investissement de l'ALENA¹¹⁰². Cela a été possible malgré

¹¹⁰⁰ *Gami Investments Inc. v. Mexico, UNCITRAL, Award, 15 November 2004*, para 103.

¹¹⁰¹ « Article 1105 : Chacune des Parties accordera aux investissements effectués par les investisseurs d'une autre Partie un traitement conforme au droit international, notamment un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales »

¹¹⁰² « 2. *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.*

la résistance de certains tribunaux, car la clarification n'a pas paru aussi évidente pour tous les acteurs de l'arbitrage ALENA¹¹⁰³. En particulier, certains tribunaux ont voulu fonder l'interprétation extensive du standard sur une interprétation évolutive du droit coutumier international en vue de déduire une convergence entre le traitement minimum du droit coutumier et le standard du traitement juste et équitable autonome¹¹⁰⁴. En fin de compte, cette tentative réfractaire n'a pas prévalu, car les attentes légitimes jouent un rôle mineur dans le contenu normatif du traitement juste et équitable tel qu'il a été voulu dans l'ALENA. Ainsi, « *for all NAFTA tribunals (except for Glamis), the host State's failure to respect an investor's legitimate expectations does not constitute a breach of the FET standard under article 1105, but is rather a 'factor' to be taken into account when assessing whether or not other well-established elements of the standard have been breached* »¹¹⁰⁵. Cette pratique globalement cohérente des tribunaux ALENA montre une voie exploitable pour contenir le standard dans des limites favorables à l'expression de la liberté réglementaire de l'État.

En dehors de l'ALENA, la compréhension générale est celle de l'autonomie du standard TJE. Comme l'a noté le tribunal dans l'affaire *Cairn Energy*, « *(w) hile customary international*

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* » (NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of certain Chapter 11 Provisions*, 31 July 2001)

¹¹⁰³ DUMBERRY P., « The Emergence of a Consistent Case Law: How NAFTA Tribunals have Interpreted the Fair and Equitable Treatment Standard », *Kluwer Arbitration Blog*, (30 octobre 2013). En ligne : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/30/the-emergence-of-a-consistent-case-law-how-nafta-tribunals-have-interpreted-the-fair-and-equitable-treatment-standard>. (Consulté le 10 janvier 2021).

¹¹⁰⁴ Pour le tribunal dans l'affaire *Merril and Ring*, « *(t)he parties have extensively discussed whether the customary law standard might have converged with the fair and equitable treatment standard, but convergence is not really the issue. The situation is rather one in which the customary law standard has led to and resulted in establishing the fair and equitable treatment standard as different stages of the same evolutionary process* » (*Merril and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 mars 2010, para. 209). Mais, contrairement à ce que le tribunal prétend, il finit par affirmer lui-même et implicitement la convergence puisque c'est le TJE qui a intégré le droit international coutumier. Il poursuit dans cette optique de démonstration de la manière suivante : « *A requirement that aliens be treated fairly and equitably in relation to business, trade and investment is the outcome of this changing reality and as such it has become sufficiently part of widespread and consistent practice so as to demonstrate that it is reflected today in customary international law as opinio juris. In the end, the name assigned to the standard does not really matter. What matters is that the standard protects against all such acts or behavior that might infringe a sense of fairness, equity and reasonableness. of course, the concepts of fairness, equitableness and reasonableness cannot be defined precisely: they require to be applied to the facts of each case. In fact, the concept of fair and equitable treatment has emerged to make possible the consideration of inappropriate behavior of a sort, which while difficult to define, may still be regarded as unfair, inequitable or unreasonable* » (*Merril and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 mars 2010, para. 210).

¹¹⁰⁵ DUMBERRY P., « The Emergence of a Consistent Case Law: How NAFTA Tribunals have Interpreted the Fair and Equitable Treatment Standard », *Kluwer Arbitration Blog*, (30 octobre 2013). Voir pour plus de développements : DUMBERRY P., « Protection of Investors' Legitimate Expectations and Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 », *Journal of International Arbitration*, vol. 31 (2014), n° 1, p. 47-74.

law may be used as a source of rules applicable in the relations between the Parties pursuant to the rule of systematic interpretation of treaties under Article 31 (3) (c) of the VCLT, the protection offered by the FET provision is now not considered to be confined to customary international law except in treaties that specify the minimum standard of treatment in accordance with customary international law »¹¹⁰⁶. Dès lors, l'interprétation du standard va dépendre de la rédaction particulière de chaque traité d'investissement. En général, la conception selon laquelle le standard est autonome vis-à-vis du droit coutumier prévaut, cette situation contribue à laisser une place centrale aux attentes légitimes considérées comme élément dominant du TJE.

Toutefois, malgré son appréhension difficile, les attentes légitimes ne sont pas appliquées de manière à priver l'État de tout pouvoir réglementaire. Au contraire, au fil des critiques, et sans prendre le risque de généralisation, la recherche de la protection de l'intérêt général va devenir progressivement et souvent une constante à l'occasion d'allégations de violations des attentes légitimes. Conséquence ou preuve de cette évolution en cours, de lignes saillantes dessinant les contours de la protection de l'intérêt général dans l'analyse des allégations des violations des attentes légitimes de l'investisseur apparaissent graduellement et peuvent être présentées succinctement en deux points qui peuvent toujours se recouper. Il s'agit de l'émergence d'une approche volontariste des attentes légitimes (1) et de l'exigence par défaut de la spécificité de l'engagement étatique (2).

1. L'émergence d'une approche volontariste de l'existence des attentes légitimes

L'appréciation de l'importance de cette ligne jurisprudentielle requiert un rappel de l'exigence du standard FJE¹¹⁰⁷. La théorie des attentes légitimes est intrinsèquement liée au changement du cadre juridique décidé par les autorités publiques. La menace qu'elle présente pour la liberté réglementaire réside, entre autres, dans l'étendue des comportements fondateurs des attentes légitimes ; les décisions de changement concernées pouvant être aussi bien l'édiction d'une loi, la prise d'un engagement contractuel ou les affirmations verbales ou comportements informels de ces autorités. Dès lors, toute décision ou tout comportement qui

¹¹⁰⁶ *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Government of India, PCA Case No. 2016-7, Award, 21 December 2020*, para. 1731.

¹¹⁰⁷ Voir pour une classification des conceptions des attentes légitimes et pour des explications amples et aussi philosophiques de cette approche volontariste : WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, *op. cit.*, p. 64-103.

trahit une promesse prise sous toutes ces formes constitue un changement du cadre juridique qui peut être considéré comme emportant une frustration des attentes légitimes de l'investisseur.

À ce propos, une ligne « jurisprudentielle » tend à se construire autour de décisions des tribunaux arbitraux d'investissement qui conditionnent l'admission de la violation des attentes légitimes de l'investisseur par l'exigence d'une preuve conventionnelle de l'intention de l'État de se lier par une promesse. Le défaut de cette preuve d'engagement de l'État à être lié conduit au rejet de l'allégation de l'existence même des attentes légitimes. Dans une affaire ayant opposé un investisseur à l'État équatorien à propos d'investissement dans le domaine de la production d'électricité, la demande de l'investisseur était fondée sur la violation de ses attentes légitimes résultant de la supposée mauvaise foi dont l'État aurait fait preuve dans le choix du mode de règlement des litiges contractuels (la mise en place d'une commission de liquidation prévue dans le contrat) et qui aurait frustré ses attentes légitimes de les résoudre par la voie d'arbitrage : « *With the failure of the negotiations for an arbitration agreement, the claimant maintains that Ecuador reneged on its promise to submit the dispute to arbitration, and then obstructed judicial proceedings before the courts of Ecuador, thereby denying the possibility of resolving the dispute in any forum* »¹¹⁰⁸. Le tribunal n'a pas partagé le point de vue du demandeur à ce propos et n'y a pas vu une violation du standard du traitement juste et équitable. Car, « *the failure of the negotiations for an arbitration agreement did not violate the BIT standard of fair and equitable treatment, and hence did not engage Ecuador's responsibility for any expectations that Seacoast might have entertained for reaching such agreement* »¹¹⁰⁹. Son raisonnement s'est appuyé sur l'absence d'une obligation étatique qui servirait de base à l'existence des attentes légitimes : « *Seacoast expectations with respect to signature of an arbitration agreement cannot be based on any acquired right to reach that agreement as a consequence of an obligation assumed by Ecuador. The Claimants did not prove the existence of the obligation on the part of the Ecuadorian authorities to reach an arbitration agreement* »¹¹¹⁰. Il en résulte, suivant le raisonnement du tribunal, que seul l'engagement à être lié par une obligation est la source de l'attente légitime de l'investisseur.

¹¹⁰⁸ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 19 October 2009, para. 307.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 324.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, para. 322.

Aussi, l'exigence d'une intention d'engagement réduit considérablement le champ couvert tout en cultivant la prévisibilité chez les autorités politiques. Dans l'affaire *Hochtief* dans laquelle l'investisseur soutenait une demande fondée sur la violation du traitement juste et équitable du fait de la frustration de ses attentes légitimes par la décision de la « pesification »¹¹¹¹ prise par l'État argentin, le tribunal a considéré que l'engagement pris par l'État argentin dans le contrat tenait à la « *maintenance of the value, in dollar terms, of the revenues under the Contract. Precisely how that value was maintained was, in the view of the majority of the Tribunal, not specified. Claimant did not have a legal right specifically to have that value maintained by means of constant adherence to peso-dollar parity* »¹¹¹².

Partant, cette approche préserve la liberté réglementaire de l'État et laisse la possibilité d'adoption de mesures d'intérêt général à caractère social. L'approche peut bien être appliquée tant au cadre réglementaire qu'au cadre contractuel. Concernant le cadre réglementaire et législatif d'un État défendeur¹¹¹³, la présence d'une clause de stabilisation dans un contrat manifeste juridiquement la promesse traduisant l'engagement étatique¹¹¹⁴. *A contrario*, son absence dans un contrat n'induit pas un gel du cadre réglementaire et législatif en faveur de l'investisseur¹¹¹⁵. Si le contrat peut être source d'attentes légitimes, la frustration de celles-ci ne tient pas à la simple violation du contrat, « *an additional element (be it the special significance of the breach, an act of puissance publique, loss of a secure and stable legal framework, and so on) is required to trigger international responsibility* »¹¹¹⁶. L'exception à cette assertion tient à une promesse spécifique contenue dans le cadre législatif et adressée à un investisseur en particulier ou à un groupe d'investisseurs¹¹¹⁷.

¹¹¹¹ Pour atténuer les effets de la récession économique que le pays vit depuis plusieurs années, l'État argentin a en 2002 mis fin à la parité fixe entre sa monnaie, le peso, et le dollar américain et de convertir en pesos tous les avoirs bancaires déposés en dollars.

¹¹¹² *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Award 29 December 2014, para. 238 ss.

¹¹¹³ Voir *NextEra Energy Global Holdings B.V and NextEra Energy Spain Holdings B.V v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019, para. 585 ss.

¹¹¹⁴ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 September 2007, para. 336.

¹¹¹⁵ *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on remaining issues of jurisdiction and on liability, 12 September 2014, para. 593 ; *Metalpar SA and Buen Aire SA v. Argentina*, Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/03/5, 6 June 2008, para. 186 ; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, para. 9.3.29.

¹¹¹⁶ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para. 1378.

¹¹¹⁷ *Total S. A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 21 December 2010, para. 164 ss ; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012, para. 217-378.

Regardant particulièrement l'intérêt général à caractère social, l'affaire *Sergéi Paushok* peut servir à illustrer ce propos. Dans cette affaire, l'État de Mongolie a adopté une nouvelle loi minière qui impose un pourcentage maximum de travailleurs étrangers au sein des sociétés opérant dans le secteur minier ainsi que des taxes pour l'emploi de travailleurs étrangers supplémentaires au-delà du seuil maximum requis. Cette législation visait à promouvoir l'emploi des travailleurs nationaux. Traitant les réclamations de l'investisseur qui a contesté la législation et qui a allégué des violations de règles de protection des investissements dont les attentes légitimes, le tribunal a considéré que les restrictions imposées n'entraînent pas systématiquement une violation du TBI. Il a considéré que celles-ci n'ont pas frustré les attentes légitimes de l'investisseur. Il a ainsi saisi l'occasion pour affirmer que : « *(the) proper way for an investor to protect itself in such circumstances is to ensure that it will benefit from a stability agreement* »¹¹¹⁸. C'est l'application même des règles de protection des investissements qui fait une place à la protection de l'intérêt général à caractère social. Si le défaut d'une clause de stabilisation ne limite pas l'exercice du pouvoir de l'État en matière d'adoption et de maintien de la législation sociale, il est possible de soutenir que le défaut ou le retard pris par un État dans l'adoption d'une législation en vue de se conformer à ses engagements internationaux relatifs aux droits sociaux ne pourraient pas créer des attentes légitimes pour l'investisseur.

En outre, appliqué aux comportements non contractuels ni réglementaires, l'intérêt principal d'une telle exigence pour l'État réside dans la négation de toute attente légitime qui résulterait des comportements étatiques qui ne revêtent pas le caractère d'obligation ou d'engagement juridique¹¹¹⁹, car ceux-ci ne sont pas de nature à exprimer formellement une intention de l'État à être lié par un quelconque engagement. C'est le cas des déclarations d'autorités politiques¹¹²⁰, des déclarations de politiques publiques ou programmes nationaux¹¹²¹, les accords concertés non conventionnels comme les communiqués à l'issue de

¹¹¹⁸ *Sergei Paushok v. Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, para. 370.*

¹¹¹⁹ Voir *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006. Separate Opinion of Thomas Wälde, 1 December 2005, para 32.* Il s'agit des assurances et des représentations: *Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000, para. 98* ; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 September 2007, para. 82* ; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para 298.*

¹¹²⁰ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para 393ss.*

¹¹²¹ *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para 243.*

rencontres, les correspondances écrites etc.¹¹²² Ainsi dans l'affaire *Ekosol*, même si l'investisseur a présenté des lettres reçues des autorités publiques, le tribunal quoique acceptant le principe que des attentes légitimes puissent découler de pareilles sources, n'a pas pu déduire des termes du courrier une promesse susceptible de constituer un engagement juridique¹¹²³. C'est ainsi qu'au sujet des déclarations politiques, il attire l'attention sur le fait que celles-ci ne sauraient être des sources d'engagement juridique, surtout lorsqu'elles ne sont pas directement adressées à un investisseur ou à une catégorie d'investisseurs en particulier¹¹²⁴.

Sans conteste, tout cela participe à la protection de l'intérêt général social.

2. *L'exigence par défaut de la spécificité de l'engagement*

En dehors de cette ligne jurisprudentielle présentée, le défaut d'adoption de l'approche fondée sur la présence d'un lien obligationnel formel n'est pas un « sauf-conduit » pour l'engagement de la responsabilité étatique. En effet, s'agissant des représentations, encouragements ou assurances, il est généralement requis que ceux-ci soient non ambiguës et

¹¹²² *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, 3Award, 31 March 2011*, para 282, 289-291.

¹¹²³ « *Eskosol's only other evidence of supposed specific representations directed to it individually is a letter from the GSE dated 3 December 2010, in which the GSE stated that « if the power plants» Eskosol planned to construct « meet all the requirements, also technical as set forth by applicable law, ... we believe that it is possible to secure access to the incentives set forth in the so-called Conto Energia, pursuant to the applicable provisions of law».* *Eskosol characterizes this letter as an assurance that Eskosol would be able to secure access to the Conto Energia III tariffs, but in the Tribunal's view, the GSE's letter does not say what Eskosol reads it as saying. Rather, the letter can be seen as a fairly cautious statement that made no commitments, but rather simply opined that the GSE expected the laws in force would be applicable to those who met their requirements»* (*Eskosol S.P.A in Liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/30, Award, 4 December 2020*, para. 427). De même concernant les déclarations des autorités gouvernementales, le tribunal précisait que « *(a)n announcement of the particular terms that a future decree is expected to include cannot be taken as a specific commitment that once enacted, those terms never could be modified, even to react in rational, proportionate ways to unexpected challenges. For such a commitment to be found, there would need to be additional statements made about the immutability of the legal regime, and not just its expected contents* » (*Ibid.*, para. 433).

¹¹²⁴ « *the Tribunal believes it is important to distinguish in the analysis, as prior tribunals have done, between (i) statements made specifically to guarantee investors that they would not be subject to "overly drastic changes," and (ii) those which are primarily « [p]olitical statements» or « general legislative statements,» which at best engender reduced expectations, since investors generally must assume that both politics and good faith legislation in the public interest might have to evolve to meet new challenges and unforeseen developments. While investors naturally may take into account the latter categories of statements in assessing the risks and benefits of potential investments, « it is one thing to be induced by political proposals to make an economic decision, and another thing to be able to rely on these proposals to claim legal guarantees »* » (*Ibid.*, para. 33). Voir également *Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019*, para. 579 et 580). Le tribunal soutient que les engagements pris par l'État dans des termes de référence contractuels généraux ne sont pas directement adressés à l'investisseur.

précis¹¹²⁵. Dans un récent arbitrage, la définition que le tribunal arbitral a donnée des attentes légitimes insistait sur cette caractéristique¹¹²⁶ au point de considérer les promesses de l'État trop générales pour servir de fondement aux attentes légitimes de l'investissement¹¹²⁷ : « *A legitimate expectation may arise in cases where the Administration has made a promise or representation to an investor as to a substantive benefit, on which the investor has relied in making its investment, and which later was frustrated by the conduct of the Administration. To be able to give rise to such legitimate expectations, such promise or representation – addressed to the individual investor – must be sufficiently specific, i.e. it must be precise as to its content and clear as to its form* »¹¹²⁸.

Le tribunal définit ainsi les éléments d'un test qui est commandé par la précision tant à l'égard de l'autorité publique qu'à l'endroit de l'investisseur, car « *the fact remains that the tribunal framed the specificity test to refer to both the active and the passive subject of the state commitment. In other words, the state's commitment should be generated by a specific state authority with relevant decision-making power, and should be directed at a specific investor* »¹¹²⁹.

En outre, de façon générale en matière contractuelle où la doctrine est encore âprement discutée, des tribunaux (en écho à la critique s'offusquant de la transformation, par le biais des attentes légitimes, des réclamations contractuelles en réclamations conventionnelles) ne donnent pas facilement droit à l'allégation de violation des attentes légitimes fondées sur des violations contractuelles. Ils réaffirment plutôt que l'arbitrage d'investissement (l'arbitrage ALENA en l'occurrence) n'est pas un forum de résolution des litiges contractuels ni une police d'assurance contre les mauvaises stratégies d'investissement¹¹³⁰. Aussi, l'exigence d'un élément supplémentaire¹¹³¹ a-t-elle conduit certains tribunaux à revenir à la distinction entre les actes

¹¹²⁵ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para 89.

¹¹²⁶ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, para 547.

¹¹²⁷ *Ibid.*, para. 153.

¹¹²⁸ *Ibid.*, para 547.

¹¹²⁹ DUDAS S., « A Sovereign Broken Promise: the Golden Ticket to a Billion-Dollar Award? », *Kluwer Arbitration Blog*, 21 June 2016. En ligne : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/21/a-sovereigns-broken-promise-the-golden-ticket-to-a-billion-dollar-award>. Consulté le 22 janvier 2021.

¹¹³⁰ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000, para 114.

¹¹³¹ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para. 1378.

d'autorité et les actes de gestion pour définir strictement l'existence d'attentes légitimes frustrées par une violation contractuelle : « (i) *n order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the state in the exercise of its sovereign authority ('puissance publique'), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT. In other words, the investment protection treaty only provides a remedy to the investor where the investor proves that the alleged damages were a consequence of the behaviour of the Host State acting in breach of the obligations it had assumed under the treaty* »¹¹³².

Dans le cadre législatif, il est également exigé que la loi contienne des engagements spécifiques à défaut desquels l'investisseur ne saurait se prévaloir de l'existence d'attentes légitimes à ce que l'État n'adopte pas par exemple des mesures de protection de la santé publique¹¹³³.

En tout état de cause, l'appréciation de l'existence des attentes légitimes prend en compte l'intérêt général poursuivi par l'État et le caractère raisonnable et proportionnel du comportement de l'État¹¹³⁴. Ces circonstances permettent ainsi de déterminer, lorsque l'intention de l'État de s'engager n'est pas explicite, si celui-ci peut être raisonnablement

¹¹³² *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005*, para. 260, lire aussi para. 267 ; voir aussi *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, Affaire CIRDI No. ARB/00/6, Sentence arbitrale, 22 décembre 2003*, para 51. Voir pour une critique : DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law, op. cit.*, p. 142 ou encore le professeur Schreuer : « *It is unlikely that a view will prevail that sees each and every violation of a contract as a breach of the FET standard. Where the outer limits of FET with regard to contracts will be drawn is another matter. A formal repudiation of the contract by way of a sovereign act may not be the best criterion. In fact, an action that abrogates a contract through an act of puissance publique would probably more accurately be described as an expropriation. A more relevant test for the violation of the FET standard with respect to contracts would be whether the investor's legitimate expectations regarding a secure and stable legal framework are affected. Not every violation of a contract would trigger a finding to this effect* » (SCHREUER C., « Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 4 (2007), n° 5, p. 20.

¹¹³³ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016*, para. 426, 430-434.

¹¹³⁴ Dans de récentes décisions dans lesquelles, l'investisseur a allégué la violation des attentes légitimes fondées sur des assurances et représentations, les tribunaux se sont en général aidés de ces critères. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012*, para. 7. 77 ; *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. the Kingdom of Spain (SCC V 062/2012), Final Award, 21 January 2016*, para. 513-516; *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. the Kingdom of Spain (SCC V 062/2012), Final Award, 21 January 2016*, para. 362 ; *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. the Kingdom of Spain (Arbitration SCC V2013/153), Award, 12 July 2016* , para 430. Dans le tribunal l'affaire *Blusun S.A.*, a, pour raison de déférence, a refusé d'apprécier les caractères d'intérêt public et de raisonnable, se limitant à l'application de la proportionnalité : *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 December 2016*, para 318ss.

considéré comme ayant pris des engagements spécifiques à l'endroit de l'investisseur. Le tribunal dans l'affaire *Duke Energy* le relevait lorsqu'il précisait à la suite d'autres que l'appréciation des attentes légitimes doit prendre en considération le contexte socio-économique de l'État d'accueil. Cela vise « *all circumstances, including not only the facts surrounding the investment, but also the political, socioeconomic, cultural and historical conditions prevailing in the host State. In addition, such expectations must arise from the conditions that the State offered the investor and the latter must have relied upon them when deciding to invest* »¹¹³⁵.

De même, dans le contexte de la crise économique argentine, la prise en compte de l'intérêt général à caractère social n'a pas été systématique comme l'attestent les décisions divergentes des tribunaux arbitraux. Il reste que dans l'affaire *Sempra*, le tribunal a semblé prendre en compte la situation économique du pays dans l'appréciation de l'allégation de l'investisseur touchant le point que la loi d'urgence adoptée pour faire face à la crise restreint les possibilités de licenciements des travailleurs. En effet, avant de décider que ce point est un aspect périphérique de la réclamation, le tribunal a tenu à préciser ceci: « *The Tribunal is also satisfied that the restrictions concerning the severance of employees apply to the economy as a whole and were not aimed at the Licensees in particular. As the Respondent has explained, these measures did not involve a prohibition on labor lay-offs, but only increased the pertinent compensation to be paid. This obligation has, moreover, been eased as conditions have improved. Here again, whatever the effects these measures had, they are part of the overall impact of the crisis on the business, which will also fall to be considered as a whole* »¹¹³⁶.

En particulier, l'intérêt public est souvent invoqué comme un élément de l'appréciation des attentes légitimes. Dans l'affaire *EDF*, le tribunal a particulièrement relevé que « *(l)egitimates expectations cannot be solely the subjective expectations of the investor. They must be examined as the expectations at the time the investment is made, as they must be deduced from all circumstances, due regard being paid to the host State's power to regulate its economic life in the public interest* »¹¹³⁷. Aussi, « *relative agreement exists insofar as the law*

¹¹³⁵ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para. 340.*

¹¹³⁶ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, op. cit., para. 194.*

¹¹³⁷ *EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 219.*

at the time of the investment represents the basis and limitation of the investor's legitimate expectations »¹¹³⁸.

Dans la même logique, concernant l'intérêt général à caractère social, un investisseur qui a suffisamment connaissance du fait que l'Etat procède régulièrement à une augmentation du salaire minimum ne peut pas prendre prétexte d'une application rétroactive d'un nouveau taux dont l'adoption est prévisible pour avancer une violation du TBI. C'est ainsi qu'a décidé le tribunal dans l'affaire qui a opposé l'investisseur *Elsamex* au Honduras à propos de l'augmentation par cet Etat du montant du salaire minimum et de son application rétroactive à l'investisseur¹¹³⁹. Si l'on applique cette détermination à l'adoption tardive par un Etat d'une législation sociale en vue de se conformer à ses engagements internationaux, il en résulterait une nuance à la possibilité affirmée plus haut et concernant le comportement de l'Etat. Cet Etat doit-il montrer que l'adoption d'une telle législation était prévisible ? ou la simple connaissance par l'investisseur de la ratification d'un traité suffit pour qu'il s'attende à l'adoption de mesures de mise en oeuvre ? L'analyse de la diligence attendue de l'investisseur peut aider à donner une réponse à cette question.

Les circonstances prévalant dans l'Etat d'accueil concourent donc, avec les éléments présentés, à la circonscription du comportement étatique, source matérielle des attentes légitimes. Elles sont également un facteur pris en compte dans l'établissement de la violation des attentes légitimes.

B. La prégnance de la dualité factorielle dans l'établissement de la violation des attentes légitimes

Dans la recherche de l'équilibre des intérêts en présence dans le cadre de l'appréciation d'une allégation de violation des attentes légitimes, deux éléments sont souvent pris en compte : le pouvoir réglementaire de l'Etat et le comportement de l'investisseur. On n'insistera pas davantage sur le premier facteur. Il est généralement admis la nécessaire prise en compte du

¹¹³⁸ KLÄGER R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, op. cit., p. 186.

¹¹³⁹ *Elsamex v. Republic of Honduras*, ICSID Case No. ARB/09/4, Award, 16 November 2012, para. 585 ss. Voir également *Astaldi S.p.A. v. Republic of Honduras*, ICSID Case No. ARB/07/32, Award, 17 September 2010, p. 70.

pouvoir réglementaire de l'État¹¹⁴⁰. Le pouvoir réglementaire de l'État est aussi pris en compte dans l'exigence de la diligence raisonnable de l'investisseur.

L'introduction de la diligence raisonnable de l'investisseur a contribué à faire orienter l'interprétation des attentes légitimes dans le sens de l'intérêt de l'État. Le tribunal dans l'affaire *Cube* rappelait que l'État peut bien repousser la réclamation fondée sur la violation des attentes légitimes en se rapportant au comportement de l'investisseur : « *in order to prove that a claim to a legitimate expectation is not justified, it will normally be necessary to show either that a claimant's understanding of the representation relied upon was incorrect, or that while the understanding was correct it was not reasonable to place any reliance upon the representation* »¹¹⁴¹.

La prise en compte du comportement de l'investisseur fait comprendre que l'attente n'est pas légitime du seul fait de son existence. Le tribunal dans l'affaire *Parkerings v. Lithuanie* précise ce point. Certes, le tribunal note qu'à défaut d'assurances expresses ou implicites données à l'investisseur, l'existence des attentes légitimes peut toujours être justifiée par les circonstances entourant la conclusion du contrat et le comportement de l'État au moment de l'investissement. Il précise toutefois qu'il est également du devoir de l'investisseur raisonnable d'anticiper les éventuelles modifications du cadre législatif : « *It is each state's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A state has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited, however, is for a state to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power. In principle, an investor has a right to a certain stability and predictability of the legal*

¹¹⁴⁰Voir *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 219 ; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 372 ; Voir également l'affaire *Philip Morris v. Uruguay* : « *It is common ground in the decisions of more recent investment tribunals that the requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State's rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances* » (*Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para. 422).

¹¹⁴¹ *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on jurisdiction, Liability and partial Decision on Quantum, 19 février 2019, para. 399.

environment of the investment. The investor will have a right of protection of its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Consequently, an investor must anticipate that the circumstances could change, and thus structure its investment in order to adapt to potential changes of legal environment »¹¹⁴².

La diligence raisonnable requise de l'investisseur permet ainsi de contrebalancer l'obligation de stabilité imposée à l'État. Comme le remarquait à juste titre un auteur, « *(t) he notion of investor due diligence in the context of FET extends beyond the risk-based business due diligence performed by a foreign investor for its own benefit. The investor's responsibility to conduct an investigation into a state's regulatory framework, as emphasised in numerous investment decisions, has an impact on a state's ability to regulate in the public interest. To what extent a state can change or adapt its laws and policies in the public interest without violating the FET standard depends on how tribunals balance the notion of stability against other factors, e.g. the investor's due diligence »¹¹⁴³. En effet, la conduite de la diligence raisonnable dans ce contexte permet de rendre prévisibles aux yeux de l'investisseur les modifications du cadre réglementaire. Aussi, des tribunaux n'ont pas hésité à en faire une condition de validité des attentes de l'investisseur ou de leur caractère raisonnable¹¹⁴⁴.*

S'il est incontestable que les États d'abord et les tribunaux ensuite sont portés à exiger et à considérer systématiquement cette obligation de diligence raisonnable, le régime de cette responsabilité échappe à toute systématisation en raison de son caractère récent et du caractère *ad hoc* des tribunaux d'investissement. La responsabilité de l'investisseur de ce point de vue n'est pas uniforme, les tribunaux acceptent que l'investisseur puisse se prévaloir d'informations de sources informelles et qui ne concernent pas directement les éléments factuels du différend

¹¹⁴² *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 September 2007, para. 332-333. Voir toujours sur la diligence de l'investisseur : *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, para. 168 ss ; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006, para 148ss.

¹¹⁴³ LEVASHOVA Y., « The Role of Investor's Due Diligence in International Investment Law: Legitimate Expectations of Investors », *Kluwer Arbitration Blog*, 22 April 2020.

En ligne : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/22/the-role-of-investors-due-diligence-in-international-investment-law-legitimate-expectations-of-investors>. Consulté le 10 décembre 2020.

¹¹⁴⁴ Voir *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019, para. 384-385, 596-600 ; *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para. 1409ss ; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36, Award, 6 Sept 2019, para. 466 ; *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, 2 December 2019.

(informations d'un conseil juridique¹¹⁴⁵, informations provenant des autorités ou une connaissance générale acquise sur le cadre législatif¹¹⁴⁶). Les tribunaux n'hésitent pas d'ailleurs à préciser qu'ils n'exigent pas « *a full and extensive due diligence by the investor* »¹¹⁴⁷.

Toutefois, il semble qu'un minimum soit requis. La diligence raisonnable de l'investisseur doit porter sur le risque que représente le comportement frustrant les attentes légitimes de l'investisseur. C'est le cas par exemple du risque de modification du cadre législatif. Dans l'affaire relative à l'évolution du cadre juridique des avantages incitatifs dont l'Italie s'est servie pour développer son secteur de l'énergie renouvelable, un tribunal reprochait à l'investisseur non de ne pas avoir conduit une diligence raisonnable, mais plutôt de ne pas avoir pris en compte l'étude du risque de changement réglementaire : « *Belenergia has presented due diligence reports only in relation to the SPVs Compagnia Solare 1 SRL, Compagnia Solare 3 SRL, and Società di Produzione Energia Solare SRL and a preliminary due diligence report in relation to Puglia Energia SRL. Belenergia has failed to show that these due diligence reports examined Italian regulatory risks in relation to the feed-in tariffs and minimum prices* »¹¹⁴⁸.

Les tribunaux ne sont pas très exigeants sur la forme. Il arrive même qu'ils tolèrent la non-présentation des documents (tels que des preuves de consultations juridiques) couverts par le secret professionnel¹¹⁴⁹ ou qu'un des demandeurs puisse se fonder sur l'évaluation juridique faite par son codemandeur¹¹⁵⁰ ou encore que l'évaluation émette la possibilité (jugée négligeable) de la modification législative¹¹⁵¹.

Cependant, la prise en compte du risque est à elle seule assez significative, car elle implique de considérer tout le contexte et la possibilité du changement du cadre réglementaire.

¹¹⁴⁵ Stadtwerke, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36, Award, 6 Sept 2019, para. 487 ; même si cela n'est pas accompagné d'évaluation de risque.

¹¹⁴⁶ *Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L., et al. v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/150, Final Award and Partial Dissenting Opinion of Arbitrator Raül Vinuesa, 14 November 2018, para. 179-181.

¹¹⁴⁷ *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019, para. 584.

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, para. 585 ; voir aussi *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on jurisdiction, Liability and partial Decision on Quantum, 19 février 2019, para. 398.

¹¹⁴⁹ *NextEra Energy Global Holdings B.V and NextEra Energy Spain Holdings B.V v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019, para. 595.

¹¹⁵⁰ *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on jurisdiction, Liability and partial Decision on Quantum, 19 février 2019, para. 406.

¹¹⁵¹ *CEF Energia B.V. c la République italienne, Affaire d'arbitrage de la CCS V (2015/158)*, 16 January 2019, para. 231

Cela conduit à prendre en compte les changements de circonstances que vit l'État¹¹⁵², y compris les situations de crises ou l'évolution du secteur économique de l'investissement¹¹⁵³. Au final, il ressort de la jurisprudence arbitrale relative aux investissements que ce sont toutes les circonstances entourant l'investissement dans l'État d'accueil qui entrent en ligne de compte, ce qui inclut les conditions politiques et socio-économiques de l'État d'accueil, le risque économique ou les tendances régulières dans le secteur industriel, la volatilité politique, la situation post-confliktuelle, les exigences d'une économie de transition, la crise énergétique, les vicissitudes de l'économie nationale ou encore l'hyper-réglementation d'un secteur d'activité particulier¹¹⁵⁴.

Cette considération élargie du risque pourrait inclure le risque juridique et permettre de donner une réponse négative à la question relative à la possibilité ou non que des attentes légitimes naissent de la violation par un État du droit international que cet État tenterait d'y mettre fin en adoptant une législation sociale. Il convient cependant d'étudier la situation au cas par au regard des divergences dans l'équilibre des intérêts opéré par les tribunaux arbitraux.

En tout état de cause, le discours sur l'équilibre des intérêts dans l'arbitrage d'investissement trouve de plus en plus un écho auprès des tribunaux. La preuve est constituée par les manifestations de la protection de l'intérêt général social dans le cadre d'un standard aussi difficilement cernable que le TJE et dans l'un de ses aspects aussi fuyants que la protection des attentes légitimes. Certes, les zones grises restent encore nombreuses et l'équilibre n'est

¹¹⁵² « *If the circumstances change completely, any reasonable investor should expect that the law drastically change. It is reasonable to foresee that a small change in circumstances might entail minor changes in the law, while a complete change might entail major changes in the law* » (*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 148).

¹¹⁵³ Après avoir précisé qu'il revient à l'investisseur d'anticiper les perspectives de changement du cadre législatif à la lumière des changements en cours ou qui peuvent être raisonnablement entendus au regard des conditions sociales et économiques qui prévalent dans l'État d'accueil (para. 427), le tribunal dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay v. Uruguay* poursuit en ce qui les attentes légitimes de l'investisseur dans un secteur d'activités comme celui de la production et de la vente des cigarettes : « *on the contrary, in light of widely accepted articulations of international concern for the harmful effect of tobacco, the expectation could only have been of progressively more stringent regulation of the sale and use of tobacco products. Nor is it a valid objection to a regulation that it breaks new ground* » (*Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, para. 430). De même le tribunal dans l'affaire *Methanex* supposait que l'investisseur connaissait ou devait être avisé de la réaction bien connue des autorités publiques face à des enjeux environnementaux et de santé. Car celles-ci « *continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons* » (*Methanex Corporation v. United States of America*, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV. Chapter D, para. 9).

¹¹⁵⁴ WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, *op. cit.*, p. 167.

pas toujours fixé (que ce soit dans la perspective de l'intérêt général social que de l'intérêt de l'investisseur). Il reste que l'existence de ces rudiments fournit des pistes qui pourraient trouver des bases juridiques plus solides dans des formulations conventionnelles plus soucieuses de l'équilibre des intérêts et de sa prégnance dans le droit international contemporain et futur. C'est dans cette veine qu'il convient de montrer le caractère perfectible de la place de l'intérêt général social.

Paragraphe 2. La nécessité de traitement du problème de constance d'application des solutions arbitrales

Les développements précédents montrent certes une évolution de la place de l'intérêt général social dans la pratique des attentes légitimes, mais cette place n'est pas très stable et est marquée par une certaine inconstance. Le principe souvent rappelé du pouvoir réglementaire souverain n'est pas totalement appliqué. La protection de l'intérêt général social apparaît alors partielle, car l'étendue de la protection dépend parfois de la sensibilité juridique des membres du tribunal et des circonstances de l'espèce. Cela revient à dire que la jurisprudence est loin d'être homogène et stable dans l'application des attentes légitimes et que la protection de l'intérêt général y est à géométrie variable, même si certaines constantes sont à relever. Cela tient, à notre sens, à l'origine jurisprudentielle des attentes légitimes en droit international des investissements. Le silence de la source conventionnelle laisse le développement de la doctrine des attentes légitimes au gré des sentences arbitrales et des positionnements des arbitres. En conséquence, il n'est pas rigoureusement possible de parler d'une notion unanime des attentes légitimes, mais plutôt de plusieurs conceptions des attentes. Cette situation ne peut que rendre aléatoire la protection de l'intérêt général social et, partant, la prise en compte des droits sociaux.

Malheureusement, les solutions sont limitées. Il serait peu avisé de compter sur la règle de précédent qui n'existe pas formellement dans l'arbitrage d'investissement. La fertilisation croisée entre tribunaux n'est pas toujours bénéfique lorsque les *dicta* de tribunaux repris par d'autres ne reflètent pas de raisonnements juridiques rigoureux. De même, à défaut de nouvelles formulations conventionnelles, il sera difficile de recourir à la solution qui a prévalu dans le contexte ALENA et qui a consisté à contenir le TJE dans la définition de standard minimum de droit coutumier, limitant ainsi la portée des attentes légitimes qui ne permettent pas à elles seules d'entraîner une violation du TJE.

Une solution probable est l'autonomisation conventionnelle du standard. Son avantage principal est de permettre aux États, à l'occasion de nouvelles formulations conventionnelles, de reprendre le contrôle sur la doctrine des attentes légitimes tout en tirant les leçons de la pratique arbitrale. Des précisions utiles pourront alors être apportées notamment à deux problématiques qui sont relatives, l'une, à la question de source et, l'autre, à l'établissement de la violation des attentes légitimes. Ces problématiques appellent une nécessaire définition de critères d'établissement de la violation des attentes légitimes (A) et une nécessaire clarification de la source formelle des attentes légitimes (B).

A. La nécessaire définition de critères d'établissement de la violation des attentes légitimes

L'analyse du TJE montre bien que les attentes légitimes obéissent à une logique assez différente des autres éléments du standard. Si elles se fondent également sur la stabilité du cadre juridique et la cohérence de l'action étatique, elles ont peu à voir avec le comportement excessif de l'État¹¹⁵⁵. La place qu'occupe l'appréciation de l'investisseur quant à l'existence des attentes légitimes et à leur violation tend à prendre de l'importance¹¹⁵⁶. Si la dualité factorielle relevée plus haut est toujours pertinente, la place de l'intérêt général est sérieusement menacée par l'absence de critère objectif d'établissement de la violation des attentes légitimes. Ainsi, la lecture de certaines sentences montre que les tribunaux procèdent parfois à un simple rappel, sans application pratique, du principe de respect du pouvoir réglementaire de l'État.

¹¹⁵⁵ Voir par exemple l'affaire *Eskosol*, La démarche suivie par le tribunal paraît appuyer le présent propos en ce qu'elle manifeste l'idée que les attentes légitimes n'impliquent pas un comportement déraisonnable de l'État : « *These various contentions could be analyzed in any sequence. However, in the circumstances of this case, the Tribunal considers it appropriate to start not with the specifics of Eskosol's investment (e.g., the question of its legitimate expectations), but rather at the macro-level, with Eskosol's arguments about Italy's alleged arbitrary, unreasonable, disproportionate and non-transparent acts. Only after grappling with those questions about the measures in general does it make sense to proceed to the issues involving regulatory stability, consistency and legitimate expectations, which examine whether – even if the Romani Decree and Conto Energia IV in and of themselves were not problematic under the ECT – Eskosol nonetheless might be entitled to protection against the changes they introduced to the previously applicable tariff regime* » (*Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/30, Award, 4 December 2020, para 383).

¹¹⁵⁶ Une confirmation de ce point de vue peut être trouvée dans la situation où l'investisseur prétend, et le tribunal est disposé à l'accepter, qu'il a pu nourrir des attentes légitimes d'un acte juridique annulé par la suite : « *(w)hile the Tribunal is aware that the Supreme Court has declared that the CHEJVA and its related agreements are null and void ab initio, the Tribunal considers that this is not relevant to the question as to whether the conclusion and performance of the CHEJVA gave rise to legitimate expectations under Article 3(2) of the Treaty* », (*Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 November 2017, para . 905).

Bien entendu, les tribunaux ont largement intégré l'idée du principe du pouvoir réglementaire souverain. Citant la sentence *Saluka*, qui relevait que s'il était pris en compte seulement les attentes subjectives de l'investisseur, cela aurait imposé à l'État d'accueil des obligations qui seraient inappropriées et non réalistes, le tribunal dans l'affaire *Perenco* soulignait ce que bien d'autres font systématiquement voire mécaniquement¹¹⁵⁷. Toutefois, cela n'occulte pas les difficultés pratiques de la recherche de cet équilibre. Le respect de l'exercice de pouvoir réglementaire dans la pratique n'est pas aussi fidèle à l'énoncé. La difficulté principale se situe au niveau du seuil d'équilibre. Le point le plus problématique réside dans l'absence de critères objectifs sur lesquels s'appuierait la détermination du seuil par le tribunal.

Aucun doute, l'approche casuistique s'impose, et cela apparaît déjà au niveau de l'appréciation de l'existence des attentes. On peut ainsi rencontrer des tribunaux qui éloignent par leur interprétation toute chance de déterminer une ligne de partage entre les sources susceptibles de fonder des attentes légitimes et celles qui ne le sont pas. Ils se lancent ainsi dans des interprétations, non nécessaires à notre sens, pour trouver des engagements lorsque ceux-ci ne sont pas explicites dans le cadre réglementaire, ou même à travers les représentations invoquées par l'investisseur. C'est le cas par exemple du tribunal dans l'affaire *9REN* qui soutient que « *(a) representation is no less « specific» if (as here) it is addressed to an identifiable class of persons, namely prospective investors whose money was solicited by Spain's FIT program* »¹¹⁵⁸. C'est le cas également du tribunal dans l'affaire *NextEra* qui apprécie la modification par l'Espagne du cadre réglementaire initial relatif aux avantages et incitatifs dans le cadre du développement de l'énergie renouvelable. L'investisseur se plaignait de la violation de ses attentes légitimes à la suite des modifications législatives successives opérées par l'État. Si le tribunal n'a pas trouvé que le cadre réglementaire et les arrêtés ministériels comportaient des engagements explicites de l'État sur lesquels l'investisseur aurait pu fonder ses attentes légitimes, il ne s'arrête pas là. Pour le tribunal, « *(w)hile none of these claims individually constitute a basis for Claimants' legitimate expectations claim, they do*

¹¹⁵⁷ C'est d'abord la précision qu'il ne s'agit pas des attentes subjectives de l'investisseur. C'est ensuite l'enjeu qui se situe dans le travail confié au tribunal, à savoir que « *(t) he search is for a balanced approach between the investor's reasonable expectations and the exercise of the host State's regulatory and other powers* » (*Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on remaining issues of jurisdiction and on liability, 12 September 2014*, para. 560).

¹¹⁵⁸ *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019*, para. 257, 295-299.

provide context for that claim »¹¹⁵⁹. Analysant les représentations et assurances avancées par l'investisseur, il procéda à une approche par indices en se référant d'une part aux termes vagues « *such as « guaranteeing» and « preserv[ing] legal security»*, in letters from a Spanish minister »¹¹⁶⁰ et, d'autre part, aux consultations ayant précédé l'adoption de la législation¹¹⁶¹. Cette extension qui ne fait que renforcer la méfiance exprimée par certains vis-à-vis de la liberté des tribunaux.

Au niveau de la détermination de la violation des attentes légitimes, les tribunaux semblent seulement évoquer la recherche d'équilibre entre les intérêts de l'investisseur et le pouvoir réglementaire de l'État. À titre d'illustration, dans l'affaire *Perenco*¹¹⁶², bien que le tribunal ait fait remarquer que la recherche de l'existence des attentes légitimes pour l'investisseur n'implique pas que « *the policy framework is frozen and cannot be changed because this is not so unless the State has expressly stabilised its law vis-à-vis its contractual counterparty* », il précise aussitôt que « *(b) ut even as in the instant case, where there is no full stability clause in its contracts, any changes to the policy framework must still be made mindful of the State's contractual commitments* »¹¹⁶³.

Mieux, lorsqu'on s'intéresse à la manière dont certains tribunaux conçoivent le changement du cadre législatif qui affecte les attentes non contractuelles, on se rend bien compte que l'expression « *be made mindful of the State's contractual commitments* » finit par

¹¹⁵⁹ *NextEra Energy Global Holdings B.V and NextEra Energy Spain Holdings B.V v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019, para. 587.*

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, para. 593.

¹¹⁶¹ *Ibid.*, para. 594.

¹¹⁶² Dans cette affaire, le tribunal observe que l'investisseur ne peut fonder des attentes légitimes en l'absence de représentations spécifiques. Mais, il trouve que celles-ci indirectement de la loi dont les dispositions sont autrement reprises ou mises en application dans le contrat : « *Perenco's expectations were, as the Claimant generally pleaded the case, basically founded upon the Participation Contracts which in turn reflected the provisions of Law* » para. 565. Voir contra : « *Neither does the Tribunal agree that the contractual 20-year term originally applying to feed-in-tariffs or the prohibition on unilateral changes could be considered a stabilization clause. The subsidy (feed-in tariff) (1) amount and (2) duration components under the GSE Conventions on feed-in tariffs were replicated from the relevant legislation including the successive Energy Account Ministerial Decrees that automatically applied to Belenergia's PV plants depending on their date of start of operations as they equally applied to any other PV plants satisfying the pre-requisites for this subsidy. These two components were set forth in Italian legislation and were not personally addressed to Belenergia.*» 931 *The contractual prohibition on unilateral changes concerned the GSE and not the Italian legislator* » (*Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019, para. 580*).

¹¹⁶³ *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on remaining issues of jurisdiction and on liability, 12 September 2014, para. 562.*

dire tout simplement le gel du cadre réglementaire¹¹⁶⁴. On pourrait même aller plus loin dans ce constat. Il semble qu'on ne soit pas loin de l'émergence, dans le cadre du TJE, d'une règle de l'effet (de la même manière qu'opère la dépossession substantielle dans le cas de l'expropriation). Si tant est que « *legitimate regulatory activity in the public interest does not amount to a FET breach even if it adversely affects investments* »¹¹⁶⁵, l'exigence selon laquelle l'État doit maintenir le cadre législatif qui crée des attentes légitimes ou l'ajuster « *in a manner that does not significantly alter the fundamental economic basis of investments made in reliance on that representation* »¹¹⁶⁶ conduit presque au même résultat¹¹⁶⁷. Il s'agit finalement d'une question de proportion de l'atteinte. Si l'atteinte est substantielle, la violation sera constituée. À cet égard, le tribunal dans l'affaire *Philip Morris* rappelait que la modification législative est le principe, exception faite des cas dans lesquels celle-ci excède une marge acceptable¹¹⁶⁸. Analysant par la suite la réclamation des investisseurs portant sur la violation des attentes légitimes, il considéra que les nouvelles réglementations ne sont pas allées au-delà d'un « *acceptable margin of change* » (...), *considering the limited impact on Abal's business, as found by the analysis of the alleged expropriation of their investment*». ¹¹⁶⁹ Il n'est donc pas étonnant que des tribunaux se lancent à ce niveau dans un exercice de proportionnalité¹¹⁷⁰.

Tout cela explique l'incertitude qui entoure la détermination de la violation des attentes légitimes. Celle-ci ne semble pas être dissociable du flou qui règne au niveau de la source (de la règle) qui, si elle était clairement identifiée, aurait pu permettre d'apporter des réponses aux présentes préoccupations.

¹¹⁶⁴ On perçoit un risque d'équation entre la clause de stabilisation et les attentes légitimes (*Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. the Kingdom of Spain (SCC V 062/2012), Final Award, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers)*, para 503).

¹¹⁶⁵ *Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019*, para. 572.

¹¹⁶⁶ *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on jurisdiction, Liability and partial Decision on Quantum, 19 février 2019*, para. 411-412.

¹¹⁶⁷ Voir également la sentence *NextEra* recourt à des termes presque similaires : « As mentioned above, Claimants could not have had the expectation that the RD 661/2007 regime was frozen and could not be changed. But the broader question is whether, in light of the assurances that they were given by Spain, Claimants had a legitimate expectation that the regime would not be changed in a way that would undermine the security that Claimants had in respect of the economic regime set out in RD 661/2007 » (*NextEra Energy Global Holdings B.V and NextEra Energy Spain Holdings B.V v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019*, para. 593)

¹¹⁶⁸ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016*, para. 422.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, para. 433.

¹¹⁷⁰ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 December 2016*, para. 318.

B. La nécessaire clarification de la source formelle des attentes légitimes

Il est possible de rattacher les attentes légitimes à plus d'une source du droit international, ce qui n'est pas de nature à en définir un régime juridique précis.

Si les attentes légitimes sont bien des promesses, la source la plus proche est constituée par les actes unilatéraux des États si tant est qu'on accepte que les actes unilatéraux ne sont pas seulement valables dans les rapports interétatiques. Il n'apparaît pas pertinent de rattacher les attentes légitimes aux principes généraux de droit pour la raison principale que leur découverte par les tribunaux d'investissement n'a pas toujours été sans critique¹¹⁷¹.

S'agissant des principes du droit international, les tribunaux évoquent souvent la bonne foi, mais elle n'est pas considérée comme une source exclusive, car « *(t)he protection of legitimate expectations is closely connected with the principles of good faith, estoppel, and the prohibition of venire contra factum proprium* »¹¹⁷². En tout état de cause, trouver dans le droit international général une source des attentes légitimes est une entreprise problématique depuis le *dictum* de la CIJ dans l'affaire *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*. Répondant à l'argument de la Bolivie suivant lequel le comportement du Chili aurait créé des attentes légitimes, la Cour note qu'« il est fait référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales concernant des différends entre un investisseur étranger et l'État hôte dans lesquelles ont été appliquées des dispositions conventionnelles prévoyant un traitement juste et équitable. Il n'en découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime. Il ne saurait donc être fait droit à l'argument de la Bolivie fondé sur les attentes légitimes »¹¹⁷³.

En définitive, l'autonomisation conventionnelle des attentes légitimes est une option viable pour une double raison : elle permettra la reprise par l'État du contrôle d'une théorie qui

¹¹⁷¹ Voir pour une critique occidendo-centrée de la conception de l'état de droit d'où est tirée le principe de sécurité juridique appliquée à l'Inde dans l'affaire *Cairn Energy* : PAINE J., « *Cairn Energy v India: Retroactive Taxation, Fair and Equitable Treatment and the General Principles Method* », *EJIL: TALK! Blog of the European Journal of International Law*, (13 janvier 2021).

¹¹⁷² *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019, para. 1367.

¹¹⁷³ *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, C.I.J., 1er octobre 2018, Recueil 2018, p. 507, para. 162.

échappe à toute systématisation, toute chose qui concourt à la sécurité juridique des investissements en droit international. Elle sera également et surtout l'occasion de donner une fonction sociale plus précise à la théorie, en indiquant de façon claire la place et la dimension de l'intérêt général social. Mis à part le cas des accords qui excluent le TJE, certains accords ont déjà ouvert la voie. Les orientations sont certes différentes, mais elles ont en commun de favoriser une interprétation moins extensive du standard du TJE. Une option consiste à reprendre la solution ALENA en interprétant le standard conformément au droit coutumier¹¹⁷⁴ ou aux principes du droit international applicables aux États parties¹¹⁷⁵. Une autre tend à encadrer directement les attentes de l'investisseur. On peut voir une telle tentative à l'article 3 du TBI conclu par la Hongrie et le Kirghizistan :

« 1. The provisions of this Agreement shall not affect the right of the Contracting Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health and child care, safety, environment or public morals, public education and public training, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity.

2. The mere fact that a Contracting Party regulates, including through a modification to its national laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor's expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Agreement.

¹¹⁷⁴ « 1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 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. The obligation in paragraph 1 to provide: (a) "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) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article » (article 8.5 Free Trade Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of Korea, 21/02/2013 (date of entry into force : 15/07/2016)). Voir également article 8.10 CETA et l'opinion dissidente dans *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/17, Decision on Liability, 30 Juillet 2010, Separate opinion of arbitrator Pedro Nikken, 9 April 2015, para. 6.

¹¹⁷⁵ « Investments or returns of investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment in accordance with applicable principles of international law recognized by both Contracting Parties » (article 3.2 Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the People's Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 15/01/2001). Pour l'interprétation, voir : *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/17, Decision on Liability, 30 Juillet 2010, Separate opinion of arbitrator Pedro Nikken, 9 April 2015, para. 10ss.

3. *For greater certainty a Contracting Party's decision not to issue, renew or maintain a subsidy*

a) in the absence of any specific commitment under law or contract to issue, renew or maintain that subsidy; or

b) in accordance with terms or conditions attached to the issuance, renewal or maintenance of the subsidy, does not constitute a breach of the provisions of this Agreement. Nothing in this Agreement shall be construed as preventing a Contracting Party from discontinuing the granting of a subsidy or requesting its reimbursement where such measure is necessary in order to comply with international obligations between the Contracting Parties or has been ordered by a competent court, administrative tribunal or other competent authority, or requiring that Contracting Party to compensate the investor therefore »¹¹⁷⁶.

Conclusion de la section

Toutes ces considérations permettent de conclure la section par l'affirmation que l'intérêt général social est, dans une certaine mesure, pris en compte théoriquement et matériellement dans la mise en œuvre du standard TJE. L'analyse des attentes légitimes le montre bien. Les tribunaux arbitraux tentent, même avec des approches différentes, de prendre en compte l'intérêt général social poursuivi par l'État à travers une limitation des comportements susceptibles de susciter des attentes légitimes chez l'investisseur d'une part, et à travers l'étoffement des facteurs à prendre en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable des ententes. Certes, ce résultat est loin d'être totalement satisfaisant et des décisions arbitrales viendront continuer de préciser l'enjeu et les solutions dans un sens, nous l'espérons, plus favorable à la protection du pouvoir réglementaire étatique. Mais il est indéniable qu'une solution conventionnelle est plus viable parce qu'elle est seule à même de cristalliser les évolutions jurisprudentielles tout en apportant de la précision et de la prévisibilité aux préoccupations encore existantes. Elle pourra ainsi (re)affirmer fermement que la protection de l'intérêt général social peut autoriser l'État à adapter législation sociale en se conformant au droit international sans crainte d'une menace de requête en arbitrage.

¹¹⁷⁶ *Agreement Between the Government of Hungary and the Government of the Kyrgyz Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 29/09/2020.*

Conclusion du chapitre 6

À défaut d'une présentation complète des règles ou standards de protection des investissements et de la place qu'occupe l'intérêt général social dans l'application de ces règles, l'analyse de la pratique du traitement juste et équitable a tout de même permis d'avoir une idée précise de la protection de l'intérêt général social dans l'arbitrage d'investissement. L'intérêt général social occupe une place certaine à travers l'aménagement du pouvoir réglementaire de l'État. C'est au niveau de la stabilité de la protection que la différence apparaît notamment. Cette dernière tient à l'imprécision du standard qui conduit à des interprétations divergentes des tribunaux. Il en résulte que certaines questions demeurent sans une réponse certaine. Il en est ainsi de la question de savoir si la violation du droit international peut être source d'attentes légitimes ? La maîtrise de cette imprécision raffermira la protection de l'intérêt général social en droit international des investissements. En tout état de cause, il ne fait aucun doute que la protection de l'intérêt général social induit une effectivité des droits sociaux dans le contentieux d'investissement. Elle apparaît notamment sous la sauvegarde de la liberté de mise en œuvre des obligations sociales internationales et l'opposabilité de celle-ci à l'investisseur. Ces considérations conduisent alors à étudier comment l'État peut présenter son argument de droits sociaux sous le prisme de l'intérêt général social sur le terrain de la preuve. Ce sera l'objet du titre suivant (notamment du chapitre 7).

Conclusion du Titre 3

L'évaluation de l'impact des arguments de droits sociaux a pris en compte les arguments de droits de l'homme et ceux qui visent la protection indirecte des droits sociaux à travers la protection de l'intérêt général. Tout en montrant la réalité de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements, l'évaluation a poursuivi l'objectif d'identifier les moyens d'une socialisation approfondie et les points de difficultés auxquels il convient de trouver une solution pratique. Elle a permis d'aboutir aux considérations générales suivantes.

Les difficultés relatives à la prise en compte par l'État des obligations en matière de droits sociaux ne tiennent pas qu'à la portée limitée des dispositions conventionnelles relatives aux droits sociaux. Des considérations pratiques liées à l'attitude de l'État en tant que partie au différend et à celle des tribunaux arbitraux entrent en ligne de compte. Certaines de ces difficultés pratiques connaissent déjà un traitement conventionnel consistant à reprendre dans

les traités certaines solutions jurisprudentielles, mais ce traitement reste fragmentaire (limité au problème identifié dans un standard particulier) et est lui-même assujéti à l'interprétation des tribunaux¹¹⁷⁷. Il peut être complété par un autre angle d'approche de la question.

Hormis la question de la responsabilité de l'investisseur, l'attitude des tribunaux consistant tantôt à indexer la qualité de l'argument de défense de droits sociaux ou encore tenant à l'inconstance dans l'admission de l'argument de protection d'intérêt général manifeste une crainte que l'argument de droits sociaux serve de simple prétexte à la violation des droits sociaux. Les États doivent donc servir de preuve de leur bonne foi dans l'invocation de l'argument de défense de droits sociaux Or, de ce point de vue, les États ne présentent pas souvent des arguments suffisamment convaincants. En partant de cette observation, il est possible de montrer que la démonstration de la pratique étatique des droits sociaux peut contribuer à renforcer l'argumentation de l'État.

¹¹⁷⁷ Voir l'interprétation de la nouvelle exception générale dans l'affaire Eco Oro. Cette dernière remarque justifie les projets de création de cours d'investissement pour régler les différends entre l'investisseur et l'État.

TITRE 4 : LE RENFORCEMENT DE L'IMPACT DES ARGUMENTS DE DÉFENSE DES DROITS SOCIAUX

Dans le titre précédent, il a été constaté des points positifs dans la socialisation du contentieux arbitral relatif aux droits sociaux. La portée de cette socialisation bute cependant contre des considérations pratiques. Les limites au succès de l'argument des droits sociaux ont conduit à la conclusion que le problème fondamental est la perception qu'ont les tribunaux de l'attitude des États lorsque ceux-ci soutiennent l'argument de défense des droits. Cette perception consiste à voir l'argument de défense de droits sociaux comme un prétexte servi pour justifier un comportement déjà posé. Elle amène alors le problème sur le terrain de la preuve. Or, à ce propos, la présence de simples dispositions constitutionnelles et législatives relatives aux droits sociaux (lorsqu'elles ne sont pas invoquées en tant que droit applicable) ne semble pas constituer une pratique suffisante aux yeux des tribunaux. Il ne reste alors que la démonstration de la mise en œuvre concrète par l'État de ses obligations de droits sociaux comme alternative sérieuse. À cet effet, si l'intérêt de cet angle d'approche paraît plausible, il n'occulte pas les défis que celui-ci soulève.

L'intérêt du recours à l'argument de la pratique de l'État en matière de droits sociaux réside dans le fait qu'il permet de renforcer les moyens de socialisation des droits sociaux. Particulièrement, elle permet de montrer que l'argument de droits sociaux n'est pas circonstanciel et s'inscrit dans un comportement habituel de l'État. Partant, elle permet de montrer que ce comportement est raisonnable et doit être pris en compte dans l'appréciation du caractère raisonnable du comportement de l'État à l'occasion de l'interprétation des standards de protection des investissements. Enfin, le recours à la pratique peut conduire à l'adoption d'un standard d'examen (déférence) respectant la décision de l'État de protéger les droits sociaux dans un cas donné.

Malgré l'importance de l'intérêt d'approcher la question de la portée de l'argument de droits sociaux sous l'angle de la pratique de l'État, le défi tient à démontrer son aptitude à répondre aux problèmes identifiés dans les chapitres précédents. Ainsi, ce défi réside d'abord dans la démonstration de l'utilité probatoire de la pratique étatique de respect droits sociaux (**Chapitre 7**). Il tient ensuite à la preuve de son utilité dans le traitement de la question de la

responsabilité de l'investisseur. Il touche alors, dans ce second point, à l'effectivité substantielle des droits sociaux (**Chapitre 8**).

CHAPITRE 7 : L'UTILITÉ PROBATOIRE DE LA PRATIQUE ÉTATIQUE DE RESPECT DES DROITS SOCIAUX

Il s'agit de répondre à la question de savoir comment les États ont pu et peuvent désormais défendre directement ou indirectement les droits sociaux sous l'angle de la preuve. Comment peuvent-ils apporter la preuve de l'absence d'expropriation, de leur comportement non discriminatoire ou non arbitraire ou encore de la présence d'un comportement étatique juste et équitable ?

La nécessité de la question se mesure à l'importance des enjeux qu'elle soulève. L'issue de la procédure arbitrale pour l'État se joue dans la facilité ou non à prouver le comportement étatique ou à déconstruire la preuve apportée par l'investisseur. Cette affirmation convoie un ensemble de problématiques qui révèlent les difficultés de la défense des droits sociaux ou de l'intérêt général social sur le terrain de la preuve. L'essentiel de ces difficultés se rapporte aux questions traditionnelles de la preuve à savoir la charge, les moyens ou encore le standard de la preuve.

Le contexte de la crise sanitaire dû à la propagation du virus SARS-CoV-2 (COVID-19) présente une situation malheureusement idéale pour exposer les difficultés qui peuvent se poser pour les États au niveau de la preuve. Pour rappel, l'épidémie dont les premiers cas sont apparus le 31 décembre 2019 dans la ville de Wuhan en Chine est devenue en l'espace de quelques mois une pandémie aux effets mortellement dévastateurs. À la date du 14 avril 2021, l'OMS a enregistré 2 947 244 morts du COVID 19 et 136 739 552 cas de contaminations¹¹⁷⁸. La situation générale est marquée par la multiplication des variants, l'indisponibilité des vaccins dans de certains pays et les préoccupations suscitées par leurs effets secondaires.

Pour lutter contre la propagation du virus COVID 19, les États ont adopté des mesures de confinement de leurs populations ; la suspension des activités économiques non essentielles ou non stratégiques (restaurants, hôtels, bars, boîtes de nuit.), la suspension des paiements des factures de gaz, d'électricité, des taxes perçues par des concessionnaires, du trafic aérien, des obligations contractuelles, l'imposition des prix des médicaments, la réquisition de centres

¹¹⁷⁸ <https://covid19.who.int> consulté le 14 avril 2021.

hospitaliers privés...¹¹⁷⁹ Ces différentes mesures ont porté atteinte à des investissements¹¹⁸⁰ et sont à l'origine de procédures arbitrales¹¹⁸¹. Certes, toutes ces mesures sont apparemment justifiées par la lutte contre le coronavirus, mais dans le cadre d'une éventuelle procédure arbitrale la question de la preuve de leur nécessité, de leur proportionnalité ainsi que de leur opportunité ou efficacité se pose. En outre, pour un État, la preuve de tout cela sera plus ou moins facile à rapporter selon que le tribunal accepte lui reconnaître ou non une marge d'appréciation.

Il va sans dire que les préoccupations proprement juridiques soulevées intéressent l'effectivité des droits sociaux en droit international des investissements. La défense de l'État pourra être fondée ou non sur les droits de l'Homme, mais il devra apporter la preuve de son comportement ou de la mesure de protection des droits sociaux de sa population. Le succès de sa défense va dépendre alors des règles actuelles du droit international et du contentieux international des investissements en matière de preuve ou de marge d'appréciation reconnue à l'Etat. La question se pose alors de savoir si les règles de la preuve facilitent la défense de l'État lorsque ce dernier prend des mesures de protection des droits sociaux. Dans l'hypothèse d'une réponse négative, comment l'État peut-il convaincre autrement le tribunal arbitral que la mesure prise vise la protection des droits sociaux ?

À l'analyse, les règles du droit international ne s'opposent pas à ce que l'État prouve son comportement en démontrant une pratique soutenue de protection des droits sociaux à travers l'application effective des conventions de protection des droits de l'Homme ou celle du droit interne des droits de l'Homme. Cette hypothèse repose sur un second postulat. Elle suppose au moins une neutralité des règles en matière de preuve. L'analyse est conduite à partir des affaires s'étant élevées dans les secteurs principaux d'activités mettant en cause les droits sociaux ou l'intérêt général social (concessions d'eau et d'électricité, activités d'exploration et d'exploitation minières, production et commercialisation des produits médicamenteux, production et commercialisation des produits tabagiques ou à propos de certaines politiques publiques [politiques agraires]). À partir de ces exemples, il est ainsi possible de montrer que

¹¹⁷⁹ <https://globalarbitrationnews.com/state-measures-in-response-to-the-covid-19>. Consulté le 14 avril 2021.

¹¹⁸⁰ DELANEY J., FINKEL K. and CONTOS K., « Part II of a Trilogy: Investor claims in response to the State's protective measures during the Covid-19 pandemic », *Global Arbitration News*, 30 mars 2021, en ligne: <https://globalarbitrationnews.com/part-ii-of-a-trilogy-investor-claims-in-response-to-the-states-protective-measures-during-the-covid-19-pandemic/>. Consulté le 14 avril 2021.

¹¹⁸¹ « Un consortium français d'entreprises lance un arbitrage contre le Chili après avoir perdu 37 millions USD suite à la pandémie de Covid-19 », *Investment Treaty News Quarterly*, vol. 1 (2021), n° 2.

la neutralité des règles probatoires dans le contentieux arbitral relatif aux investissements (**Section 1**) n'empêche pas le développement d'une approche probatoire au service de l'effectivité des droits sociaux (**Section 2**).

SECTION 1. LA NEUTRALITE DES REGLES PROBATOIRES VIS-A-VIS DES ARGUMENTS DE DEFENSE DES DROITS SOCIAUX

La preuve peut être définie comme l'opération de démonstration de l'existence d'un fait ou comme le moyen même de la démonstration¹¹⁸². Elle est un enjeu tant pour les parties que pour le juge. Pour ce dernier, la preuve constitue un élément fondamental dans le *ratio* de sa décision. Le raisonnement du juge international puise sa force dans l'analyse et la prise en compte de toutes les preuves qui lui sont soumises par les parties. Il ne peut donc considérer comme établie une « allégation générale et vague qu'aucune preuve ne vient étayer »¹¹⁸³. L'implication pour chacune des parties au différend prend la forme d'une obligation de prouver ses affirmations sous peine de subir l'inférence que les faits avancés par l'autre partie sont établis¹¹⁸⁴.

Dans un litige mettant en jeu les droits sociaux ou l'intérêt général social que l'État doit défendre, ce dernier doit apporter des éléments de preuve pour soutenir sa position et contre-attaquer celle de l'investisseur. Dans la pratique, les issues différentes des cas (en partie du fait du caractère *ad hoc* des tribunaux d'investissement), la diversité des fondements de la réclamation (contractuelle, législative ou conventionnelle) ainsi que la diversité des secteurs d'activités s'opposent à tout effort de systématisation de la manière dont l'État peut prouver efficacement ses arguments en faveur de la défense de droits sociaux. L'objectif de cette section est par conséquent modeste. Il s'agit de montrer que le droit du contentieux international relatif à l'investissement ne manifeste pas une faveur particulière pour l'État en matière de charge de

¹¹⁸² NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 9-10.

¹¹⁸³ *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, *Compétence, arrêt, C.I.J.*, 2 février 1973, *Rec. 1974*, p. 49, spéc. p. 59.

¹¹⁸⁴ Le propos du président de la Commission de réclamation franco-mexicaine illustre bien cette pratique des cours et tribunaux internationaux : « Je ne saurais souscrire à la thèse tacite, qui est impliquée dans l'attitude purement négative de l'agence mexicaine et selon laquelle pour barrer la route à toute réclamation introduite, il lui suffit de nier la nationalité française du réclamant, même après présentation par l'Agence française d'un certificat consulaire... un tribunal international ne peut se contenter d'une attitude purement négative à cet égard de l'État défendeur... je ne puis aller jusqu'à dénier toute force probante même à des certificats, vis-à-vis desquels l'agence mexicaine ne fait autre chose que de prendre une attitude purement négative, sans invoquer aucun argument de fond » ().

preuve lorsque l'intérêt général social est en jeu. Les règles relatives à la preuve affichent globalement une neutralité de la charge de la preuve, même s'il y a fort à parier que de futurs développements intéressants pourraient advenir. Le propre du caractère neutre est qu'il peut représenter un avantage ou un inconvénient. Une illustration est fournie avec l'enjeu que représentent les règles de la charge de la preuve pour le pouvoir réglementaire de l'État (**Paragraphe 1**). La neutralité est encore confirmée par le constat que la position de l'État en tant que garant de l'effectivité de droits sociaux ne conduit pas, pour l'heure, à une intensité particulière de contrôle de la décision étatique poursuivant l'intérêt général social (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'enjeu de la charge de la preuve pour la protection du pouvoir réglementaire étatique

Les règles relatives à la charge de la preuve des allégations de fond ne changent pas s'agissant de la protection de l'intérêt général social. La charge de la preuve incombe à la partie qui soutient une affirmation (« *actor incumbit probatio* »), étant entendu que cette partie peut aussi bien être la demanderesse que la défenderesse¹¹⁸⁵.

De même, lorsque la partie qui avance une affirmation établit *prima facie* une présomption de véracité des faits qu'elle avance, la charge de la preuve incombe à l'autre partie. Ainsi, dans l'affaire *Methanex*, l'État américain justifiait par le souci de la protection de la santé de sa population la mesure d'interdiction de l'utilisation d'un additif (MTBE) dans la production du méthanol, cet additif ayant été considéré comme dangereux pour la santé humaine et pour l'environnement. L'État demandait le rejet de certaines preuves que l'investisseur présentait au motif que celles-ci avaient été obtenues de manière illégale. Le tribunal a reconnu qu'il revenait aux États-Unis de prouver l'obtention illégale par *Methanex* des documents en question. Une fois que l'État avait *prima facie* établi l'illégalité de la manière dont les documents avaient été obtenus, la charge de la preuve contraire revenait à *Methanex*¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁵ Voir BORN G., « On Burden and Standard of Proof » in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U.(eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 43-53.

¹¹⁸⁶ *Methanex Corporation v. United States of America*, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part II, Chapter I, para. 53 ss.

Une difficulté relative est introduite par certaines décisions qui adoptent une distinction (typiquement de *common law*) entre la charge *de facto* et la charge *de jure* de la preuve. Par exemple, le tribunal retenait dans l'affaire *Apotex Holdings* la distinction proposée par les investisseurs entre la charge de la preuve juridique (*legal burden of proof*) et la charge de la preuve factuelle (*evidential burden of proof*). La première incombe entièrement à l'investisseur et serait irréfragable en ce sens qu'elle ne connaît pas d'inversion aux dépens de l'État. Dans le contexte du traitement national de l'ALENA (article 1102), cela signifierait qu'il reviendrait à l'investisseur de démontrer, sous peine de rejet de sa réclamation, que l'État a opéré sur la base de sa nationalité un traitement défavorable à l'investisseur situé dans des circonstances similaires à celles des investisseurs nationaux. Au contraire, la charge de la preuve factuelle peut changer. Elle concernerait la preuve d'un fait particulier allégué.

La particularité de cette distinction est toutefois à relativiser, car la distinction rejoint globalement celle de la règle *actor incumbit probatio*. Le « *legal burden of proof* » incombe tant à l'investisseur qu'à l'État lorsque ce dernier avance une « *affirmative defence* » ; la distinction rejoint alors l'exposé fait de la règle générale. Pour cause, soulignant l'importance de cette distinction par laquelle il réconcilie les différentes approches des tribunaux sur la charge de la preuve (des divergences apparaissent en effet sur le point de savoir si la charge de preuve est absolue, et dans le cas contraire, le point de savoir dans quelles circonstances elle peut changer), Gary Born fait une suggestion qui ne s'oppose pas à notre compréhension de ce point. Il propose que « *the shifting of the evidential burden should only be permitted in two circumstances: where the party carrying the legal burden does not have access to the necessary evidence (as in Apotex v. US and the corruption example), or where the party carrying the legal burden would be required to disprove the negative* »¹¹⁸⁷. Or, si l'on en retient que le fardeau de la preuve n'est pas absolu, mais qu'il peut être renversé seulement dans certaines circonstances, ces circonstances coïncident avec les situations dans lesquelles s'opère le renversement de la charge de la preuve¹¹⁸⁸, à savoir lorsqu'une partie établit *prima facie* une affirmation¹¹⁸⁹. Dans l'exemple *Methanex* ci-dessus, la charge de la preuve légale (de l'allégation de la violation du TBI par les États-Unis) incombait à l'investisseur tout au long de la procédure. Néanmoins, la charge de la preuve factuelle changeait lorsque l'État a allégué l'obtention illégale des

¹¹⁸⁷ BORN G., « On Burden and Standard of Proof », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U., *Building International Investment Law*, *op. cit.* p. 48.

¹¹⁸⁸ Voir *infra*, p. (à compléter)

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 48-50.

documents. En tout état de cause, cette distinction ne semble pas être privilégiée par les cours et tribunaux internationaux¹¹⁹⁰.

Ce sont donc ces règles relatives à la charge de la preuve qui s'appliquent dans les litiges d'investissement impliquant des droits sociaux. Appliquées aux litiges relatifs aux droits sociaux, ces règles soulèvent des difficultés pour la défense de l'État. L'application du principe peut conduire à remettre en cause du pouvoir réglementaire de l'État (A), et celle de l'inversion de la charge de la preuve pose la question de l'appréciation de l'indisponibilité des moyens de preuve (B).

A. L'enjeu de la remise en cause du pouvoir réglementaire

S'agissant de l'intérêt général social, l'enjeu de la charge de la preuve réside dans la possible remise en cause du principe même du pouvoir réglementaire de l'État. L'exercice du pouvoir réglementaire de l'État à travers une mesure étatique est une compétence de principe. Sur le plan probatoire, cette affirmation implique que l'État doit simplement prouver sa bonne foi dans l'adoption de l'acte. Il reviendra à l'investisseur de prouver la mauvaise foi ou l'abus de l'État de son pouvoir réglementaire. La charge de la preuve est dès lors allégée pour l'État, mais lourde pour l'investisseur¹¹⁹¹. Cette conséquence qui découle du pouvoir réglementaire de l'État peut s'accorder avec la règle « *actor imcumbit probatio* ». Dans l'affaire *Chemtura* par exemple, l'investisseur alléguait de façon implicite, la mauvaise foi de l'État canadien qui justifiait son comportement par l'exercice de son pouvoir réglementaire. Le tribunal faisait reposer la charge de la preuve sur l'investisseur en montrant bien que sa défense consistait à affirmer la mauvaise foi de l'État dans l'exercice de son pouvoir réglementaire : « *This broader factual context is relevant in assessing the first point raised by the Claimant, namely whether the PMRA undertook the Special Review as a result of a trade irritant and not as a part of its mandate as a regulatory agency or as part of an international commitment undertaken by Canada under the Aarhus Protocol to the LRTAP Convention. Although the Claimant has avoided formulating this allegation in such terms, the underlying idea is that the PMRA acted in bad faith and launched a review process for reasons unrelated to its mandate and to the*

¹¹⁹⁰ NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, op. cit., para. 11-13.

¹¹⁹¹ Des tribunaux retiennent d'ailleurs un standard de preuve élevé pour l'allégation de la mauvaise foi de l'État. Il ne s'agit plus de la « balance of probabilities » ; ils requièrent des « *clear and convincing evidence* ». (*Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL Rules, Award, 2 August 2010, para. 137; « the standard for proving bad faith is a demanding one, in particular if bad faith is to be established on the basis of circumstantial evidence » (*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, 27 August 2009, para. 143).

international obligations of Canada. The burden of proving these facts rests on the Claimant, in accordance with well-established principles on the allocation of the burden of proof, and the standard of proof for allegations of bad faith or disingenuous behaviour is a demanding one. »¹¹⁹²

Cette relecture de l'allégation de l'investisseur par le tribunal est appréciable, car les conséquences sont différentes lorsque l'investisseur tend à faire considérer un comportement étatique manifestant *prima facie* l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État comme une exception à une règle du droit des investissements. Une telle position impose à l'État une charge importante de preuve et il ne lui suffira pas de prouver sa bonne foi. Quelques affaires ALENA se rapportant à la règle du traitement national (article 1102) serviront à illustrer concrètement ce propos.

Dans l'affaire *Methanex*, l'investisseur Methanex alléguait essentiellement un fait de discrimination fondée sur la nationalité constitutive d'une violation de l'article 1102 ALENA sur le traitement national. *Methanex* considérait que le MTBE et l'éthanol étaient des produits similaires, et que le fait que l'État américain n'ait pas interdit l'utilisation de l'éthanol, dont des investisseurs américains se servaient, constituait un traitement favorable à ces derniers. L'État avançait qu'à supposer que le MTBE et l'éthanol soient des produits similaires, la discrimination supposée entre les deux serait justifiée par le fait que la mesure poursuivait un but d'intérêt général à savoir la protection de la santé et de l'environnement. Partant, *Methanex* répliquait que par cette défense, l'État américain émettait une exception à la règle du traitement national et estimait que la charge de la preuve de l'exception et de sa pertinence dans le cas d'espèce incombait désormais aux États-Unis¹¹⁹³. Ainsi, en partant de la jurisprudence de

¹¹⁹² *Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award, 2 August 2010, op. cit.*, para. 137. Voir également, l'affaire *Les Laboratoires Servier*, le tribunal devait trancher des allégations de violations du traité d'investissement entre la Pologne et la France relativement aux décisions de non-autorisation de la commercialisation de médicaments produits par les industries pharmaceutique Servier. Pour le tribunal, « *Poland has come forward with prim facie justifications for rejecting the Claimants' applications for marketing authorisations. According to Poland, the rejection derived from provisions of, and policies associated with, the Polish Pharmaceutical Law and ED legislation in light of such explanations, it would be unreasonable to demand that Poland "prove the negative" in the sense of demonstrating an absence of bad faith and discrimination, or the lack of disproportionateness in the measures taken. Thus, the burden then falls onto the Claimants to show that Poland's regulatory actions were inconsistent with a legitimate exercise of Poland's police powers. If the Claimants produce sufficient evidence for such a showing, the burden shifts to Poland to rebut it.* » (*Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland, UNCITRAL, Award (redacted)*, 14 February 2012, para. 582-584).

¹¹⁹³ *Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Reply of Claimant Methanex Corporation to U.S. amended Statement of Defense, 19 February 2004*, para. 187.

l'ORD de l'OMC, le requérant pensait qu'il lui suffisait d'établir une présomption de violation par les États-Unis d'Amérique de la règle du traitement national, et il revenait à ces derniers d'établir la pertinence de l'exception : « *At the WTO, precisely how much and precisely what kind of evidence the U.S. will be required to produce to establish its defense necessarily varies from case to case. The key, however, is that the burden of establishing a national treatment violation is on the complaining party, i.e., Methanex, whereas the burden of establishing an affirmative defense, such as the limited exception for environmental measures, rests on the defending party, i.e., the US.* »¹¹⁹⁴.

L'État partie et le tiers intervenant (l'IISD en tant qu'*amicus curiae*) n'ont pas partagé cette compréhension de l'application de l'article 1102. Notamment, l'*amicus curiae* a relevé que l'article 1102 de l'ALENA n'opère pas de la même manière que l'article XX du GATT qui émet des exceptions relatives à la santé et à l'environnement. L'article 1102 ne prévoit pas d'exception, cet état de fait établit le principe du pouvoir réglementaire et la déférence des tribunaux ALENA à l'appréciation que fait l'État de la nécessaire protection de la santé et de l'environnement, la seule réserve étant la mauvaise foi de l'État. Dans ces circonstances, « *there is no basis for apportioning to the United States the proof of intent unless and until the claimant Methanex has made out a sufficient case of impermissible intent* »¹¹⁹⁵. Ce raisonnement semble avoir convaincu le tribunal qui n'a pas trouvé nécessaire de développer le sien jusqu'à ce point, se contentant de remarquer que le chapitre 11 sur l'investissement n'évoque pas la similarité des produits, mais plutôt celle des circonstances, rendant ainsi inutile le recours à la jurisprudence de l'OMC qui insiste sur le critère de la similarité de produits (et non des circonstances)¹¹⁹⁶.

Cette approche de la charge de la preuve relativement à l'article 1102 ALENA est nettement recommandable, car elle est plus adaptée à la défense des droits sociaux et de l'intérêt général social par l'État.

Cela dit, l'admission de cette défense par les tribunaux n'est pas systématique. Cette attitude s'explique par l'extrême diversité (pour ne pas parler d'incohérence) des approches des

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 190.

¹¹⁹⁵ *Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Amicus Curiae Submissions by the International Institute for Sustainable Development, 9 March 2004*, para. 64.

¹¹⁹⁶ *Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, op. cit.*, Part IV - Chapter B, para. 28ss.

tribunaux quant à l'appréhension des différents éléments de la règle du traitement national, dont la nécessité d'établir une intention discriminatoire ou la justification de l'intérêt public légitime¹¹⁹⁷. À s'en tenir aux tribunaux établis dans le cadre ALENA, une divergence apparaît parfois d'une décision à une autre. Par exemple, dans l'affaire *Bilcon*, le tribunal s'écartait de cette présentation de façon critiquable. Certes, il reconnaissait qu'il revenait à l'investisseur dans le cadre de l'article 1102 de l'ALENA d'apporter la preuve du traitement moins favorable et que cet article ne renfermait pas comme dans le cadre de l'article XX du GATT une exception tenant à la possibilité de justifier la discrimination par la poursuite d'objectifs publics légitimes. Le tribunal acceptait donc que la charge de la preuve incombât d'abord à l'investisseur¹¹⁹⁸. Toutefois, il considérait qu'il s'agissait d'une démonstration *prima facie*, s'agissant de la poursuite d'un objectif d'intérêt public. En effet, il estimait que la preuve de la violation de l'article 1102 ne supposait pas la démonstration par l'investisseur d'une intention discriminatoire, cette démonstration incombe à l'État. Il revenait alors à l'État de prouver qu'une mesure apparemment discriminatoire était en réalité conforme à l'article 1102¹¹⁹⁹.

En cela, cette attitude ne diffère pas de beaucoup de celle du tribunal *Pope & Talbot* qui, au premier abord, semblait seulement reconnaître (comme le comprend d'ailleurs le tribunal *Bilcon*), une marge d'appréciation à l'État canadien en considérant que l'État pourrait justifier, à titre exceptionnel, une violation de l'article 1102 par la poursuite d'un objectif légitime. Cependant en concluant ainsi, ce tribunal faisait peser une présomption de discrimination sur le comportement étatique (et c'est bien ce que rejette la défense et la tierce intervention dans l'affaire *Methanex*).

On le voit bien. Les règles de preuves sont neutres, en ce sens qu'elles peuvent être favorables ou non à la défense du comportement de l'État qui vise la protection des droits sociaux. Il revient donc aux États d'exploiter cette indétermination des règles de la charge de la preuve. Cela concerne aussi bien la règle que l'exception.

¹¹⁹⁷ ORTINO F., « Non-discriminatory Treatment in Investment Disputes », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 344-366. RN

¹¹⁹⁸ *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015*, para. 722-725.

¹¹⁹⁹ *Ibid*, para. 724.

B. L'enjeu de l'appréciation de l'indisponibilité de la preuve

Conformément à la règle d'inversion de la charge de la preuve, il est compréhensible que le renversement de la charge de la preuve se fasse lorsque l'investisseur démontre suffisamment que l'État possède des éléments de preuve suffisants. Il s'agit d'une règle procédurale établie et dont les implications sont importantes : si l'État satisfait insuffisamment à la charge de preuve, le tribunal peut opérer une inférence défavorable consistant à considérer comme ayant été suffisamment établie l'allégation de l'investisseur. Il n'y a pas lieu (ni nécessité) de demander ici une adaptation ou une application différenciée de la règle lorsque les droits sociaux sont en cause, car l'application de la règle de preuve n'entraîne pas une remise en cause du pouvoir réglementaire de l'État. Toutefois, étant donné qu'il s'agit ici de la question non moins importante de la disponibilité des éléments de preuve, l'enjeu réside dans l'approche adoptée par le tribunal arbitral lorsqu'il apprécie l'absence des éléments probatoires que l'État est supposé avoir à sa possession. Une approche *in concreto* suffit, car elle permet de comprendre l'indisponibilité des moyens de preuves et est donc mieux adaptée à la situation. Elle est préférable à une inférence automatique qui assimile le défaut des éléments de preuve à un refus de les fournir.

À s'en tenir à la règle du traitement national, deux affaires ALENA différentes peuvent illustrer le caractère adapté de l'approche *in concreto*. Dans la première, l'inférence semble avoir été faite de manière automatique, alors qu'une absence de présentation de preuves demandées peut faire l'objet de mitigation de la part du tribunal en fonction de l'argument avancé¹²⁰⁰. Il s'agit de l'affaire *Feldman*, une affaire antérieure à *Methanex* dans laquelle l'investisseur reprochait à l'État mexicain un traitement discriminatoire *de facto*, non entre les producteurs et les vendeurs de cigarettes, mais seulement entre les entreprises vendeuses de cigarettes : celles possédées par les nationaux d'une part, et les entreprises vendeuses étrangères, dont celle de l'investisseur, d'autre part. Le tribunal faisait reposer la charge de preuve de la discrimination sur l'investisseur, conformément à la règle selon laquelle la partie qui affirme une chose doit la prouver. Mais à l'absence d'éléments probatoires de façon générale, la majorité des membres du tribunal a refusé de considérer que la demande n'était pas suffisamment prouvée. Elle a supposé que l'investisseur avait établi *prima facie* une présomption d'existence d'une discrimination dont les éléments de preuve n'étaient pas entre

¹²⁰⁰ BAIN E., « When Some Are More Equal Than Others: The need for a more substantive conception of “equality of the parties» in investment arbitration », *Yearbook on International Investment Law & Policy 2015-2016*, p. 292-326, spéc. p. 318.

les mains de l'investisseur, mais entre celles de l'État. Par conséquent, cette situation conduisait à opérer un renversement de la charge de la preuve qui incombait désormais à l'État mexicain¹²⁰¹. Ainsi, le tribunal s'est contenté de déduire de l'absence de preuve contraire à la présomption, l'affirmation de l'existence de la discrimination¹²⁰². Or, si l'on en croit l'arbitre dissident, il s'agit d'une question d'indisponibilité de la preuve: « *it is not reasonable to conclude that the Claimant's statements are true just because Hacienda has failed to file in these arbitration proceedings the information that it had on a particular taxpayer, information which it is legally prevented from disclosing* »¹²⁰³. Une telle approche adoptée par le tribunal est peu convaincante dès lors qu'elle se fonde, comme le tribunal le mentionnait, sur la supposée difficulté pour l'investisseur d'atteindre le seuil probatoire exigé pour soutenir une discrimination basée sur la nationalité¹²⁰⁴ ou encore sur l'hypothèse que le traitement différent s'est fait sur la base de la nationalité de l'investisseur, « *at least in the absence of any evidence to the contrary* »¹²⁰⁵. Cela revient à confirmer la présomption, alors même que la raison pour laquelle l'investisseur n'a pu substantiellement prouver l'existence d'une discrimination, à savoir l'absence d'éléments probatoires suffisants, conduit à la condamnation de l'État, lorsque cette absence est affichée du côté de ce dernier¹²⁰⁶.

La deuxième affaire est *Apotex Holdings*. Le litige mettait en cause les mesures prises par l'agence fédérale américaine des médicaments qui avait refusé d'autoriser l'importation des médicaments de l'investisseur soupçonnés de non-conformité à la réglementation américaine des médicaments parce qu'ils posaient un risque pour la santé humaine. L'investisseur fondait sa réclamation sur le traitement national, en invoquant comme élément de comparaison des entreprises nationales et étrangères qui avaient dû subir les contrôles de l'agence. Concernant

¹²⁰¹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award, 16 December 2002*, para. 176-177. (Sans contester la règle de renversement de la charge de la preuve en présence de la détention exclusive des éléments de preuves par la partie adverse, on peut toutefois remarquer que l'attitude du tribunal recèle une ambiguïté en ce qu'elle tend à se fonder à la fois sur la détention exclusive des éléments de preuve par l'État défendeur et sur une interprétation de l'article 1102 s'alignant sur la rédaction de l'article XX du GATT. A ce dernier propos, le tribunal affirmait d'ailleurs s'aligner sur l'approche *Pope & Talbot*).

¹²⁰² *Ibid.*, para. 178ss. Voir également *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award, 16 December 2002. Dissenting Opinion of Jorge Covarrubias Bravo, 3 December 2002*, p. 6 ss.

¹²⁰³ *Ibid.*, p. 11.

¹²⁰⁴ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award, 16 December 2002, op. cit.*, para. 183.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, para. 181.

¹²⁰⁶ Voir également *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award, 16 December 2002. Dissenting Opinion of Jorge Covarrubias Bravo, 3 December 2002, op. cit.*, p. 10.

les entreprises nationales, le tribunal avait recouru au critère d'exigence de cadre juridique similaire en tant qu'élément définitionnel de « circonstances similaires » pour rejeter l'existence d'un traitement différent, ce dernier étant dicté par la différence de cadres juridiques¹²⁰⁷. S'agissant des entreprises étrangères, le tribunal avait établi la différence de traitement. Ce faisant, il reconnaissait que l'investisseur assumait avec succès la charge de la preuve factuelle en établissant *prima facie* une présomption de traitement défavorable, et que la charge de la preuve contraire revenait à l'État américain, à défaut de laquelle la réclamation de l'investisseur sera accordée¹²⁰⁸. Le tribunal expliquait cette inversion de la charge de la preuve, non pas par l'absence des éléments de preuve à apporter par l'investisseur, mais plutôt par leur possession exclusive par l'État¹²⁰⁹ : « *In the Tribunal's view, the answer must be that at some stage the evidential burden of proof shifts towards the respondent State and requires it to rebut the evidence adduced by the claimant. Otherwise, the claimant would be left to prove its case from whatever incomplete documentary evidence and witness testimony the respondent State may choose to present. That burden would be, invariably, an almost impossible task. Accordingly, the Tribunal considers, as regards the Respondent's remaining defences under NAFTA Article 1103 and given the procedural history of this arbitration, that such stage has here been reached.* »¹²¹⁰

Toutefois, le tribunal a apprécié cette disponibilité des preuves de façon concrète et en présence des circonstances de l'espèce. Il s'est retenu de toute systématisme dans l'inférence défavorable à l'État de l'absence ou de la pauvreté des éléments factuels que celui-ci était supposé avoir à sa disposition¹²¹¹, ce qui a conduit au rejet de la réclamation de l'investisseur¹²¹².

Ainsi, bien que les règles de la charge de la preuve soient établies, leur application ne revêt aucune systématisme et dépend des circonstances. L'exercice du pouvoir réglementaire de l'État redonne une acuité particulière à l'enjeu qui résulte de leur application. Il reviendra à l'État d'en tenir compte. En outre, l'application de ces règles ne manifeste pas *a priori* la reconnaissance d'un égard particulier à la décision de l'État. La question qui en résulte est de

¹²⁰⁷ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014, para. 8.58.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, para. 8.65.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, para. 8.66.

¹²¹⁰ *Ibid.*, para. 8.68.

¹²¹¹ *Ibid.*, para. 8.72-8.73.

¹²¹² *Ibid.*, para. 8.77.

savoir s'il est reconnu une marge d'appréciation susceptible de jouer en sens inverse : à savoir que la reconnaissance d'une marge d'appréciation lorsque des questions d'intérêt général social sont en jeu pourrait alors avoir un effet positif d'allègement de la charge de la preuve pour l'État. La réponse semble négative. En l'état actuel du droit international, l'État ne doit pas s'attendre à un assouplissement de ces règles ou un traitement de faveur du fait de sa situation de débiteur d'obligations sociales dans l'intérêt général. L'explication de cette affirmation se trouve dans le paragraphe suivant.

Paragraphe 2. Une intensité du contrôle indifférente à la charge des obligations sociales

Le fait que l'État ait en charge la protection des droits sociaux ne fait pas intervenir des règles internationales de nature à faciliter la preuve de la défense des droits sociaux par celui-ci. Ceci nécessiterait un développement du contentieux international qui, s'il n'est pas à exclure, n'est pas d'actualité. Il nous semble en effet que l'intensité du contrôle (*standard of review* en anglais) exercé par les tribunaux aurait pu avoir un effet d'allègement voire de renversement de la charge de la preuve¹²¹³ s'il avait émergé un standard commun de contrôle des actes étatiques reconnaissant une certaine déférence vis-à-vis de l'acte étatique visant la protection des droits sociaux¹²¹⁴. Malheureusement, pour l'heure, la doctrine de la marge d'appréciation ne répond pas de façon satisfaisante à cette préoccupation (A). Ce constat conduit en conséquence à retenir encore les attentes vis-à-vis de certains arguments de défense de droits sociaux exigeant un standard de preuve très élevé. C'est notamment le cas de l'argument relatif à la nécessité sociale (B).

¹²¹³ Voir AMBRUS M., « The European Court of Human Rights and Standards of Proof », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2014, p. 235-253.

¹²¹⁴ Voir pour une réflexion dans ce sens: BURKE-WHITE W. and STADEN A. von, « The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations », in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 689-720 ; et globalement sur le standard de contrôle : HENCKELS C., « The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 113-134 ; HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 ; VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.

A. L'apport aléatoire de la marge nationale d'appréciation à l'allègement de la charge de la preuve de l'État

La marge d'appréciation peut être définie comme une grande liberté d'appréciation reconnue à un État dans la mise en œuvre d'une obligation de droit international¹²¹⁵. Du point de vue du juge international, la marge d'appréciation implique la prise en compte de cette liberté d'appréciation dans le contrôle du respect de l'obligation internationale. Elle entretient donc un lien très étroit avec le standard de contrôle dans la mesure où la reconnaissance de cette liberté d'appréciation n'est pas illimitée, ce dernier déterminant « *the extent of discretionary powers enjoyed by national authorities in making certain decisions, and affects the allocation of power between national and international levels* »¹²¹⁶.

La question de la place de la marge d'appréciation dans l'arbitrage d'investissement ne semble pas dissociable de celle de la nature publique ou privée de l'arbitrage. Or, cette dernière question demeure un point de débat entre internationalistes publicistes et internationalistes privatistes¹²¹⁷. En effet, l'évolution du contentieux arbitral relatif à l'investissement s'est accompagnée d'une discussion théorique sur sa nature. L'assise du débat se trouve dans les fondations hybrides de l'arbitrage d'investissement¹²¹⁸, le point problématique étant la catégorisation dans l'ordre juridique international ou interne de l'arbitrage d'investissement¹²¹⁹.

Suivant une approche de droit privé, un tribunal CIRDI rendant une décision sur la base d'une demande conventionnelle n'est pas une juridiction internationale. Pour le professeur Mayer par exemple, l'explication est simple : « le pouvoir du tribunal du traité ne lui est, en réalité, pas conféré par ce traité, lequel ne contient que l'offre de compromettre de l'État ; le pouvoir résulte de cette offre et de l'acceptation de l'investisseur, non exprimée dans le

¹²¹⁵ Dans le cadre de la CEDH, elle a été définie comme la « *room for manoeuvre the Strasbourg institutions are prepared to accord national authorities in fulfilling their obligations* » (GREER S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publ, 2000, p. 5.)

¹²¹⁶ GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W., « Introduction », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 1-16, p. 2.

¹²¹⁷ Voir VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, *op. cit.*, 2018, p. 17-30.

¹²¹⁸ DOUGLAS Z., « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, p. 151-289.

¹²¹⁹ Voir par exemple, ROBERTS A., « Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System », *American Journal of International Law*, vol. 107 (2013), n° 1, p. 45-94, p. 58 ss ; BRABANDERE E.D., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2014.

traité »¹²²⁰. En outre, le CIRDI, bien que créé par une convention internationale, demeure une institution d'organisation de l'arbitrage tout comme la CCI. Un tribunal CIRDI fondé sur un traité pour juger une demande conventionnelle « est une juridiction privée, ne rendant la justice au nom d'aucun ordre juridique »¹²²¹. Difficilement acceptable pour les juristes de droit international public¹²²², cette position tend à rapprocher l'arbitrage d'investissement de l'arbitrage privé commercial.

On le voit bien, le débat en lui-même recèle des prolongements pratiques sur la prise en compte de l'intérêt général social, l'enjeu de l'exclusion de l'arbitrage d'investissement de l'ordre juridique international étant l'application par les arbitres des techniques développées par les juridictions internationales ou puisées dans le droit public comparé¹²²³. La doctrine de la marge nationale d'appréciation et la technique de la proportionnalité sont de celles-là. On comprend dès lors que c'est l'absence de base juridique conventionnelle de leur application dans le contentieux d'investissement qui conduit à la recherche d'une justification théorique à leur importation dans ce droit. La conséquence est une application aléatoire dans l'arbitrage d'investissement de la marge d'appréciation, certains tribunaux (et une partie de la doctrine) étant moins favorables que d'autres.

L'« importation » de la marge d'appréciation dans l'arbitrage d'investissement n'est pas seulement timidement réalisée par les tribunaux, elle n'a pas également reçu un accueil particulièrement positif de la part de la doctrine. Cependant, si la doctrine de la marge d'appréciation est loin d'être établie dans le contentieux arbitral relatif aux investissements (1), une tendance minoritaire exprime une approche modérée de la marge d'appréciation dans les affaires relatives à l'intérêt général social et qui pourrait susciter de l'intérêt (2).

¹²²⁰ MAYER P., « Contracts claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, p. 72-96, spéc. p. 86.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 88; 84-85.

¹²²² Par exemple VAN HARTEN G., *Investment treaty arbitration and public law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; MONTT S., *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation*, Oxford, Hart, 2012; FOSTER C., « A new Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as "Internationalizes Public Law" », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64 (2015), n° 2, p. 461-485.

¹²²³ SCHILL S.W., *Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-Conceptualizing the Standard of Review Through Comparative Public Law*, Rochester, Social Science Research Network, 2012, p. 9; SCHILL S.W., « International Investment Law and Comparative Public Law—an Introduction », in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, *op. cit.*, p. 3-38.

1- Une importation discutée

De façon générale, la marge d'appréciation ne connaît pas une application régulière dans l'arbitrage d'investissement. Peu de tribunaux l'ont reconnue aux États¹²²⁴. Cette situation n'a pas manqué d'inquiéter une partie de la doctrine qui voit dans l'attitude des tribunaux une indifférence vis-à-vis du caractère public de l'arbitrage d'investissement, lequel caractère découle du fait de la présence de l'État¹²²⁵ et du fait que derrière le comportement de ce dernier est en jeu l'intérêt général national ou de celui d'une communauté plus large¹²²⁶. Appelant de ses vœux une approche de droit public comparé de l'arbitrage d'investissement, le professeur Schill regrettait ainsi le fait que l'examen par les tribunaux du comportement étatique ne soit pas conforme aux standards de droit public, particulièrement « *the requirement that the review powers themselves meet public law standards of the rule of law and democracy* »¹²²⁷.

La critique de l'importation de la doctrine de la marge d'appréciation dans l'arbitrage d'investissement se nourrit au moins d'une double crainte. D'abord, elle redoute un retour par la petite porte du déséquilibre structurel dont le rejet a servi de fond à l'évolution de l'arbitrage investisseur-État. Ce déséquilibre (si ce n'est pas un paradoxe) pourrait résulter de la reconnaissance de la marge d'appréciation à une partie à la procédure d'arbitrage pour la simple raison que celle-ci est un État souverain. La conséquence en serait une perte de la légitimité de l'arbitrage d'investissement, car celui-ci est un système qui « *depends upon the strength of the objective and rational scrutiny that goes into the decision. and if that is lacking in the decision, due to the tribunal's simply deferring to what a state has said, then really the system loses its*

¹²²⁴ *Saluka Invs. B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL-PCA, Partial Award, 17 March 2006*, para 272 ss; *Continental Casualty Company v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, 5 September 2008*, para. 266; *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, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008*, para. 94; *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award, 16 June 2010*; *Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 12 November 2010*, para. 527ss; *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012*, para. 6.92.

¹²²⁵ Voir la doctrine favorable citée BARKER P., « Investor-State Arbitration as International Public Law: Deference, Proportionality and the Standard of Review » in LAIRD I.A., SOURGENS S. Frédéric G. and WEILER T.J., *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 8*, Juris Publishing, p. 235 ss.; BRABANDERE E.D., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*, op. cit.

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 237; BURKE-WHITE W. and STADEN A. von, « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations », *Yale Journal of International Law*, vol. 35 (2010), n° 2, p. 285 ss.

¹²²⁷ SCHILL S.W., *The Sixth Path: Reforming Investment Law from Within*, Rochester, Social Science Research Network, 2014, p. 11. Voir globalement sur le sujet : SCHILL S. (ed.), *International investment law and comparative public law*, op. cit.

value. »¹²²⁸. Cette conséquence serait d'autant plus inacceptable que l'application de la marge d'appréciation conduit à évincer celles des règles d'interprétation du droit international¹²²⁹. La seconde crainte repose sur le constat d'une différence systémique entre l'arbitrage d'investissement et la protection juridictionnelle régionale des droits de l'homme, notamment celle découlant de l'œuvre de la CEDH¹²³⁰. Le système de la Convention européenne des droits de l'Homme est fondé sur la souveraineté des États traduite par le principe de subsidiarité dans la protection des droits de l'homme. Le rôle premier de l'État dans la protection des droits individuels et, partant, la fonction complémentaire de la Cour ainsi que l'avantage démocratique des autorités étatiques sur les juges de la Cour n'auraient pas d'équivalents dans le système de l'arbitrage d'investissement, les États ayant accepté dans le cadre des accords d'investissement de renoncer à une partie de leur souveraineté au profit de l'attraction des investissements. Cet engagement conduit à un contrôle d'une intensité élevée de la justification de l'argument fondé sur la souveraineté par l'État. La situation contraire qui résulterait de l'application de la doctrine de la marge d'appréciation aurait pour effet de réduire de façon importante la protection de l'investisseur, précisément dans les circonstances (circonstances exceptionnelles comme une situation de crise entraînant une déclaration d'état d'urgence) où cette protection est la plus menacée¹²³¹. La critique prend une forme radicale lorsqu'elle tend à nier l'existence même de la marge d'appréciation en tant que règle du droit international¹²³².

¹²²⁸Kassi Tallent dans Panel Discussion sur « Public Policy and the Interpretation of Substantive Standards and Protections: Is There a Place for Margins of Appreciation and Standards of Review in Applying International Investment Standards ? », in LAIRD I.A. and WEILER T. (eds.), *Investment treaty arbitration and international law: volume 3 ; [papers and proceedings of the third annual Juris Conference on International Investment Arbitration]*, Huntington, JurisNet, 2010, p. 177. (Plus globalement : TALLENT D. K., « A Tractor in the Jungle: Why Investment Arbitration Tribunals Should Reject a Margin of Appreciation Doctrine », in LAIRD I.A. and WEILER T. (eds.), *Investment treaty arbitration and international law, op. cit.*, p. 111-135). Sarah Vasani s'inscrit dans cette logique, l'importation de la doctrine ne va pas sans fragiliser le raisonnement des tribunaux d'investissement, ce faisant elle impacte la légitimité de tout le système de l'arbitrage d'investissement : « *In addition to the potential to decrease the legitimacy of the arbitral tribunals that apply it, importing the Doctrine into the investment arbitration context threatens to undermine the legitimacy of the overall system. If tribunals consistently afford States wide latitude in determining whether their actions violate the substantive protections under international investment treaties, the under-enforcement of investor rights inevitably will result* » (VASANI S., « Bowing to the Queen: Rejecting the Margin of Appreciation Doctrine in International Investment Law », in *Ibid.*, p. 164).

¹²²⁹ BORN G., MORRIS D. and FORREST S., « "A Margin of Appreciation": Appreciating Its Irrelevance in International Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 61 (2020), n° 1, p. 65-134, spéc. p. 107 ss.

¹²³⁰ VASANI S., « Bowing to the Queen: Rejecting the Margin of Appreciation Doctrine in International Investment Law », in LAIRD I.A. and WEILER T. (eds.), *Investment treaty arbitration and international law, op. cit.*, para. 166 ss.

¹²³¹ *Ibid.*, para. 163.

¹²³² « *The clear weight of contemporary international authority not only does not support, but instead affirmatively rejects, the margin of appreciation as a general rule of international law* » (BORN G., MORRIS D. and FORREST S., « A Margin of Appreciation », *op. cit.*, p. 77, 68-77).

Bien que cette argumentation soit convaincante sous certains aspects, elle ne suffit pas à écarter la tentation du recours à la marge d'appréciation. Elle est plutôt convenable à la position doctrinale qui distingue difficilement l'arbitrage d'investissement de l'arbitrage commercial international, dans lequel l'État apparaît comme n'importe quel opérateur économique. Suivant une perspective de droit public mettant l'accent sur le caractère public de l'arbitrage d'investissement, l'étendue de la différence des tribunaux d'investissement avec les cours régionales des droits de l'homme est différemment perçue¹²³³.

2- Une application minoritaire

La jurisprudence arbitrale reflète cette dualité de positionnement doctrinal et semble majoritairement favorable au rejet de la marge d'appréciation lorsqu'elle est invoquée au soutien de mesures prises dans des circonstances exceptionnelles¹²³⁴. Cette tendance est globalement celle du droit international¹²³⁵, la Cour internationale de justice ayant opté par exemple pour un standard de contrôle beaucoup plus objectif¹²³⁶. Toutefois, il y a de bonnes raisons de présager que la tendance minoritaire n'est pas nécessairement vouée à disparaître ou à rester en l'état.

Un rapide aperçu permet de constater que l'argument juridique avancé par les tribunaux réfractaires¹²³⁷, à savoir l'absence de source formelle, n'est pas toujours perçu comme un obstacle au recours à la doctrine de la marge d'appréciation. Certes, dans l'affaire *Von Pezold*, le tribunal soutenait qu'il n'existait pas de base juridique (de nature conventionnelle ou coutumière) pour importer, comme le soutenait l'État, ce concept en droit international des

¹²³³ BARKER P., « Investor-State Arbitration as International Public Law: Deference, Proportionality and the Standard of Review », in LAIRD I.A., SOURGENS S. Frédéric G. and WEILER T.J., *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 8, op. cit.*, p. 252.

¹²³⁴ Voir VASANI S., « Bowing to the Queen: Rejecting the Margin of Appreciation Doctrine in International Investment Law », in LAIRD I.A. and WEILER T. (eds.), *Investment treaty arbitration and international law, op. cit.*

¹²³⁵ Devant la Cour internationale de Justice, la raison semble bien résider dans la crainte de voir les États brandir l'argument de la souveraineté et, partant de vider ainsi de leurs sens les dispositions conventionnelles (obligations et droits des sujets du droit international) par une application de la marge d'appréciation : BJORGE E., « Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4 (2015), n° 1, p. 181-190, spéc. 190. Voir également dans l'arbitrage d'investissement : *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC No. 24/2007, Award, 20 July 2012, para. 22.

¹²³⁶ Voir TULLY S.R., « 'Objective Reasonableness' as a Standard for International Judicial Review », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6 (1 novembre 2015), n° 3, p. 546-567.

¹²³⁷ Voir par exemple : *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para. 354.

investissements¹²³⁸ ; mais une telle approche strictement formelle n'est pas très convaincante parce qu'elle peut conduire au rejet de la doctrine, quels que soient les circonstances ou le domaine du litige. Il nous semble que la question de la juridicité de la déférence ou de la marge d'appréciation en droit international des investissements ne devrait pas être appréciée directement à partir de la doctrine elle-même.

La raison principale étant que la doctrine de la marge d'appréciation, quelle que soit son origine¹²³⁹, relève du pouvoir inhérent du juge international¹²⁴⁰. Le respect que le tribunal doit à l'appréciation que l'État fait de ce qu'est l'intérêt général social et des mesures de sa mise en œuvre découle de la reconnaissance du pouvoir réglementaire souverain et des limites de la fonction du tribunal qui n'est pas un juge administratif ni un juge d'appel des décisions étatiques. Concrètement, ces deux raisons s'expliquent par la perspective large qu'est supposée être celle de l'État (par rapport à celle plus étroite de l'investisseur et même du tribunal) lorsqu'il adopte des mesures d'intérêt général social. Dès lors, s'il s'agit de soutenir une admission générale de la marge d'appréciation, celle-ci peut être reconnue lorsque l'État exerce ses pouvoirs réglementaires dans des circonstances ou des domaines particuliers. Le domaine de la santé semble être de ceux-là. Dans l'affaire *Philip Morris*, le tribunal reconnaissait que « *the « margin of appreciation » is not limited to the context of the ECHR but « applies equally to claims arising under BITs », at least in contexts such as public health* »¹²⁴¹. Le tribunal insistait ainsi sur le fait que « *the responsibility for public health measures rests with the government and investment tribunals should pay great deference to governmental judgments of national needs in matters such as the protection of public health. In such cases respect is due to the « discretionary exercise of sovereign power, not made irrationally and not exercised in*

¹²³⁸ « *As to “margin of appreciation» and the Respondent’s argument that it should be given a wide margin when determining what is in the Zimbabwean public interest, the Tribunal is of the opinion that due caution should be exercised in importing concepts from other legal regimes (in this case European human rights law) without a solid basis for doing so (...) Here, the Government has agreed to specific international obligations and there is no “margin of appreciation» qualification within the BITs at issue. Moreover, the margin of appreciation doctrine has not achieved customary status. Therefore the Tribunal declines to apply this doctrine* » (Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold, Elisabeth Regina Maria Gabriele Von Pezold; Anna Eleonore Elisabeth Webber (Née Von Pezold), Heinrich Bernd Alexander Josef Von Pezold, Maria Juliane Andrea Christiane Katharina Batthyány (Née Von Pezold), Georg Philipp Marcel Johann Lukas Von Pezold, Felix Alard Moritz Hermann Kilian Von Pezold, Johann Friedrich Georg Ludwig Von Pezold, Adam Friedrich Carl Leopold Franz Severin Von Pezold v. Republic of Zimbabwe, Icsid Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015., para. 464).

¹²³⁹ Voir pour une origine internationale de la marge d'appréciation : BJORGE E., « Been There, Done That: The Margin of Appreciation and International Law », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4 (2015), n° 1, p. 181-190.

¹²⁴⁰ HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 33, 189-190.

¹²⁴¹ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016., para. 399.

bad faith ... involving many complex factors ». ¹²⁴² Concrètement, il jugeait qu'il ne lui revenait pas d'apprécier si la couverture publicitaire à 50 % des emballages de cigarettes était plus adaptée que celle à 80% préférée par l'État ¹²⁴³.

Bien avant l'affaire *Philip Morris*, les affaires argentines montraient déjà que le refus de la majorité des tribunaux de considérer les clauses d'exception générales relatives à la sécurité comme étant *self-judging* (relevant de l'appréciation de l'État) n'empêchait pas d'y voir une base juridique à l'invocation de la marge d'appréciation. Par exemple, dans l'affaire *Continental Casualty*, tout admettant que l'article XI du TBI États-Unis- Argentine n'était pas *self-judging*, le tribunal concluait que « *the expression « its own security interests » implies that a margin of appreciation must be afforded to the party that claims in good faith that the interests addressed by the measures are essential security interests or that its public order is at stake* » ¹²⁴⁴.

En réalité, il apparaît que certains des tribunaux qui rejettent la marge d'appréciation de l'État semblent s'opposer seulement à l'importation pure et simple de la doctrine, car ils semblent admettre son importance dans le contentieux arbitral relatif à l'investissement. Par exemple, dans l'affaire *Glamis Gold*, le tribunal estimait que la marge d'appréciation était déjà présente dans le standard TJE de l'article 1105 de l'ALENA ¹²⁴⁵.

En tout état de cause, dans les affaires relatives à l'intérêt général social, l'attitude des tribunaux appliquant la marge d'appréciation permet de voir une approche mesurée de la doctrine (qui est aussi manifeste lorsque le tribunal met en avant la bonne foi de l'État ou opère un renversement de la charge de la preuve) et il n'est pas exclu qu'elle trouve un soutien dans la doctrine opposée ¹²⁴⁶. Les tribunaux ne procèdent pas à une application abstraite d'une

¹²⁴² *Ibid.*, para. 399.

¹²⁴³ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, *op. cit.*, para. 418. Il concluait ainsi que « *How a government requires the acknowledged health risks of products, such as tobacco, to be communicated to the persons at risk, is a matter of public policy, to be left to the appreciation of the regulatory authority* » (para. 419).

¹²⁴⁴ *Continental Casualty Company v. Argentina*, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, 5 September 2008, *op. cit.*, para. 80.

¹²⁴⁵ *Glamis Gold Ltd. v. The United States of America*, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 8 June 2009, para. 617. Voir également para. 505.

¹²⁴⁶ Voir Caroline Foster qui semble tolérer la reconnaissance d'un rôle modéré à la déférence et à la marge d'appréciation, son souci étant d'éviter la dilution dans ces notions x celle de l'ordre public international : « *Deference should be approached with caution. The difficulties with deference include the tension between deference and reference to global public policy, such as that found for instance in international environmental or human rights law. Where a State's decisions ought to be respected as a matter of international health or*

doctrine simplement importée du droit interne ou du droit international des droits de l'homme. Dans l'affaire *Apotex Holdings*, le tribunal n'avait pas explicitement fait mention de la marge d'appréciation ou de la déférence, il l'appliquait à travers une appréciation *in concreto* des circonstances à prendre en compte dans l'analyse du TJE. À propos de l'application de la règle du « due process » en tant qu'élément du standard de traitement minimum de droit coutumier, il observait que l'application des règles du droit des investissements ne se faisait pas *in abstracto*. Les circonstances qui imposent à l'État le choix des mesures critiquées sont à prendre en compte¹²⁴⁷. En conséquence, le tribunal estimait que le comportement allégué de l'État n'atteignait pas le seuil élevé de la violation du standard minimum de traitement dans le cadre ALENA. De même, c'est dans ce sens qu'il convient de lire l'affirmation de rejet apparent du tribunal dans l'affaire *Chemtura*¹²⁴⁸, car celui-ci argumentait plus loin dans le sens opposé. Il écrivait qu'il ne lui revenait pas de décider si certaines utilisations du lindane étaient dangereuses, autrement cela reviendrait à « *to second-guess the correctness of the science-based decision-making of highly specialized national regulatory agencies* »¹²⁴⁹.

L'application concrète de la marge d'appréciation permet d'en modérer la portée. Une approche modérée limite en effet la portée de la reconnaissance de la marge d'appréciation. L'atténuation de la charge probatoire est certainement le bénéfice le plus certain. L'État se voit reconnaître une présomption de bonne foi dont la preuve contraire incombe à l'investisseur, mais sans que cela préjuge du sens de la décision que le tribunal donne en réponse à la demande. Le tribunal ne défère donc pas systématiquement à l'affirmation ou à la défense de l'État, il

environmental policy, or even the precautionary principle, it weakens international public policy to rest respect for such policies simply on a broad notion of deference » (FOSTER C.E., « Respecting regulatory measures: Arbitral method and reasoning in the Philip Morris v Uruguay tobacco plain packaging case », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 26 (2017), n° 3, p. 287-297, spéc. p. 291).

¹²⁴⁷ « *The evidence in the present case shows that the regulation of cross-border trade in drug products is intended primarily to ensure the safety of domestic patients and that it is inherently a complex and specialised process involving professional judgments as to public health for which there are no mechanical rules. Regulation can involve the balancing of conflicting discretionary factors, such as cases where a foreign company experiencing grave manufacturing difficulties may be the sole or primary producer of drugs medically necessary for treating serious medical conditions for domestic patients in the regulator's country* ». Para. 9.48. En tout état de cause, le tribunal a estimé que le comportement allégué de l'État n'atteint pas le seuil élevé de la violation du standard minimum de traitement dans le cadre ALENA (para. 9.49, 9.50).

¹²⁴⁸ « *In assessing whether the treatment afforded to the Claimant's investment was in accordance with the international minimum standard, the Tribunal must take into account all the circumstances, including the fact that certain agencies manage highly specialized domains involving scientific and public policy determinations. This is not an abstract assessment circumscribed by a legal doctrine about the margin of appreciation of specialized regulatory agencies. It is an assessment that must be conducted in concreto. The Tribunal will proceed to such assessment in concreto when reviewing the specific measures challenged by the Claimant* » (*Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award, 2 August 2010*, para. 123).

¹²⁴⁹ *Ibid.*, para. 134.

prend seulement en compte certaines circonstances liées à la matière ou au temps¹²⁵⁰. Au regard de ces dernières considérations, la possibilité que la marge d'appréciation soit admise dans d'autres litiges relatifs à d'autres domaines d'intérêt général social est souhaitable et aussi probable¹²⁵¹.

Il faut toutefois concéder qu'en l'état actuel du droit positif, et malgré ces aspects prometteurs, la marge d'appréciation ne peut être considérée comme le standard type de contrôle de l'action étatique¹²⁵² dans la pratique des tribunaux d'investissement. Au-delà de l'invocation du concept, il est difficile de faire ressortir dans le raisonnement des tribunaux un contenu précis de la marge d'appréciation¹²⁵³, ce qui en fait une notion d'une utilité très limitée pour déterminer l'intensité de contrôle que pourrait exercer un arbitre sur le comportement étatique.

Il n'en demeure pas moins que pour faire de la marge d'appréciation un moyen de facilitation de la preuve de la défense de l'État, les tribunaux, et aussi les États dans leurs arguments, doivent travailler à développer un raisonnement rigoureux autour de la juridicité internationale du concept, de sa pertinence en arbitrage d'investissement, de l'intensité du contrôle qu'il requiert et de la délimitation de sa portée¹²⁵⁴. Cette précaution permettra de justifier son utilité à côté des règles d'interprétation qui reconnaissent également une certaine déférence et un pouvoir discrétionnaire à l'État défendeur¹²⁵⁵. Ce n'est qu'à cette condition que le recours à la marge d'appréciation pourra faciliter la preuve de certains arguments de défense des droits sociaux, dont celui de l'état de nécessité sociale. La raison réside dans le fait que la marge d'appréciation et le standard de preuve interagissent lorsqu'il est reconnu à l'État la possibilité d'apporter une justification à son comportement¹²⁵⁶.

¹²⁵⁰ *Continental Casualty Company v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, 5 September 2008*, para. 181 (la situation de crise économique) ;

¹²⁵¹ Voir l'affaire *RWE Innogy*, para. 567, 571. Il s'agit du règlement par voie d'arbitrage de l'un des nombreux litiges élevés à propos de l'évolution de la politique énergétique de l'Espagne.

¹²⁵² ARATO J., « The Margin of Appreciation in International Investment Law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 54 (2014), n° 3, p. 545-578.

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ Voir pour toutes ces critiques, voir BORN G., MORRIS D. and FORREST S., « A Margin of Appreciation », *op. cit.*

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 119 ss.

¹²⁵⁶ AMBRUS M., « The European Court of Human Rights and Standards of Proof », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, *op. cit.*, p. 235-253.

B. La non-pertinence de l'exception de nécessité sociale

Globalement, les exceptions dans les accords d'investissement se rapportent aux mesures nécessaires au maintien de l'ordre public et à la préservation des intérêts essentiels de la sécurité¹²⁵⁷. Applicables par définition dans des circonstances exceptionnelles, elles justifient rarement des mesures prises en situation normale. Sous la réserve de nouvelles dispositions conventionnelles qui les orientent dans un sens différent¹²⁵⁸, elles présentent une utilité limitée pour la protection des droits sociaux ou de l'intérêt général social en dehors des circonstances exceptionnelles. Leur efficacité en période de circonstances exceptionnelles n'est pas manifeste. L'explication se situe sur un plan pratique et tient à l'interprétation stricte que les tribunaux font parfois des dispositions d'exception et qui manifeste une absence d'une marge de manœuvre ou d'une déférence particulière¹²⁵⁹. En effet, en présence des exceptions, les tribunaux semblent manifester la prégnance d'une intensité élevée du contrôle des mesures étatiques¹²⁶⁰. Le cas de la nécessité sociale en est l'illustration.

Il convient avant tout propos de noter le point suivant : la défense de la nécessité renvoie à la justification de l'état de nécessité prévue à l'article 25 des articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il s'agit de la règle de droit coutumier¹²⁶¹. Il n'est donc pas question ici d'insinuer qu'une défense conventionnelle (prévue dans un traité) ou contractuelle (prévue dans un contrat) ne saurait opérer. Cette dernière

¹²⁵⁷ A côté des exceptions, les accords d'investissement contiennent des clauses d'exclusion notamment de la matière fiscale qui sont formulées aussi sous la forme de réserves ou parfois d'exception (voir l'article 16 du BIT Australie-Uruguay). Relativement aux droits sociaux, des États ont récemment exclu du domaine du traité les réglementations relatives aux emballages de cigarettes. Cette attitude fait suite aux arbitrages initiés par les firmes de production et commercialisation de cigarettes contre certains États comme l'Uruguay, l'Australie ou encore l'Ukraine.

¹²⁵⁸ De récents traités répliquent l'exception générale de l'article XX du GATT qui permet de justifier des mesures prises en temps ordinaire : voir par exemple l'article 15 du BIT Australie-Uruguay. Regardant l'interprétation éventuelle de telles disposition, l'importation ne paraît pas être sans inconvénient en l'absence d'une reconnaissance aux États hotes d'une liberté d'appréciation équivalente accordée aux États membres de l'OMC (voir MITCHELL A.D., MUNRO J. and VOON T., « Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements. Proportionality, Myths and Risks », *Yearbook on International Investment Law and Policy 2017*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, p. 305-355.

¹²⁵⁹ Cela est, sans compter le fait que la présence des exceptions crée l'impression dans l'esprit des arbitres qu'en dehors de ces exceptions, il n'y a plus de possibilités d'exercer le pouvoir réglementaire étatique (voir à ce propos : HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 175-176.

¹²⁶⁰ HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, *op. cit.*, p. 176.

¹²⁶¹ Certaines affaires montrent que la différence peut être importante sur la qualification de l'état nécessité comme règle primaire ou règle secondaire, et avoir une conséquence sur l'obligation la compensation (voir ALVAREZ J.E. and BRINK T., « Revisiting the Necessity Defense: *Continental Casualty v. Argentina* », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 9 (2012), n° 3 p. 324, 346, 356.

défense serait alors une *lex specialis* par rapport aux dispositions coutumières de l'article 25, mais elle devrait être explicite sur ce point. Les tribunaux tentent en effet de lire dans les dispositions conventionnelles relatives à l'état de nécessité une référence ou un renvoi à l'article 25 des règles de la CDI¹²⁶².

Sous cette réserve, l'invocation de l'état de nécessité pour soutenir la défense d'un comportement étatique en lien avec la protection des droits sociaux n'est pas bien d'une grande aide pour une double raison. La première réside dans le fait que même le succès de la défense de l'état de nécessité suppose une admission de la violation contractuelle et conventionnelle alléguée. Admettre cette possibilité revient à nier le postulat défendu jusque-là, selon lequel la défense de l'intérêt général social est bien possible dans le droit international des investissements. La mise en œuvre des droits sociaux ne relèverait plus dans cette hypothèse du pouvoir réglementaire de droit, mais plutôt d'une compétence exceptionnelle dans le cadre du droit conventionnel. En outre, sur le plan de l'indemnisation, la différence est peu profitable à l'État défendeur¹²⁶³; la compensation ayant souvent été imposée sur la base de la suspension des obligations internationales conformément à l'article 27 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹²⁶⁴. En réalité, la question de la compensation est tributaire de la qualification ou classification de l'état de nécessité comme une norme primaire ou une norme secondaire¹²⁶⁵ ou comme excuse ou justification, questions qui sont loin d'être réglées tant dans la doctrine que dans la jurisprudence.

¹²⁶² Par exemple, dans l'affaire *Urbaser*, l'article X (5) est considéré comme reflétant le droit coutumier (Para. 709). Dans l'affaire *Sempra*, le tribunal, sans plus de développement affirmait que l'objet et le but du traité imposait une interprétation stricte de toute excuse dans l'exécution des obligations du traité même dans des circonstances économiques difficiles pour l'État et concluait que les termes « intérêt essentiel de la sécurité » de l'article XI du BIT États-Unis – Argentine n'était pas 'self-judging' (*Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007*, para. 373-374). Il ajoutait qu'à l'absence de définition de ces termes et des conditions de la mise en œuvre de l'état de nécessité dans le traité en question, les conditions du droit coutumier (à savoir celle de l'article 25 des articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État) s'appliquaient (para. 375). Cette analyse a été considérée par le Comité d'annulation comme une erreur de droit constituant exceptionnellement un excès manifeste des pouvoirs du tribunal arbitral qui n'a pas appliqué le droit applicable (*Sempra Energy International v. Argentina, Decision on Argentina's Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/02/16, 29 June 2010*, paras 160-165). Voir aussi et de façon accentuée, l'appréciation du comité ad hoc dans *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007*, paras. 128-136).

¹²⁶³ Voir NANTEUIL A. de, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014.;

¹²⁶⁴ « L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice : ... b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question » (article 27). Voir sur la question, PRODROMOU Z., *The public order exception in international trade, investment, human rights and commercial disputes*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, p. 78-79.

¹²⁶⁵ Voir PADDEU F., *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 77-94.

La seconde raison touche à la question probatoire. Elle tient à la difficulté, en l'absence de reconnaissance d'une marge d'appréciation, à atteindre le seuil élevé d'exigence de la preuve selon laquelle les circonstances factuelles satisfont aux conditions de l'état de nécessité¹²⁶⁶. Les États y sont rarement parvenus, quelles qu'aient été les circonstances de l'adoption des mesures étatiques. Les cas jurisprudentiels relatifs aux droits sociaux rencontrés permettent par ailleurs de penser que même un contexte de pandémie comme celui de la COVID-19 ne pourrait pas toujours favoriser le succès de la justification des mesures adoptées dans ce contexte sous l'état de nécessité de droit coutumier. L'explication est simple et réside dans le seuil probatoire expressément élevé de l'article 25. Les difficultés que ce seuil soulève se manifestent non seulement dans les nombreuses conditions cumulatives, mais également dans l'interprétation souvent étroite de chacune de ces conditions. Certes, la pratique arbitrale montre que le fardeau de la preuve peut être relativement allégé par application des règles de la preuve, mais l'impact de ce tempérament paraît négligeable face au haut risque posé par les nombreuses conditions à satisfaire dans la plupart des situations.

D'une part, il arrive en effet que la charge de la preuve de la satisfaction de toutes les conditions ne pèse pas exclusivement sur l'État, l'investisseur y participe également et ne le fait pas toujours avec succès. Par exemple, dans l'affaire *Urbaser*, l'Argentine plaidait l'état de nécessité en insistant, entre autres, sur le fait que les mesures prises étaient les seules à même de prévenir la violation des droits sociaux (« *The measures adopted by the Argentine Republic prevented the human right to water from being adversely affected and, with it, the right to an adequate standard of living, food and housing.* »)¹²⁶⁷. Dans son analyse, le tribunal relevait des considérations intéressantes la preuve de l'état de nécessité. En effet, le tribunal faisait peser au moins sur les deux parties au litige la charge de preuve dans la démonstration de l'absence ou de la satisfaction des conditions de l'état de nécessité alors que, normalement, la charge de la preuve incombait à l'État, le tribunal semblait se satisfaire d'une démonstration *prima facie* de la part de l'État de certaines conditions¹²⁶⁸. Deux occasions peuvent être notamment relevées.

¹²⁶⁶ L'affirmation vaut au regard des sentences arbitrales ayant appliqué l'état de nécessité même si la question semble avoir été tout simplement posée par le Comité d'annulation dans l'affaire (*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010, para. 372*).

¹²⁶⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, award, 8 December 2016, para. 702*.

¹²⁶⁸ La même compréhension est partagée par le professeur Joost Pauwerlyn : PAUWERLYN J., *Defenses and the Burden of Proof in International Law*, Rochester, Social Science Research Network, 2016, p. 8.

La première concerne la preuve de la contribution de l'Argentine à la survenance de la crise, le tribunal ne considérait pas simplement les défaillances de gestion budgétaire, financière ou fiscale qui auraient exposé l'État aux chocs économiques externes¹²⁶⁹. Précisément, il n'était pas convaincu par le lien de causalité qu'établissait l'investisseur entre ces défaillances et la survenance de la crise. Cela aurait été le cas si la crise elle-même était prévisible au moment où l'investisseur entrait dans la relation contractuelle¹²⁷⁰ au point que celui-ci ne pouvait alléguer, pour défendre sa cause, sa propre négligence dans la conduite d'une diligence raisonnable. Le tribunal élève ici le seuil de preuve de la contribution de l'État en exigeant un lien de causalité déterminé et une cohérence dans le raisonnement.

La deuxième est la preuve de l'existence de moyens alternatifs. Le tribunal remarquait que deux perspectives étaient à prendre en compte : celle des intérêts de l'investisseur et celle des intérêts de l'État et de sa population. Il constatait qu'alors que l'investisseur n'avait pas pris en compte cette dernière, l'État « *has made more than prima facie showing that emergency measures taken were the only ones to the Argentina Government at the time, taking into account the extreme economic, institutional and social disturbances suffered by the country and its population. It would have been incumbent on Claimants to offer at least a serious indication as to the nature of other measures that had been available to the Government at that time* »¹²⁷¹. Même concernant la possibilité de concilier les obligations relatives au droit à l'eau et celles du TBI, le tribunal considérait que l'investisseur devait contribuer à la charge de la preuve qu'il est possible de résoudre ce conflit¹²⁷². Appliquant cela au fait, le tribunal affirmait qu'il n'était pas convaincu par les arguments de l'investisseur : « *Claimants, while arguing strongly about the failure of Respondent to even envisage or show interest in such measures, did not support evidence demonstrating how such measures could have been possibly implemented at the time of the crisis and the emergency.* »¹²⁷³.

¹²⁶⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, op. cit., para. 712-713.

¹²⁷⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, op. cit., para. 715.

¹²⁷¹ *Ibid.*, para. 717.

¹²⁷² *Ibid.*, para. 720: « *Nonetheless, Claimants' argument is too short. It does not resolve the conflict between the obligation to guarantee the Concessionaire's right under the Concession and the access of the poor and vulnerable population to water when this cannot be ensured otherwise than by failing to comply with the host State's obligations toward the Concessionaire* ».

¹²⁷³ *Ibid.*, para. 724 et ss.

D'autre part, le point problématique demeure que la part de la preuve que doit apporter l'État est d'un seuil pratiquement impossible à atteindre, peu importe la condition. En d'autres termes, le standard de preuve exigé est très élevé. Indépendamment de l'assimilation des exceptions conventionnelles à la défense de l'état de nécessité de droit coutumier, les tribunaux ont estimé que les dispositions relatives aux exceptions ne sont pas « *self-judging* », ce qui nie la liberté d'appréciation de l'État quant aux circonstances de l'application de l'exception d'ordre public et des conditions d'application de la défense de l'état de nécessité. Dans l'affaire *Urbaser*, à la suite d'un raisonnement plutôt favorable à l'État, le tribunal finissait par rejeter l'argument de l'état de nécessité sur le point qu'il existait une alternative viable tenant à la renégociation du contrat¹²⁷⁴. Dans l'affaire *Impregilo v. Argentine*, ce sont les contours insaisissables de la contribution de l'État qui empêchaient le succès de la justification. Il revenait à l'Argentine d'apporter la preuve de l'état de nécessité¹²⁷⁵, le tribunal reconnaissait que la situation économique et sociale de 2002 entraînait dans la définition largement retenue d'intérêt essentiel : « *In the Arbitral Tribunal's view, the term « essential interest» can encompass not only the existence and independence of a State itself, but also other subsidiary but nonetheless « essential » interests, such as the preservation of the State's broader social, economic and environmental stability, and its ability to provide for the fundamental needs of its population. It follows that, in addition to Argentina's overall stability, the need to provide the population with water and sewage facilities represented an « essential interest» which, in regard to thousands of people, was to be served by AGBA's concession and which would allegedly be « imperiled» for them but for the acts of the Argentine authorities.* »¹²⁷⁶

Le tribunal admettait ainsi que la crise constituait un péril grave et imminent¹²⁷⁷, mais le tribunal n'était pas convaincu que l'Argentine n'avait pas contribué à la survenance de la crise (alors que l'État argentin a réussi plus tard ce test dans l'affaire *Urbaser*). Il se retenait alors d'analyser l'existence d'une réponse alternative à la disposition de l'Argentine autre que la violation du traité d'investissement¹²⁷⁸. La difficulté à remplir les conditions de l'état de nécessité est palpable à ce niveau. Pour retenir la contribution de l'Argentine, le tribunal faisait une évaluation globale de la gestion économique de l'État avant la crise. À l'occasion, il relevait

¹²⁷⁴ *Ibid.*, para. 732

¹²⁷⁵ « *As the Party pleading the defense, Argentina must meet the significant burden of proving that it should be allowed to justify its failure to perform its valid international obligations under the BIT on grounds of necessity* » (*Impregilo SpA v. Argentine Republic, Final Award, ICSID Case No. ARB/07/17, 21 June 2011*, para. 345).

¹²⁷⁶ *Ibid.*, para. 346.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, para. 350.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, para. 353.

par exemple des problèmes de discipline fiscale et d'endettement public importants ayant exposé selon lui l'État argentin aux chocs externes favorisant la crise¹²⁷⁹. On ne peut mieux illustrer la difficulté à réussir l'épreuve de la preuve des conditions de l'article 25 des articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le tribunal observait cela lorsqu'il expliquait, et on le croit sur parole, que : « *According to the ILC, necessity arises where there is an irreconcilable conflict between an essential interest, on the one hand, and an [international] obligation of the State invoking necessity on the other. These special features mean that necessity will only rarely be available to excuse non-performance of an obligation and that it is subject to strict limitations to safeguard against possible abuse.* ».¹²⁸⁰

Dans d'autres cas comme dans les affaires relatives aux politiques agraires, ce sont d'autres considérations qui ont conduit au rejet de la justification. Comme dans l'affaire *Funnekotter*, l'État zimbabwéen a invoqué l'état de nécessité dans l'affaire *Von Pezold*. Cet état tenait selon lui à la situation de grogne sociale de la population revendiquant une égalité dans la répartition des terres cultivables et de l'occupation des terres des investisseurs par les vétérans de guerre¹²⁸¹. Le tribunal réfutait l'existence des conditions de l'état de nécessité en établissant l'absence de menace à un intérêt essentiel de l'État, l'insuffisance de niveau de gravité de la situation¹²⁸², le fait que l'État ne démontrait pas l'inexistence d'alternatives pour gérer la situation¹²⁸³ ; enfin le comportement de l'État portait atteinte, à travers la discrimination raciale, à l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble¹²⁸⁴.

Partant de toutes ces considérations, il est possible que, dans le contexte de la pandémie du COVID-19, les tribunaux soient plus enclins à accepter, au regard de la situation généralisée

¹²⁷⁹ *Ibid.*, para. 358.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, para. 344.

¹²⁸¹ *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold, Elisabeth Regina Maria Gabriele Von Pezold; Anna Eleonore Elisabeth Webber (Née Von Pezold), Heinrich Bernd Alexander Josef Von Pezold, Maria Juliane Andrea Christiane Katharina Batthyány (Née Von Pezold), Georg Philipp Marcel Johann Lukas Von Pezold, Felix Alard Moritz Hermann Kilian Von Pezold, Johann Friedrich Georg Ludwig Von Pezold, Adam Friedrich Carl Leopold Franz Severin Von Pezold v. Republic of Zimbabwe, Icsid Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, op. cit.*, para. 610 ss.

¹²⁸² *Ibid.*, para. 630-632.

¹²⁸³ *Ibid.*, para. 645.

¹²⁸⁴ *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold, Elisabeth Regina Maria Gabriele Von Pezold; Anna Eleonore Elisabeth Webber (Née Von Pezold), Heinrich Bernd Alexander Josef Von Pezold, Maria Juliane Andrea Christiane Katharina Batthyány (Née Von Pezold), Georg Philipp Marcel Johann Lukas Von Pezold, Felix Alard Moritz Hermann Kilian Von Pezold, Johann Friedrich Georg Ludwig Von Pezold, Adam Friedrich Carl Leopold Franz Severin Von Pezold v. Republic of Zimbabwe, Icsid Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, op. cit.*, para. 652ss.

de la maladie et son ampleur inédite, que certaines conditions soient considérées comme satisfaites sans difficulté probatoire (la condition de péril grave et imminent, la condition relative à l'existence d'un intérêt public essentiel (la protection de la santé et de la vie des populations)). D'autres conditions seront encore sujettes à des difficultés probatoires (la condition de contribution de l'État à la survenance de la situation et de l'existence d'alternatives aux mesures prises). Le niveau de difficulté pourra dépendre du contexte, de la nature de la mesure étatique adoptée et du secteur d'activité. Il pourra aussi être tenu compte du moment de l'adoption de la mesure, la pandémie ayant connu des phases différentes dans chaque pays (gestion en début de pandémie, gestion pendant les phases de haute intensité ou pics, gestion pendant les phases de basse intensité)¹²⁸⁵. Elle peut être ou non atténuée par les suites judiciaires données aux nombreux recours judiciaires internes formés contre les pouvoirs publics accusant leur gestion de la crise. Enfin, elle dépendra de la constance des tribunaux dans la déférence vis-à-vis de la gestion interne des problèmes par les États en raison de la vision globale qu'ils ont des enjeux sociaux internes. Dans les affaires citées, le tribunal *dans l'affaire Impregilo* a comparé la vision étroite de l'investisseur à l'appréhension large par l'État des intérêts en jeu. Ces intérêts comprenaient non seulement la protection des investissements, mais également celle d'autres intérêts dont la protection des droits sociaux. En fonction des diverses circonstances, il est donc possible que l'exception de nécessité rencontre la faveur des tribunaux dans des affaires contentieuses à venir. Toutefois, on ne saurait se permettre une affirmation générale sur ce point. En outre, la pandémie de COVID-19 est une situation exceptionnelle, et il n'est pas exclu, même si cela n'est pas souhaité, qu'un éventuel succès de litiges s'y rapportant ne contribue pas à élever davantage, du fait de ce caractère très exceptionnel, le seuil déjà dissuasif de l'exigence probatoire de l'état de nécessité.

L'ensemble de ces considérations conduisent à la recommandation de ne pas faire, au regard de la reconnaissance aléatoire de la marge d'appréciation, de la justification de l'état de nécessité sociale un argument central dans la défense des droits sociaux. Il serait avisé pour ces derniers lorsqu'ils défendent les droits sociaux de se méfier des arguments renvoyant même implicitement à l'état de nécessité. Le choix de qualification *lex specialis* des exceptions conventionnelles relatives à la nécessité n'est donc pas non plus satisfaisant dans la mesure où

¹²⁸⁵ Le tribunal dans l'affaire *Urbaser* laissait entendre cette variation à propos de l'appréciation de la violation du TJE : « *The threshold for a treatment not being fair and equal also results from its intensity or gravity, both factors being subject to variations in relation to the duration of their impact in the particular case* » (*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, op. cit., para. 629*).

la qualification n'entraîne pas une incidence sur la marge d'appréciation (les tribunaux considèrent ces dispositions comme non « *self-judging* ») et sur la charge de la preuve. Dans l'affaire *Casualty*, le tribunal admettait la qualification *lex specialis* de l'exception, mais imposait toujours à l'État la charge de la preuve dans l'application de l'exception de nécessité. La raison est que l'exception n'était pas formulée de manière à marquer une différence avec l'état de nécessité. Donc même qualifiée de *lex specialis*, elle continue d'opérer comme un fait justificatif qui suppose l'illicéité du comportement étatique¹²⁸⁶.

Une présentation différente des clauses d'exception permet d'éviter ces conséquences. Elle consiste à considérer que le comportement étatique ressort du champ d'application de l'exception (et non de celui de l'obligation conventionnelle) et se situe donc en dehors des limites ou de la portée des règles imposant les obligations aux États parties¹²⁸⁷. Le Comité d'annulation dans l'affaire CMS exprimait cette différence lorsqu'il admettait que le tribunal avait commis une seconde erreur de droit en considérant l'exception de l'article XI comme une règle secondaire alignée sur le régime de l'état de nécessité de droit coutumier, et non une règle primaire¹²⁸⁸. Cela revient à reconnaître que les États parties avaient préalablement pris en compte les comportements tombant dans le champ de l'exception dans la délimitation de l'étendue des obligations conventionnelles. En conséquence, il reviendra à l'investisseur de prouver que le comportement étatique relève du champ de l'obligation conventionnelle¹²⁸⁹. Une telle caractérisation est également propice à la reconnaissance d'une certaine marge d'appréciation.¹²⁹⁰

¹²⁸⁶ Voir XU S., WU Y. and YIA H.H., « Investment Law's Roots in Customary International Law. Why Investment Law and Trade Diverge Regarding the Right to Regulate », *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, p. 226-260, spéc. p. 258-259.

¹²⁸⁷ Voir HENCKELS C., « Scope Limitation or Affirmative Defence? : The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2020, p. 363-374.

¹²⁸⁸ « One could wonder whether the state of necessity in customary international law goes to the issue of wrongfulness or that of responsibility. But in any case, the excuse based on customary international law only be subsidiary to the exclusion based on article XI » (*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, *Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic*, 25 September 2007, para. 132).

¹²⁸⁹ HENCKELS C., « Scope Limitation or Affirmative Defence? The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, op. cit., p. 363-374, p. 372. Voir à ce propos, la distinction établie en théorie de droit entre l'exception et la condition négative de la règle sur la base du critère non de la charge de preuve, mais de la charge de production de la preuve (HAGE J., WALTERMANN A. and AROSEMENA G., « Exceptions in International Law », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, op. cit., p. 11-34, p. 31-34).

¹²⁹⁰ VIÑUALES J.E., « Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and their Avatars in International Law », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, op. cit., p. 65-87, spéc. 84-85.

Conclusion de la section

Au final, les arguments de défense des droits sociaux ne dérogent pas aux exigences des règles du droit international relatives à la preuve. Au regard du caractère neutre de ces règles de preuve, toute tentative d'aménagement de la preuve de la défense étatique en faisant appel à la marge d'appréciation ou à l'état de nécessité sociale fait courir le risque de verser dans les écueils de la démonstration qui faciliteront le rejet de la défense par les tribunaux. Il n'en demeure pas moins que la défense des droits sociaux peut être autrement présentée notamment sur le plan de la preuve et du standard d'examen.

Regardant spécifiquement la marge d'appréciation, la problématique de la marge d'appréciation s'inscrit dans celle plus large de l'intensité de contrôle (*standard of review*) et la reflète. L'analyse du contentieux arbitral relatif aux investissements ne conduit pas à un standard précis de contrôle de l'action étatique, révélant une diversité d'approche de la question¹²⁹¹. Posée dans le cadre large du droit international, la question ne reçoit pas non plus une seule réponse. Alors que la Cour internationale de justice, rejetant en passant la liberté d'appréciation revendiquée par un État¹²⁹², se positionne pour un standard objectif de contrôle par lequel la cour examine le caractère raisonnable de la mesure à l'aune de l'objectif poursuivi par l'État¹²⁹³; les décisions de l'Organe d'appel de l'OMC font observer une fluctuation de l'intensité de contrôle selon que les mesures examinées sont des mesures destinées à la protection de la vie et de la santé (intensité faible) ou qu'elles sont liées au commerce¹²⁹⁴. Il en

¹²⁹¹ « Arbitral jurisprudence is not settle on how to conceptualize deference, on the level of deference to accord when reviewing host state conduct » (SCHILL S.W., « Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012), n° 3, p. 577-607, spec. p. 585); BURKE-WHITE W. and STADEN A. von, « The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations », in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, op. cit., p. 689-720, spec. p. 695.

¹²⁹² *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, para. 171. Pour un auteur, « The conclusion that can be drawn therefore is that the margin of appreciation doctrine, as it has been developed by the ECtHR, has never been applied as such in the context of the ICJ », la Cour ayant seulement adopté une approche flexible relativement proche de la marge d'appréciation dans les affaires *Lagrand* et l'affaire des *Immunités diplomatiques* (RAGNI C., « Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 319-336, spec. p. 335).

¹²⁹³ « La Cour estime que si JARPA II, pris dans son ensemble, comporte des activités susceptibles d'être globalement qualifiées de recherches scientifiques (voir paragraphe 127 ci-dessus), les éléments de preuve dont elle dispose ne permettent pas d'établir que la conception et la mise en œuvre de ce programme sont raisonnables au regard de ses objectifs annoncés. La Cour conclut que les permis spéciaux au titre desquels le Japon autorise la mise à mort, la capture et le traitement de baleines dans le cadre de JARPA II ne sont pas délivrés « en vue de recherches scientifiques » au sens du paragraphe 1 de l'article VIII de la convention » (*Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenants))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 226, para. 127).

¹²⁹⁴ VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, op. cit., p. 209. Voir pour la marge d'appréciation devant les juridictions internationales :

résulte que la liberté d'appréciation que les cours et tribunaux accordent aux États n'est pas uniforme. Elle varie d'un juge à un autre et, devant un même juge, en fonction de la matière ou de la question à décider. Dans ce tableau peu homogène semble toutefois se dessiner une tendance (qui répond d'ailleurs aux raisons d'être de standard de contrôle et de la marge d'appréciation¹²⁹⁵) qui pourrait corroborer l'idée d'une déférence marquée en faveur des mesures de protection de droits sociaux¹²⁹⁶. Caroline Henckels propose par exemple que les tribunaux puissent pratiquer une déférence marquée en présence de matière ou de circonstances ou les autorités étatiques ont l'avantage de la proximité ou l'expertise institutionnelle¹²⁹⁷. Dans cette logique, si l'on concède que « *a certain variation on the standards of review within investor-state arbitration can be appropriate to deal with different types of disputes* »¹²⁹⁸, la position soutenue à propos de l'application concrète de la marge d'appréciation vaut pour le standard d'examen. Mieux, cette logique sert de fondement pour une approche positive de la démonstration de l'intérêt général social sur le terrain de la preuve à travers la démonstration du comportement raisonnable de l'État.

SECTION 2. LA DEMONSTRATION DU COMPORTEMENT RAISONNABLE DE L'ÉTAT

Les considérations précédentes soulèvent la question de la manière convenable suivant laquelle la preuve des arguments de défense des droits sociaux peut être apportée. En ce sens, la réponse à la question de savoir dans quelle mesure la pratique des droits sociaux par un État peut servir de preuve des arguments de défense des droits sociaux suppose d'identifier dans les décisions des tribunaux une méthode d'examen des actes étatiques. Cette méthode sera appropriée lorsqu'elle prendra également en compte les préoccupations relevées relativement aux règles de la charge de la preuve et surtout au standard d'examen du comportement étatique.

GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, op. cit.

¹²⁹⁵ Voir GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W., « Introduction », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, op. cit., p. 1-16, p. 4-5; LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 1-2.

¹²⁹⁶ VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, op. cit., p. 235-236. Elle soutient que les tribunaux arbitraux « have increasingly shown some self-restraint-albeit not a total deference-when reviewing public policy-related regulatory measures » (*Ibid.*, p. 239).

¹²⁹⁷ HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, op. cit.

¹²⁹⁸ VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, op. cit., p. 240.

Pour apprécier la prise en compte d'intérêts divergents par l'État, les tribunaux recourent généralement à l'idée de balancement ou d'équilibre des intérêts. Cette attitude tend à positionner le principe de proportionnalité comme la méthode d'examen idéale et favorite de cette considération duale¹²⁹⁹. Ce qui n'est pas sans susciter des réserves pertinentes. Comme il a été déjà observé, il n'existe pas un accord sur un standard d'examen précis en arbitrage d'investissement. Cette absence rend problématique le recours à la proportionnalité dont l'application dans l'arbitrage est calquée sur celle des juridictions internes ou de la CEDH. Cette transposition de la proportionnalité s'est faite sans beaucoup d'interrogations sur l'existence en droit des investissements des conditions structurelles justifiant sa légitimité dans ces droits d'origine¹³⁰⁰. En outre, la pratique divergente des tribunaux concernant les lieux de proportionnalité et le suivi non rigoureux de toutes les étapes de la proportionnalité est problématique¹³⁰¹. Enfin, la proportionnalité paraît d'un apport limité dans l'analyse de la preuve des droits sociaux. Pour toutes ces raisons, la proportionnalité paraît une technique peu adaptée pour assurer le succès de l'argument de l'État lorsque celui-ci tente de prouver son comportement par la pratique du respect des droits sociaux.

Une deuxième technique utilisée par les tribunaux tient à l'appréciation du comportement raisonnable de l'État. Cette technique est plus adaptée à la prise en compte des justifications tirées des faits, dont la pratique du respect des droits de l'homme par l'État. En outre, elle paraît plus objective par rapport à la technique de la proportionnalité. Le comportement raisonnable de l'État peut être approché de manière pragmatique à travers l'analyse de la « jurisprudence ». Cette analyse permettra d'identifier les éléments caractéristiques d'un comportement étatique approprié poursuivant l'intérêt général social, tel qu'il est considéré par les tribunaux (**Paragraphe 1**). Ce comportement raisonnable est celui qu'il faut prouver. Son identification facilitera l'analyse de l'utilité probatoire de la pratique des conventions de droits de l'homme (**Paragraphe 2**).

¹²⁹⁹ Voir KINGSBURY B. and SCHILL S.W., « Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law », *SSRN Electronic Journal*, (2009); SWEET A.S., « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), n° 1, p. 48-76., BURKE-WHITE W. and STADEN A. von, « The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations », in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, *op. cit.*, p. 689-720, HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, *op. cit.*

¹³⁰⁰ CALAMITA N.J., « The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties », in BJORKLUND A.K. (eds.), *Yearbook on international investment law and policy 2013-2014*, 2015, p. 157-200.

¹³⁰¹ VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, *op. cit.*

Paragraphe 1. L'identification du comportement raisonnable

La méthode d'examen du comportement étatique basé sur l'approche raisonnable partage au moins une des critiques adressées au principe de la proportionnalité : sa plasticité¹³⁰². Le raisonnable ne renferme pas une définition précise et sa distinction d'avec des notions voisines comme la rationalité ne relève pas de l'évidence¹³⁰³. De même, la critique a été portée sur la part de subjectivité qu'elle laisse au juge ou à l'arbitre tant en droit interne qu'en droit international¹³⁰⁴. Contrairement à la proportionnalité cependant, le raisonnable est une notion ancrée dans la pratique des cours et tribunaux internationaux¹³⁰⁵. Son intérêt principal est son adaptation aux circonstances de chaque espèce. Ce point en fait une notion utile dans l'appréciation du comportement étatique. En ce sens, elle apparaît comme une réponse adaptée à la question de déférence, car son application est plus apte à reconnaître une certaine liberté d'appréciation aux États en fonction des circonstances. Elle apparaît comme une notion limitative de cette liberté d'appréciation¹³⁰⁶. Dans son étude sur le raisonnable en droit international, le professeur Olivier Corten remarquait que tout en reconnaissant une marge d'appréciation des interprètes de la règle (juge comme États)¹³⁰⁷, l'utilisation du raisonnable conduisait en même temps à la limiter : Le « *raisonnable fournit un critère qui permet d'écarter les interprétations absurdes. (...) même si le raisonnable est parfois lui-même critiqué pour sa généralité, sa présence apporte davantage de précision à une règle, qui, en son absence, ne contiendrait aucun critère d'évaluation* »¹³⁰⁸. Cette affirmation est valable dans le contexte du droit matériel et du contentieux d'investissement.

¹³⁰² « *Reasonableness is an 'essentially contested concept': while there is no single definition of reasonableness, the concept includes diverse, and at times competing, notions, serving a range of functions, and assuming different meanings depending on context* » (VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, op. cit., p. 131).

¹³⁰³ Voir BONGIOVANNI G., SARTOR G. and VALENTINI C., *Reasonableness and law*, Dordrecht, Springer, 2009. Voir notamment la contribution de Robert Alexy, « *The Reasonableness of the Law* », p. 5-14/

¹³⁰⁴ HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, op. cit., p. 119.

¹³⁰⁵ CORTEN O., *L'utilisation du raisonnable par le juge international: discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997; VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, op. cit., p. 141-143.

¹³⁰⁶ Perelman observe qu'il y a une limite à la tolérance que permet le raisonnable, et cette limite est le déraisonnable (PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit: au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 15).

¹³⁰⁷ CORTEN O., *L'utilisation du raisonnable par le juge international: discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 141ss.

¹³⁰⁸ CORTEN O., *L'utilisation du raisonnable par le juge international: discours juridique, raison et contradictions*, op. cit., p. 162-163

Dans son étude sur l'approche du raisonnable par les tribunaux d'investissement, le professeur Ortino Frederico a observé que les tribunaux recouraient à une approche raisonnable pour apprécier le respect par l'État des standards des traités investissement (traitement juste et équitable, protection pleine et entière, l'interdiction de l'arbitraire et de l'expropriation indirecte); faisant remarquer ainsi que les standards étaient des « *reasonableness-based provisions* »¹³⁰⁹. Toutefois, sa définition du raisonnable comme méthode d'examen utilisée par les tribunaux inclut la proportionnalité de sorte que le recours au raisonnable ne permet pas une identification d'un standard d'examen précis pouvant expliquer le choix ou la préférence d'une démarche probatoire précise pour la défense de l'intérêt général. C'est pourquoi le choix a été fait ici de recourir à une notion relativement circonscrite de la notion à travers l'identification du comportement étatique raisonnable. Cela permet d'éviter une application du raisonnable qui conduit à réduire substantiellement la liberté d'appréciation de l'État. Ce résultat est moins évident avec l'application de la proportionnalité en raison de la rareté d'application rigoureuse du principe de proportionnalité et de la comparaison des valeurs ou des intérêts (intérêts de l'investisseur contre intérêt général social) qui le définit.

La lecture des sentences arbitrales permet de résumer les comportements protecteurs de l'intérêt général social autour de la notion du comportement raisonnable. L'approche adoptée pour cerner cette notion pragmatique en ce sens le comportement raisonnable de l'État sera celui qui sera identifié à travers l'observation de l'attitude des tribunaux¹³¹⁰. Il ne s'agit pas de déterminer une obligation formelle de comportement raisonnable. Le comportement raisonnable est appréhendé ici comme un critère ou un standard d'évaluation de la conformité du comportement étatique à certaines obligations prévues dans les accords d'investissement. C'est pourquoi il ne paraît pas aisé ni utile de définir le comportement raisonnable *in abstracto*.

L'objet de ce paragraphe suivant sera alors de déterminer le type de comportement étatique que les tribunaux considèrent comme licite au regard des règles du droit international des investissements. Pour rappel, l'objectif de la recherche est de partir de ce comportement type pour trouver la meilleure manière d'apporter la preuve du comportement étatique poursuivant la protection de l'intérêt général social. Cette circonscription de l'objectif justifie

¹³⁰⁹ ORTINO F., *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness*, Oxford University Press, 2019, p. 102-174.

¹³¹⁰ Voir les enjeux et les difficultés de définition du « raisonnable » : BONGIOVANNI G., SARTOR G. and VALENTINI C., *Reasonableness and law*, Dordrecht, Springer, 2009, p. 106-107.

à son tour la modestie de l'entreprise d'identification du comportement raisonnable de l'État. Dans cette perspective, le raisonnement des tribunaux permet de préciser les traits caractéristiques du comportement raisonnable de l'État. Celui-ci est délimité par des traits généraux ou caractéristiques principales (A) qui conduisent à l'identification du comportement normal à prouver (B).

A. Les traits généraux du comportement raisonnable

Deux traits généraux complémentaires définissent le comportement raisonnable de l'État. Le premier est négatif et concerne ce qu'on a qualifié ici la caution des autorités nationales aux contestations populaires de l'investisseur (1). La réaction de l'État dans ces circonstances est rarement perçue comme un comportement raisonnable. Elle a pour conséquence une atteinte considérée comme injustifiée aux intérêts de l'investisseur dont la prise en compte s'impose comme la seconde condition de « raisonabilité » du comportement de l'État (2).

1. *La caution des autorités nationales aux contestations populaires*

La caution des autorités nationales aux contestations populaires représente un trait définitionnel négatif du comportement raisonnable de l'État. Elle est alors présentée comme un écueil de raisonnement que l'État défendeur doit éviter. En effet, une fois que l'acte posé par les autorités étatiques répond à une réaction circonstancielle, la preuve du caractère raisonnable du comportement de l'État est difficile à apporter.

Le fait que les autorités nationales cautionnent les manifestations de mécontentement des populations contre l'investisseur n'est pas en soi un acte déraisonnable. Le problème réside dans le fait qu'en pareille circonstance, du point de vue des tribunaux, l'État ne semble pas avoir tendance à prendre en compte toutes les conséquences juridiques de son acte sur l'investissement. Son comportement est alors facilement assimilé par les tribunaux à une violation des droits de l'investisseur, car ce comportement ne reflète pas un comportement normal d'un l'État d'accueil de l'investisseur. En d'autres termes, le comportement de l'État est vu comme un acte à but politique. En conséquence, l'État tente difficilement, voire vainement, de faire qualifier son comportement de raisonnable lorsqu'un litige survient. Relativement aux droits sociaux, les tribunaux semblent laisser entendre que la justification

avancée par l'État et reposant sur la protection des droits sociaux est un simple prétexte parce qu'elle est circonstancielle. Ce dernier comportement ne paraît pas s'inscrire dans une pratique constante de l'État. Dans le cadre de la procédure, cela veut dire que l'État tente de couvrir *post facto* son agissement du sceau de la légalité en prétendant la protection des droits sociaux et la mise en œuvre des obligations sociales.

Dans la pratique, on rencontre des politiques publiques aux objectifs légitimes et, en l'occurrence, tendant vers l'effectivité des droits sociaux qui sont difficiles à justifier en raison de perspectives non envisagées de procès par les autorités publiques. Suivant les secteurs d'activités et la nature de l'acte adoptée par l'autorité étatique décisionnelle, la réaction circonstancielle peut être sanctionnée lorsque le comportement de l'État est manifesté sous la forme d'un acte législatif **(a)** ou d'un acte contractuel **(b)**.

a. La forme législative

La forme législative vise les situations qui découlent des actes législatifs souverains, mais qui ne justifient pas suffisamment leur caractère non circonstanciel ou opportuniste. Ces actes législatifs souverains peuvent viser des objectifs légitimes mais, dans l'espèce, ils semblent répondre plus à des ambitions politiques et ne reflètent pas aux yeux du tribunal une attitude normale de cet État. Relativement aux droits sociaux, cette forme se rencontre dans les rares affaires qui ont concerné des politiques de redistribution des terres en cause en Afrique du Sud, au Zimbabwe ou encore au Venezuela. Globalement, celles-ci ne nous semblent pas révéler un comportement raisonnable de l'État. Dans l'une de ces affaires, le comportement de l'Etat paraît raisonnable puisqu'il s'inscrit dans une pratique courante de l'État. Dans les autres, le caractère circonstanciel est visible.

L'affaire *Piero Foresti* montre que le risque juridique peut être atténué lorsque l'État anticipe la possibilité de violation du traité dans le cadre de la mise en œuvre d'une mesure poursuivant l'effectivité des droits sociaux. Dans cette affaire, était en cause la mise en œuvre de politiques nationales de redistribution de terres en faveur de sa population par l'Afrique du Sud. Les investisseurs italiens se plaignaient de la violation de l'Accord d'investissement entre l'Italie et l'Afrique du Sud, avançant que la mise en œuvre de la politique de redistribution expropriait leurs investissements et qu'ils subissaient de ce fait un traitement injuste et inéquitable. Concernant la première réclamation, l'État sud-africain a reconnu avoir exproprié, mais s'est défendu sur le terrain de la légalité de l'expropriation. Il justifiait son comportement

par l'objectif d'intérêt public poursuivi par l'adoption et la modification de la réglementation minière à l'origine de la réclamation. Il s'est agi entre autres des objectifs suivants : « *ii) ameliorating the disenfranchisement of HDSAs and other negative social effects caused by apartheid in general and the 1991 Mineral Rights Act in particular; (iii) reducing the economically harmful concentration of mineral rights and promoting the optimal exploitation of mineral resources; and (iv) protecting the environment and the communities living in the vicinity of mining operations. With respect to the 1991 Mineral Rights Act in particular, which was repealed by the MPRDA, the Respondent argued that the 1991 Act was an instrument that entrenched white privilege in the minerals sector, and that it clearly could not withstand the coming to power of a democratically elected government.* »¹³¹¹

En admettant avoir pratiqué une expropriation directe qu'il jugeait légale, l'État a orienté le débat autour de la compensation. Dans la suite de la procédure, les parties ont transigé. Le contre-exemple est donné par les affaires élevées contre la politique foncière du Zimbabwe.

Dans l'affaire *Funnekotter*, les investisseurs néerlandais critiquaient les modifications législatives (souvent attaquées avec succès devant les juridictions nationales) qui entraînaient un retrait de leurs exploitations agricoles commerciales et leur occupation illégale par des vétérans de guerre. Comme dans le cas *Piero Foresti*, l'État du Zimbabwe a reconnu également l'expropriation, mais l'a considérée légale. Il a justifié l'absence de compensation (en invoquant une situation de nécessité que le tribunal a rejeté¹³¹²) et a défendu l'existence d'un but d'intérêt légitime, car la loi poursuivait l'objectif de changer « *the unjust land ownership in favour of the masses of Zimbabwe* »¹³¹³. De façon générale, l'attitude du Zimbabwe montrait une inconstance dans la mise en œuvre de sa législation. Cette situation a facilité la position du tribunal qui a conclu à une expropriation illicite en l'absence de compensation.

Dans l'affaire *Von Pezold* relative également à la même politique de redistribution des terres au Zimbabwe, l'État plaidait la licéité de l'expropriation indirecte. Bien que l'absence de compensation suffit aux yeux du tribunal à conclure à la violation de l'accord d'investissement, le tribunal a fondé le rejet de la défense étatique sur des éléments qui marquaient l'incohérence ou l'inconséquence du comportement de l'État vis-à-vis de l'objectif général poursuivi. Par

¹³¹¹ *Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB (AF)/07/01, Award, 4 August 2010, para. 69.*

¹³¹² *Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, 22 April 2009, para. 99 ss.*

¹³¹³ *Ibid.*, para. 55.

exemple, le tribunal a remarqué que la redistribution des terres telle qu'elle est entendue par l'État s'est traduite par une récupération de celles-ci par l'élite zimbabwéenne au désavantage des populations noires défavorisées. Ce que l'État a semblé avoir reconnu¹³¹⁴. Pour le tribunal, cela révélait la motivation politique derrière le comportement étatique¹³¹⁵. En outre, l'absence de voies de recours pour les personnes dont les terres ont été visées violait la procédure légale¹³¹⁶.

On peut également rappeler l'affaire *Vestey* dans laquelle le tribunal a admis ne pas trouver de lien entre l'objectif avancé par l'État vénézuélien comme raison de sa réforme agraire à savoir assurer la disponibilité et l'accès à la nourriture pour sa population d'une part, et les mesures prises par l'État vis-à-vis de l'investisseur d'autre part¹³¹⁷.

Ces affaires montrent ainsi que la manière dont les États s'y prennent pour mettre en œuvre une politique visant la protection des droits sociaux compte dans la qualification raisonnable de leur comportement. Lorsque le comportement ne s'inscrit pas dans une logique d'ensemble, le risque qu'il soit assimilé à un acte à but politique est élevé. La justification fondée sur la protection des droits sociaux sera alors considérée comme un simple prétexte.

b. La forme contractuelle

Dans la relation contractuelle, les tensions entre l'État et l'investisseur prennent souvent des proportions très visibles. Dans ce contexte, la caution de l'État aux contestations de l'investissement peut entraîner la politisation de la relation d'investissement lorsque la réaction de l'État se manifeste dans les déclarations et autres discours explicites. Ainsi, dans des secteurs d'activités comme les activités minières ou les concessions d'eau, la réaction de l'État est caractérisée par les tribunaux eux-mêmes lorsqu'ils parviennent à identifier le comportement de l'État à un acte de politisation. C'est le cas lorsque le comportement de l'État s'analyse, aux

¹³¹⁴ *Bernhard Friedrich Arnd Rüdiger Von Pezold, Elisabeth Regina Maria Gabriele Von Pezold; Anna Eleonore Elisabeth Webber (Née Von Pezold), Heinrich Bernd Alexander Josef Von Pezold, Maria Juliane Andrea Christiane Katharina Batthyány (Née Von Pezold), Georg Philipp Marcel Johann Lukas Von Pezold, Felix Alard Moritz Hermann Kilian Von Pezold, Johann Friedrich Georg Ludwig Von Pezold, Adam Friedrich Carl Leopold Franz Severin Von Pezold v. Republic of Zimbabwe, Icsid Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, op. cit., para. 483.*

¹³¹⁵ *Ibid.*, para. 501-503.

¹³¹⁶ *Ibid.*, para. 499.

¹³¹⁷ *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016, para. 297-300.*

yeux du tribunal, à une réaction politique suscitée par les manifestations populaires. Lorsqu'un tel constat est fait, le comportement de l'État n'est pas considéré comme raisonnable lorsqu'il porte atteinte aux droits de l'investisseur, et ce malgré la présence d'un intérêt général social.

Particulièrement, les tribunaux considèrent à l'occasion de réclamations relatives à l'exécution de contrats de concessions, la politisation de l'affaire comme un ressort du fondement conventionnel de la réclamation de l'investisseur. Le comportement de l'État contractant est alors considéré comme déraisonnable puisqu'il n'a pas de fondement dans le contrat. Cette situation s'est souvent rencontrée dans les affaires relatives aux concessions de services d'eau et d'assainissement dans lesquelles les manifestations populaires conduisent à des déclarations ou prises de position publiques par certaines autorités et qui sont considérées comme des actes de politisation de la relation contractuelle. Par exemple, dans l'affaire *Vivendi (II)*, c'est sur ce point que le second tribunal opérait la distinction entre les demandes proprement conventionnelles et les demandes contractuelles, alors que le premier tribunal n'avait pas trouvé de demandes conventionnelles distinctes des réclamations contractuelles dont la compétence est attribuée aux juridictions administratives nationales. Il retenait ainsi la violation du TJE au motif que l'État a entretenu une campagne injustifiée à propos de la qualité de l'eau (campagne dont l'objectif réel était d'amener le concessionnaire à renégocier la concession¹³¹⁸) : « *On the facts before us, it is only possible to conclude that the Bussi government, improperly and without justification, mounted an illegitimate « campaign » against the concession, the Concession Agreement, and the « foreign » concessionaire from the moment it took office, aimed either at reversing the privatisation or forcing the concessionaire to renegotiate (and lower) CAA's tariffs* »¹³¹⁹.

Dans l'affaire *Azurix*, c'est la règle de la dépossession substantielle qui a empêché une qualification d'expropriation illicite en présence d'un comportement étatique de politisation de la relation contractuelle¹³²⁰. D'ailleurs, le tribunal a considéré par la suite et sans trop de difficulté que le comportement de l'État était arbitraire¹³²¹ et violait le TJE¹³²².

¹³¹⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Award, 9 April 2015, para. 7.4.31.*

¹³¹⁹ *Ibid.*, para.7.4.19. Voir paragraphes suivants.

¹³²⁰ *Azurix Corp. v Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para 319-320.*

¹³²¹ *Ibid.*, para. 393.

¹³²² *Ibid.*, para. 373.

Toutefois, la simple politisation de l'affaire (déclarations publiques, campagnes contre l'investisseur dans les médias...) ne constitue pas en soi une violation du contrat. Le tribunal dans l'affaire *Implegilo* a été particulièrement explicite sur l'interférence du politique dans la relation contractuelle. Le tribunal rappelait que la résiliation contractuelle ne conduit pas *per se* à la violation du traité¹³²³. La violation conventionnelle peut ne pas survenir même lorsque la décision de résiliation est une décision politique : « *The Arbitral Tribunal accepts that the Argentine administration may have set up as a political goal to transfer water and sewerage services to public entities. However, this does not necessarily lead to the conclusion that the termination of the Concession Contract with AGBA was an act of expropriation.* » Il cite, à ce propos, le tribunal *AES Summit* : « *The fact that an issue becomes a political matter, ... does not mean that the existence of a rational policy is erased* »¹³²⁴.

Ce qui importait était la raison avancée pour mettre fin au contrat ; celle-ci devait constituer un fondement juridique valide au regard du contrat. Même si l'Argentine demandait la prise en compte de ses obligations en matière de droits de l'homme pour protéger la jouissance du droit à l'eau de ses populations, le tribunal fondait le rejet de la réclamation relative à l'expropriation sur la justification de résiliation relative à l'inexécution du contrat par le contractant-concessionnaire¹³²⁵. Concernant le TJE, le tribunal rappelait également que les violations contractuelles ne sauraient constituer des violations des attentes légitimes. Ces dernières requéraient la présence d'une conduite « *in the exercise of the sovereign powers* »¹³²⁶. Cette exigence impliquait une conduite déraisonnable. C'est ainsi que l'absence d'un fondement juridique de refus par la province de renégociation (prévue par la loi d'urgence) du contrat à la suite de la « pesification » sous prétexte que les demandes de l'investisseur sont déraisonnables conduisait le tribunal à retenir une violation du TJE¹³²⁷.

Ainsi, il s'impose de reconnaître qu'en présence d'une réaction circonstancielle qui soutient les contestations populaires de l'investissement, l'attitude des tribunaux tend à la

¹³²³ *Implegilo SpA v. Argentine Republic, Final Award, ICSID Case No. ARB/07/17, 21 June 2011, op. cit.*, para. 272 ss.

¹³²⁴ *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömi Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010*, para. 10.3.23. Voir également : *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 September 2007*, para. 392.

¹³²⁵ *Implegilo SpA v. Argentine Republic, Final Award, ICSID Case No. ARB/07/17, 21 June 2011, op. cit.*, para. 279-284.

¹³²⁶ *Ibid.*, para. 294.

¹³²⁷ *Ibid.*, para. 330-331.

qualification déraisonnable du comportement étatique¹³²⁸. Qu'une telle propension ne soit pas toujours justifiée ou suffisamment motivée de la part des tribunaux ne fait pas moins de la réaction de l'État dans ces circonstances un élément concret définitionnel du comportement raisonnable de l'État. Le caractère moralement impérieux de la préoccupation sociale peut être suffisamment prégnant pour imposer une conduite que l'État considère juste dans les circonstances de l'espèce. Il reste que la licéité de ce comportement sera mise en doute si l'État ne se comporte pas d'une certaine manière. En outre, son comportement doit manifester le souci de la prise en compte des intérêts de l'investisseur.

2. *La prise en compte de l'intérêt de l'investisseur*

Le comportement raisonnable de l'État est également un comportement soucieux de l'intérêt de l'investisseur. Dans le cadre d'une relation contractuelle, cet aspect est déjà présent dans le respect des obligations contractuelles. Bien entendu, la carence de l'État vis-à-vis du droit contractuel peut être alors la résultante d'une modification législative. Dans tous les cas, le souci de l'intérêt de l'investisseur doit être présent au moment de la prise de décision ou, si les circonstances l'imposent, à la fin de la situation sociale préoccupante. Deux affaires viennent illustrer ce point.

La première, l'affaire *Mesa Copper*, concerne un litige minier dans lequel un investisseur canadien alléguait une expropriation indirecte en violation par l'Équateur de l'accord d'investissement entre le Canada et l'Équateur. L'investisseur canadien avait entrepris des activités d'exploration et d'exploitations minières dans trois sites en Équateur. La mise en œuvre des activités rencontrait des difficultés tenant à la contestation violente de ces activités par les populations locales suivies parfois de répliques violentes et mortelles des agents de sécurité de la mine et d'affrontements entre partisans et opposants à l'exploitation minière au sein des communautés locales. En réponse à cela, l'État équatorien avait procédé à la suspension des activités minières et, plus tard, à la résiliation du contrat de concession. Devant l'instance arbitrale, l'investisseur estimait que son investissement avait été exproprié à la suite de la résiliation contractuelle. L'État justifiait la légalité de son acte sur le terrain de l'exercice légitime des *police powers*¹³²⁹. Il expliquait certes que la résiliation était la conséquence de

¹³²⁸ Voir par exemple les affaires *Tecmed*, *Occidental II*, *Metalclad*.

¹³²⁹ *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, para. 6.9ss.

l'absence d'une étude d'impact environnemental. Toutefois, il admettait que cette dernière exigence était la mise en œuvre d'une récente modification législative du droit minier national qui visait, selon l'Équateur, à répondre à des considérations d'ordre public (la nécessité de consulter les populations locales affectées) et à régler de nombreuses questions environnementales, économiques et sociales qui étaient irrésolues sous la législation antérieure¹³³⁰. Si le tribunal ne remettait pas en cause l'exercice même des *police powers* à travers les actes de résiliation, il estimait que l'État ne respectait pas les conditions de cet exercice notamment le respect du *due process* et le caractère non arbitraire des mesures. En effet, pour déclarer l'expropriation indirecte illicite, il remarquait que l'acte de résiliation ne prévoyait pas d'indemnisation ni la nouvelle loi minière de voies de recours.

La deuxième affaire, l'affaire *Urbaser*, est un litige relatif à une concession d'eau en Argentine dans un contexte de crise économique. À propos de la violation du TJE, le tribunal insistait sur l'équilibre à maintenir entre les intérêts en présence ; c'est-à-dire entre les contraintes de l'État et les droits de l'investisseur. Concernant les premières, il mentionnait que « *Respondent rightly recalls that the Province had to guarantee the continuation of the basic water supply to millions of Argentines. The protection of this universal basic human right constitutes the framework within which Claimants should frame their expectations.* »¹³³¹ S'agissant des secondes, il rappelait que : « *The fair and equitable treatment does not provide for a standard according to which the investor would remain completely isolated and immune from the host State's endeavors to deal with such situations in complying with public interests. If the host State is hit, for instance, by an epidemic threat to the health of a very large amount of people, it has to take all measures required by the situation even if this implies hurting investors' interests, provided that the authorities proceed with deference to those interests and with the aim to restore their efficient preservation as soon as the circumstances so allow. What the fair and equitable treatment standard requires is that the basic expectations of the investor in respect of the fate of its investment are nevertheless taken care of by the host State when reacting to unforeseen circumstances. There is no bar for the host State to act accordingly merely because a situation of public concern emerged that was not transparent to the investor at the outset.* »¹³³² C'est sur cette base qu'il retenait la violation du FET à la suite de l'échec de

¹³³⁰ *Ibid.*, para. 6.12.

¹³³¹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, op. cit.*, para. 624.

¹³³² *Ibid.*, para. 628.

la renégociation du contrat qu'il attribuait à la mauvaise foi de l'État, motivé par des raisons politiques.

Toutefois, cette exigence de comportement raisonnable ne fait pas de la consultation de l'investisseur, notamment au moment de l'adoption de la décision, une obligation¹³³³.

Somme toute, les mesures en faveur de l'intérêt général social prises par un État à la suite d'une pression publique ou celles qui sont dictées par des considérations d'équité peuvent apparaître aux yeux de l'État comme moralement justifiées. En principe, leur légitimité n'est pas remise en cause par le simple fait de la condamnation de ces mesures par un tribunal ; mais cette dernière est supposée révéler une absence de prise en compte des intérêts de l'investisseur dans le processus décisionnel. Ainsi, l'écueil de la réaction émotionnelle et la condition de prise en compte des intérêts de l'investisseur définissent les contours du comportement raisonnable que l'État doit prouver lorsqu'il prétend protéger l'intérêt général social.

B. Le comportement normal à prouver

Ces traits généraux dessinent le contour du comportement à prouver. Il ressort de ceux-ci que le comportement raisonnable ne doit pas être un comportement inhabituel ni vis-à-vis de l'investisseur ni vis-à-vis des titulaires de droits sociaux. Cette assertion découle de ce qui est considéré par les tribunaux comme étant requis de l'État dans sa relation contractuelle **(1)** ou non contractuelle **(2)** avec l'investisseur.

1. Le comportement normal dans la relation contractuelle

Lorsque la réclamation de l'investisseur repose sur un fondement contractuel, le comportement raisonnable est celui qui est justifié en droit. C'est le cas d'une résiliation qui est justifiée par les termes du contrat, les causes de la résiliation étant prévues par le contrat. À défaut, le risque est élevé que le comportement étatique soit considéré comme une violation conventionnelle lorsque le tribunal y voit une réaction émotionnelle.

¹³³³HENCKELS C., « A Duty to Consult Foreign Investors When Changing the Regulatory Framework? Implications for Non-Communicable Disease Prevention and Beyond », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n° 5, p. 698-723.

Le comportement raisonnable est donc un comportement conforme au droit contractuel. Il est conforme au droit contractuel appliqué tant qu'il n'est pas vu comme un exercice détourné des pouvoirs souverains de l'État. Le reproche fait à l'État tanzanien dans l'affaire *Biwater* en est une illustration. Dans cette affaire, l'État tanzanien a soutenu contre un investisseur britannique la légalité de la rupture conventionnelle d'un contrat d'approvisionnement et d'assainissement en eau potable. L'État tanzanien a semblé moins porté à fonder sa défense sur les droits de l'homme, car tout en reconnaissant que les services d'eau et d'assainissement sont vitaux et qu'il a le droit de les protéger en cas de crise, il a hésité à affirmer mettre en œuvre une obligation y relative. Comme l'a rapporté le tribunal, « *it has a moral and perhaps even a legal obligation to do so* »¹³³⁴. Il a insisté plutôt sur le risque que la négligence de l'investisseur cocontractant (défaut de paiements-fournisseurs entraînant le risque d'arrêt de l'approvisionnement en eau) faisait courir à la santé publique et au bien-être des populations. C'est sur cette base qu'il a invoqué en vue de justifier son acte la marge d'appréciation que lui reconnaît le droit international¹³³⁵.

Dans son analyse, le tribunal a convenu avec l'État que la violation du contrat n'a pas constitué pas en soi une violation du traité¹³³⁶. Cette affirmation n'a pas empêché au tribunal de faire reposer son analyse sur un critère de qualité du cocontractant étatique¹³³⁷. Il s'agissait de savoir si l'État s'était comporté raisonnablement comme un contractant ordinaire ou de façon déraisonnable comme un contractant particulier ayant détourné l'usage de ses pouvoirs souverains, engageant dans ce dernier cas sa responsabilité internationale¹³³⁸. C'est ainsi que le tribunal a considéré que certains comportements de l'État pouvaient être considérés comme des actes d'autorité ou de puissance publique ou étaient déraisonnables (retrait de l'exemption de TVA à l'achat, communications publiques des ministres sur la situation contractuelle avec l'investisseur, le changement imposé de la direction et du contrôle de l'entreprise)¹³³⁹. C'est donc par un écart vis-à-vis du droit contractuel que le caractère raisonnable du comportement étatique est apprécié. Cet écart constitue la mesure du raisonnable. Aussi, le tribunal concluait que par les comportements critiqués, l'État avait opéré une ingérence anormale dans

¹³³⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008*, para. 434.

¹³³⁵ *Ibid.*, para. 436.

¹³³⁶ *Ibid.*, para. 457.

¹³³⁷ Voir aussi *Azurix Corp. v Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, op. cit.*, para. 315.

¹³³⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, op. cit.*, para. 458.

¹³³⁹ *Ibid.*, para. 497.

l'investissement constitutive d'une expropriation *de facto*. C'est pratiquement à partir de ce critère que le tribunal a apprécié le comportement de l'État dans le cas du TJE¹³⁴⁰ et de l'interdiction de discrimination et d'arbitraire. Sans surprise, il a décidé que les mêmes comportements ont entraîné les violations de ces standards¹³⁴¹ : « *The standard of « reasonableness » has no different meaning than the « fair and equitable treatment» standard « with which it is associated ». The Arbitral Tribunal therefore adopts its analysis of this standard as set out earlier »*¹³⁴². De même, la violation de protection pleine et entière est appréhendée comme « *a failure to take reasonable, precautionary or preventive action »*¹³⁴³.

Un raisonnement similaire a été tenu par le tribunal dans l'affaire *Urbaser*. Le raisonnement adopté par ce tribunal relativement à l'allégation de violation du TJE par l'Argentine n'est compréhensible que sous le prisme du comportement raisonnable de l'État cocontractant. En l'occurrence, le comportement raisonnable est celui de l'État cocontractant qui agit de bonne foi dans la recherche de solutions aux problèmes contractuels. En effet, le tribunal s'est exprimé avec clarté et beaucoup de compréhension sur les contraintes étatiques en matière de droits sociaux :

« *The fair and equitable treatment does not provide for a standard according to which the investor would remain completely isolated and immune from the host State's endeavors to deal with such situations in complying with public interests. If the host State is hit, for instance, by an epidemic threat to the health of a very large amount of people, it has to take all measures required by the situation even if this implies hurting investors' interests (...)* »¹³⁴⁴.

En appliquant ce raisonnement aux faits de la cause, le tribunal a été d'avis que les mesures d'urgence prises par l'Argentine pour faire face à la situation ne violaient pas *per se* le standard du TJE¹³⁴⁵. Cela était compréhensible, car le concessionnaire connaissait déjà des difficultés avant la survenance de la crise, de sorte que la contribution des mesures d'urgence prises par l'Argentine à l'aggravation du déséquilibre financier de l'investissement n'entraînaient pas par elles seules une qualification déraisonnable du comportement

¹³⁴⁰ Concernant le TJE, le tribunal *Biwater Gauff* retient un seuil de violation élevé en s'inspirant de la jurisprudence *ALENA*¹³⁴⁰. De ce point de vue, il apprécie le comportement de la Tanzanie au regard des éléments suivants : attentes légitimes, bonne foi, transparence, non-discrimination, cohérence (*Ibid.*, para. 597).

¹³⁴¹ *Ibid.*, para. 696ss.

¹³⁴² *Ibid.*, para. 692.

¹³⁴³ *Ibid.*, para. 725; 731.

¹³⁴⁴ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, op. cit.*, para. 628.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, para. 674, 679-680

étatique¹³⁴⁶. La décision du tribunal selon laquelle l'Argentine a violé finalement le TJE a trouvé tout simplement appui sur les raisons non contractuelles (c'est-à-dire les motivations politiques caractérisant la mauvaise foi de l'État) qui avaient conduit à l'échec de la renégociation de la concession¹³⁴⁷.

D'autres affaires relatives aux contrats de concessions d'eau¹³⁴⁸ ou aux concessions minières¹³⁴⁹ confirment cette caractérisation du comportement étatique. Par exemple, dans l'affaire *Bilcon*, l'investisseur et l'État étaient dans une relation précontractuelle à propos d'un projet de construction de carrière pour une aérogare marine. Pour la sélection des dossiers des investisseurs candidats au projet, l'État avait institué un panel. C'est la décision de rejet du projet de l'investisseur prise à la suite de l'appréciation par le panel de l'étude d'impact socio-environnemental du projet fait par l'investisseur qui a été le nœud du litige. Le panel a estimé que l'investisseur n'avait pas pris en compte les valeurs essentielles de la communauté concernée par le projet (*core community values*). Ces valeurs incluent l'environnement sanitaire et culturel de cette communauté. Cette appréciation n'a pas été validée par le tribunal. De l'avis de ce dernier, l'exigence de respect de ces valeurs n'était pas prévue par la loi canadienne. En l'érigant en règle juridique, le panel faisait donc manquer à l'investisseur la chance de voir son projet évalué convenablement¹³⁵⁰. Aussi, le tribunal a-t-il jugé que le panel, en privant une opportunité à l'investisseur de voir son projet évalué conformément aux lois en vigueur, a commis une violation de l'article 1105 de l'ALENA¹³⁵¹. Même si la décision peut être

¹³⁴⁶ Voir *Ibid.*, para. 682.

¹³⁴⁷ Voir *Ibid.*, para. 834-845. Contra para. 947-950.

¹³⁴⁸ Voir *Azurix Corp. v Argentine Republic (I)*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, *op. cit.*, para. 315).

¹³⁴⁹ Dans l'affaire *Mesa Copper* par exemple, le tribunal qualifiait de déraisonnable le comportement de l'État qui lui avait paru prendre fait et cause pour les manifestants anti-miniers qui s'opposaient à l'investisseur. Il est reproché à l'État d'avoir compliqué, dans ces circonstances, la situation de l'investisseur en le menaçant de sanctions pénales en cas de non production de l'étude d'impact environnemental et social et d'avoir finalement mis fin à la concession : « *In the Tribunal's view, in the circumstances, the Respondent's conduct was arbitrary, in the sense that it was unreasonable and disproportionate at that time to side so completely with the anti-miners as to make it impossible, both legally and physically, for the Claimant to complete its EIS, with inevitable consequences. Accordingly, as explained above, the Tribunal concludes that Respondent's unlawful conduct under the FET and FPS standards, from September 2007 to November 2008, materially contributed to the characterization of the Terminations Resolutions of 13 November 2008 as an unlawful expropriation and a further breach of the FET standard* » (*Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, *op. cit.*, para. 6.84-6.85).

¹³⁵⁰ *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019, para. 124-132.

¹³⁵¹ *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, *op. cit.*, para. 600-601.

critiquée¹³⁵², elle montre que c'est l'écart vis-à-vis du droit qui cristallise la violation du traité d'investissement. Ainsi, le critère d'appréciation du comportement étatique raisonnable n'est donc pas très différent lorsque le fondement de la réclamation est exclusivement conventionnel.

2. Le comportement raisonnable dans la relation exclusivement conventionnelle

Lorsque la cause de l'action est conventionnelle et non contractuelle, le comportement étatique raisonnable se présente, avec un risque de synonymie, sous la forme d'un comportement normal. Ici cependant, le comportement étatique normal est celui qui est guidé par une politique sérieusement envisagée ou entreprise dans le temps. Le caractère sérieux renvoie à la constance dans la conception ou la mise en œuvre de cette politique. Cette définition ressort des affaires relatives à la santé publique dans lesquelles la preuve du comportement étatique a requis une masse importante de preuves, notamment scientifiques. Malgré l'importance des preuves scientifiques dans ces affaires, il apparaît que ce qui a convaincu les tribunaux est moins la vérité scientifique que la constance de l'État dans la poursuite de l'objectif annoncé, c'est-à-dire son comportement normal.

Dans l'affaire *Méthanex* par exemple, il est frappant que l'État américain ait apporté la preuve d'une attitude constante dans le rejet de l'utilisation du MTBE tant sur le plan scientifique que sur le plan législatif. D'abord, celle-ci était marquée par des études scientifiques conduites depuis plusieurs années qui établissaient la dangerosité du méthanol pour l'eau potable, l'eau de surface ou les eaux souterraines et, partant, la santé par consommation de l'eau¹³⁵³. Ensuite, la loi attaquée par l'investisseur s'inscrivait dans une suite de mesures de restriction de l'usage du MTBE. Depuis 1983, plusieurs réglementations étaient intervenues (loi de 1997, loi sénatoriale de 1999) et visaient entre autres à éviter la pollution de l'eau potable par l'utilisation du MTBE¹³⁵⁴. En présence de ces éléments qui témoignaient du caractère raisonnable du comportement étatique, le tribunal a admis la bonne foi de l'État :

¹³⁵² La décision nous paraît critiquable si tant est que le seuil de violation du standard de traitement minimum est élevé et ne consiste pas à une simple violation de la loi¹³⁵². Ce point a d'ailleurs fait l'objet de la dissidence de l'arbitre Rae (Voir *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015. Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, 10 mars 2015*, para. 16-27, 32 ss).

¹³⁵³ Le risque pour la santé par inhalation du MTBE dans l'air est faible (sauf pour les travailleurs professionnels tels que les pompistes et les mécaniciens automobile). Pour l'incertitude est encore sur ce dernier point sur lequel les études doivent encore être faites (*Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, op. cit.*, Part III, Chapter A, para. 8-12).

¹³⁵⁴ Voir *Ibid.*, Part III, Chapter A.

« *Methanex entered a political economy in which it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level, operating under the vigilant eyes of the media, interested corporations, nongovernmental organizations and a politically active electorate, continuously monitored the use and impact of chemical compounds and commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons. Indeed, the very market for MTBE in the United States was the result of precisely this regulatory process. Methanex appreciated that the process of regulation in the United States involved wide participation of industry groups, nongovernmental organizations, academics and other individuals, many of these actors deploying lobbyists. Methanex itself deployed lobbyists.* »¹³⁵⁵

Certes, dans le cours de la procédure, les résultats de l'étude ont été appuyés par les auditions publiques au cours desquelles des témoignages ont confirmé le danger du MTBE pour l'eau potable¹³⁵⁶ et le recours à de nombreux experts a été un apport important pour le tribunal. Il n'en demeure pas moins que pour arriver à la conclusion que l'État américain n'a pas commis de discrimination vis-à-vis de l'investisseur (favoriser l'éthanol américain), le tribunal a surtout retenu que l'attitude de l'État californien « *was motivated by the honest belief, held in good faith and on reasonable scientific grounds, that MTBE contaminated groundwater and was difficult and expensive to clean up* »¹³⁵⁷.

Cette définition du comportement étatique raisonnable est également évidente dans l'affaire *Philip Morris* contre Uruguay. Ce dernier y a adopté des mesures de lutte contre la consommation de cigarettes à travers l'interdiction de variétés de cigarettes qui induisaient les consommateurs en erreur, et l'augmentation de la couverture publicitaire avertissant de la dangerosité des cigarettes à 80% de l'emballage du paquet de cigarettes. Les investisseurs, producteurs et commerçants de cigarettes, se sont plaints du fait que ces mesures expropriaient leur droit d'auteur. Ce procès a été également marqué par une masse importante d'éléments

¹³⁵⁵ *Ibid.*, Part IV. Chapter D, para. 9. Voir également *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, para. 144 : « *The Tribunal also notes that trade in tobacco products has historically been the subject of close and extensive regulation by U.S. states, a circumstance that should have been known to the Claimant from his extensive past experience in the tobacco business. An investor entering an area traditionally subject to extensive regulation must do so with awareness of the regulatory situation* »).

¹³⁵⁶ *Ibid.*, Part III, Chapter A, para.17.

¹³⁵⁷ *Ibid.*, Part III- Chapter A, para. 102.

probatoires apportés devant le tribunal. L'Uruguay devait démontrer l'efficacité des mesures, mais à l'évidence, le tribunal s'est contenté de la preuve d'un comportement raisonnable.

De l'avis du tribunal, « *It should be stressed that the SPR and the 80/80 Regulation have been adopted in fulfilment of Uruguay's national and international legal obligations for the protection of public health.* »¹³⁵⁸ Il s'est référé d'abord aux dispositions de la Constitution uruguayenne qui forment ce pouvoir en termes d'obligations pour l'État et de droits pour les populations (articles 44, 7, 46)¹³⁵⁹, et puis à la législation nationale sur la prévention de la santé et le contrôle du tabac¹³⁶⁰. Il a enfin rappelé la convention-cadre sur la lutte anti-tabac dont l'Uruguay était : « *It is based on these obligations that the SPR and the 80/80 Regulation have been adopted. The FCTC is one of the international conventions to which Uruguay is a party guaranteeing the human rights to health; it is of particular relevance in the present case, being specifically concerned to regulate tobacco* »¹³⁶¹.

Tout cela a servi de contexte réglementaire que le tribunal acceptait d'opposer à l'investisseur. Ainsi, comme dans *Methanex*, le tribunal a estimé, à propos de la prétention de l'investisseur à des attentes légitimes, qu'au regard de la politique anti-tabac constamment poursuivie par l'Uruguay, les seules attentes légitimes et raisonnables d'un investisseur devraient être une réglementation de plus en plus stricte du marché de la vente et de l'utilisation de cigarettes. La régularité et la cohérence réglementaire de l'État ont conduit le tribunal à admettre l'absence d'attentes légitimes, en tout cas dans le sens où l'investisseur l'a invoqué. En validant l'établissement du lien avec les sources des obligations que l'État prétendait mettre en œuvre, le tribunal a admis le caractère normal du comportement étatique. C'est pourquoi, lorsqu'il a apprécié l'efficacité des éléments de preuve hautement scientifiques, le tribunal s'est contenté de limiter l'appréciation du caractère raisonnable du comportement étatique au moment de l'adoption des législations critiquées¹³⁶² (nous y reviendrons).

Le critère n'est pas différent lorsque le comportement de l'État critiqué est le fait de ses autorités judiciaires. Dans l'affaire *Eli Lilly (ALENA)*, l'investisseur a accusé l'État canadien d'avoir violé l'ALENA du fait de son organe judiciaire qui avait adopté, en matière de brevet,

¹³⁵⁸ *Ibid.*, para. 302.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ *Ibid.*, para. 303-304.

¹³⁶¹ *Ibid.*, para. 305.

¹³⁶² *Ibid.*, para. 400, 417.

des décisions relatives à des licences pour produire des médicaments génériques et qui avait annulé son brevet sur deux de ses produits médicamenteux. L'investisseur a reproché à l'État canadien d'avoir opéré un changement jurisprudentiel radical et brusque (donc déraisonnable). Ce faisant, l'État aurait ainsi, entre autres, frustré ses attentes légitimes. Après avoir admis qu'une décision judiciaire pouvait engager la responsabilité de l'État en dehors de la qualification de déni de justice¹³⁶³, le tribunal s'est basé sur l'analyse de la jurisprudence canadienne relative au droit du brevet pour constater l'absence de changement brusque dans la solution des juridictions canadiennes relatives au retrait du brevet. Il en a conclu alors :

*« For the reasons stated above, the Tribunal has found that each of the three elements of the alleged promise utility doctrine had a foundation in Canadian law when Claimant's patents were filed. At that time, although Claimant may not have been able to predict the precise trajectory of the law on utility, it should have, and could have, anticipated that the law would change over time as a function of judicial decision-making. The record in this case shows that the law did in fact undergo a reasonable measure of change and development. »*¹³⁶⁴

De façon générale, ce qui est requis de l'État est une constance et une cohérence dans la mise en œuvre d'une politique donnée, que celle-ci vise directement un investisseur ou non. Les prises de position publique ou autres comportements similaires qui manifestent une politisation de la relation d'investissement échappent difficilement à la qualification de comportement déraisonnable. Il en résulte qu'une politique active de mise en œuvre des droits sociaux doit être avant tout une politique pensée au préalable et exprimée comme telle, de sorte que tout investisseur est supposé être en mesure de mener son activité en connaissance de cause. Il en est de même pour une politique défensive des droits sociaux qui devra s'appuyer non seulement sur un fondement juridique, mais encore sur une pratique.

Paragraphe 2. La preuve du comportement raisonnable

Le point de savoir si une preuve a suffisamment convaincu un tribunal soulève des questionnements importants qui ont donné lieu à des discussions fort clivées. Sans qu'il y ait lieu ici de s'attarder sur ces problématiques, on se contentera de montrer à partir de la liberté d'appréciation des tribunaux arbitraux qu'un texte conventionnel engageant l'État peut servir

¹³⁶³ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017*, para. 223ss.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, para 384.

utilement la défense de l'intérêt général social en tant qu'élément de preuve du comportement raisonnable de l'État (A). L'hypothèse dont la confirmation est recherchée vise l'affirmation que les conventions internationales relatives aux droits sociaux peuvent également servir d'éléments de preuve de la défense des arguments relatifs aux droits sociaux (B).

A. La manifestation du comportement raisonnable dans la mise en œuvre d'un traité international

Il convient de préciser brièvement que des débats ont été engagés à propos de la déférence que le juge international entretient vis-à-vis de la preuve scientifique¹³⁶⁵. Quelle qu'ait été la position adoptée par un juge international sur ce point, il exerce, ce faisant un pouvoir discrétionnaire. Il a le pouvoir, inhérent au pouvoir de juger, de déterminer les éléments qui emportent sa conviction. Cette affirmation n'insinue nullement que le juge international ne prend pas en considération l'ensemble des éléments de preuve qui lui ont été soumis ; elle soutient plutôt que dans la masse de preuves soumises, certains éléments ont emporté plus que d'autres la conviction du juge qui les mettra en avant au soutien de son raisonnement. Que cette attitude dévoile ou non une déférence vis-à-vis des acteurs de la preuve scientifique ou technique est une question de théorie judiciaire qui n'affaiblit pas le raisonnement du juge.

En droit international des investissements, des sentences mentionnent expressément que les éléments factuels qui ont été évoqués dans la sentence rédigée n'ont pas été les seuls à être considérés dans la décision. Certaines affaires impliquent une masse imposante de preuves et un nombre impressionnant d'experts techniques (à distinguer des experts juridiques). C'est le cas par exemple des affaires *Methanex* et *Philip Morris*. Ces éléments probatoires visent souvent à confirmer ou à infirmer, suivant la partie, l'efficacité ou l'adéquation des mesures prises. Pour bien comprendre la suite du raisonnement, il convient de préciser la problématique.

Dans de nombreuses affaires, notamment celles relatives à la santé (ce registre englobe les maladies dites non transmissibles dérivant de la malnutrition [obésité], de la consommation

¹³⁶⁵ Voir par exemple à propos de la preuve devant la C.I.J. : le débat entre le professeur Makane Mbengue (MBENGUE M., « International Courts and Tribunals as Fact-Finders: The Case of Scientific Fact-Finding in International Adjudication », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34 (2011), n° 1, p. 53). et le professeur Jose Alvarez (ALVAREZ J., « Are International Judges Afraid of Science? : A Comment on Mbengue », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34 (2011), n° 1, p. 81).

d'alcool, de cigarettes ou d'autres substances addictives et dangereuses pour la santé¹³⁶⁶) ou à l'environnement, l'incertitude est une constante que l'État intègre même inconsciemment dans sa réponse aux situations qui se présentent à lui. Aussi lorsqu'il s'agit de prouver que les mesures adoptées répondent au besoin ou à la nécessité justifiant leur adoption, la réponse ne saurait être parfaite et le tribunal doit se déterminer en faisant un choix. Il peut alors préférer rester au plus près de la vérité scientifique ou au contraire, tout en reconnaissant son importance sans en faire dépendre absolument la solution du différend, se permettre de faire de la probabilité. Dans ce dernier cas, son attention est plus portée sur le comportement raisonnable qui rend probable ou qui suppose l'atteinte de la vérité scientifique.

Cette dernière posture donne une utilité au texte conventionnel. Celle-ci a été adoptée dans l'affaire *Philip Morris v. Uruguay* dont le succinct commentaire sur ce point permet d'appréhender les subtilités de l'apport de preuve qui viennent d'être évoquées. Pour l'État uruguayen, l'enjeu relatif à la preuve ne logeait ni dans la démonstration de la nuisance du tabac ni dans la nécessité d'en réduire la consommation, mais elle se trouvait concrètement dans la démonstration du lien établi par l'Uruguay entre les nouvelles mesures qui imposaient des restrictions supplémentaires et la plus-value en termes de résultats particuliers que ces dernières visaient expressément et qui n'étaient pas procurés par les mesures antérieures.

On voit immédiatement les difficultés à apporter une telle preuve. Les mesures en question étaient nouvellement adoptées dans un domaine dans lequel les résultats ne sont pas visibles instantanément, mais seulement après de nombreuses années de mise en œuvre. Pour les mesures préventives de ces maladies non transmissibles, les effets sont souvent estimés (dans le sens d'estimation) : « *Governments may need to rely on indirect evidence of the likely impact of a proposed measure, using proxies such as surveys of the intentions and preferences of consumers. For measures crafted to balance different health impacts within the constraints of political and legal circumstances, trade-offs may need to be made between different effects on health, and evidence will be needed to support the overall assessment of the costs and benefits of a particular measure.* »¹³⁶⁷ En outre, l'identification de l'effet propre à une seule mesure étatique donnée est difficile à déterminer lorsque l'attitude préventive de l'État a

¹³⁶⁶ Voir <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/noncommunicable-diseases>.

¹³⁶⁷ VOON T., *Evidentiary Challenges for Public Health Regulation in International Trade and Investment Law*, Rochester, Social Science Research Network, 2015, p. 2.

consisté dans l'adoption simultanée de plusieurs mesures¹³⁶⁸. Ces implications de l'enjeu probatoire sont déterminantes pour comprendre la décision du tribunal.

Dans le cas de l'Uruguay, la preuve de l'impact des mesures critiquées était d'abord globale et perdue dans une justification générale de la politique de lutte contre la consommation du tabac. Elle a été apportée à travers des données statistiques et des études sur les effets de la mise en œuvre de la législation nationale sur la réduction de la consommation générale du tabac en Uruguay et sur la réduction de la consommation chez des catégories particulières de la population¹³⁶⁹. Le tribunal a accueilli positivement ces informations. Il a ainsi constaté ainsi que « *the incidence of smoking in Uruguay has declined, notably among young smokers and that these were public health measures which were directed to this end and were capable of contributing to its achievement. In the Tribunal's view that is sufficient for the purpose of defeating a claim under Article 5 (1) of the BIT* »¹³⁷⁰; mais tout cela ne suffisait pas, car ces éléments de preuve ne concernaient pas exclusivement les nouvelles législations critiquées.

Concernant ces dernières, la référence à la convention-cadre de l'OMS semble avoir donné une portée décisive à la défense de l'Uruguay. Elle a été déterminante dans la perspective d'une qualification raisonnable du comportement de l'Uruguay. C'est surtout dans le cadre du TJE que le caractère raisonnable du comportement de l'Uruguay a été amplement révélé¹³⁷¹. Si l'État uruguayen a prétendu qu'il revenait à l'investisseur de prouver le caractère arbitraire (donc non raisonnable) du comportement étatique¹³⁷², il ne s'est pas contenté d'affirmer que son comportement était raisonnable. Il a pris le soin de le démontrer amplement en insistant sur son attitude au moment de l'adoption des nouvelles législations.

Dès l'adoption de la mesure, il s'est appuyé sur une procédure délibérative et participative et sur des études existantes. Cette précaution lui a permis d'identifier les catégories de cigarettes relativement plus dangereuses pour la santé publique¹³⁷³. Surtout, les nouvelles restrictions imposées sur les emballages de cigarettes répondaient aux recommandations de

¹³⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁶⁹ Voir *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016, *op. cit.*, para. 136-138.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, para. 306.

¹³⁷¹ Le tribunal ayant renvoyé l'analyse des conditions de *police powers* à ce stade, cela signifiait que les deux standards (lorsque les *police powers* sont appliqués à titre de principe et à la définition de l'expropriation) partagent un élément définitionnel commun : le raisonnable

¹³⁷² *Ibid.*, para. 346.

¹³⁷³ *Ibid.*, para. 363, 394.

l'OMS¹³⁷⁴. Mieux, toute la politique de lutte anti-tabac s'inscrivait dans le cadre de son adhésion à la Convention-cadre. Les mesures pre- et post- ratification le montraient bien¹³⁷⁵.

En réponse, le tribunal a accepté que: « *in these circumstances there was no requirement for Uruguay to perform additional studies or to gather further evidence in support of the Challenged Measures. Such support was amply offered by the evidence-based FCTC provisions and guidelines adopted thereunder.* »¹³⁷⁶ C'est dire qu'il trouvait suffisante la preuve du caractère raisonnable du comportement de l'État au moment de l'adoption des mesures, ce qui impliquait qu'il préférerait se déterminer en se fondant sur la preuve plus fiable relative à la convention-cadre et aux marges de certitude qu'elle comporte. À l'inverse, il écartait des faiblesses dans son raisonnement en refusant de s'appesantir sur l'efficacité prospective des mesures que visaient à vérifier les études et autres expertises scientifiques. C'est pourquoi, à propos de la nécessité et de la proportionnalité des mesures, le tribunal n'a pas refusé d'admettre l'importance des études quantitatives. Il ne comptait pas pour autant sur une équation mathématique entre les objectifs difficilement quantifiables visés et les résultats en cours sur le terrain. Il estimait que l'appréciation de la proportionnalité des mesures critiquées se faisait davantage au moment de l'adoption de la réglementation étatique (à savoir la loi SPR¹³⁷⁷ et le décret imposant les 80% de publicité anti-tabac sur les emballages¹³⁷⁸).

Cette attitude du tribunal vis-à-vis de la pratique de la Convention-cadre OMS est transposable aux traités internationaux de protection des droits sociaux.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, para. 370.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, para. 394-395.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, para. 396.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, para. 400 « *In the end the Tribunal does not believe that it is necessary to decide whether the SPR actually had the effects that were intended by the State, what matters being rather whether it was a "reasonable" measure when it was adopted. Whether or not the SPR was effective in addressing public perceptions about tobacco safety and whether or not the companies were seeking, or had in the past sought, to mislead the public on the point, it is sufficient in light of the applicable standard to hold that the SPR was an attempt to address a real public health concern, that the measure taken was not disproportionate to that concern and that it was adopted in good faith. The effect of the SPR was to preclude the concurrent use of certain trademarks, without depriving the Claimants of the negative rights of exclusive use attached to those trademarks.* »

¹³⁷⁸ *Ibid.*, para. 417: « *Such as it is, the marketing evidence suggests that the 80/80 Regulation also had some deterrent effect on smokers, the percentage of smokers who said that health warnings made them think about quitting having increased from 25% in 2008-2009, when the warnings covered only 50% of the front and back of the packs, to 36% in 2012 when the labels covered 80%. According to reports submitted by both Parties, the Challenged Measures have contributed to a continued decline in smoking prevalence, especially in new smokers and young smokers – a crucial group in Uruguay. The view the Tribunal has expressed regarding the effectiveness of the SPR is applicable also to the 80/80 Regulation, including the fact that reasonableness of the measure is to be assessed based on the situation prevailing at the time it was adopted, 605 and considering that, absent specific evidence, it may hardly be determined which of the two measures (or other concurrent measures, including tax increases) produced a given effect on smokers* »

B. La fonction probatoire de la pratique des traités de protection des droits sociaux

L'affirmation de la possibilité d'appliquer la solution *Philip Morris* à la mise en œuvre pratique des traités de protection des droits sociaux commande l'identification préalable de la méthodologie de l'utilité probatoire de la convention-cadre qu'a faite sienne le tribunal. L'analyse de cette méthodologie dans la perspective de sa transposition (1) permet de tirer des conclusions à propos des traités de protection des droits sociaux (2).

1. La méthodologie de l'utilité probatoire de la Convention-cadre OMS

Réserve faite de la marge de manœuvre des tribunaux dans l'appréciation (et la liberté de se déterminer sur la base de leur jugement du caractère convaincant) des moyens de preuves apportés devant eux, la question de savoir si la méthodologie utilisée dans l'affaire *Philip Morris* est applicable aux traités de protection de droits paraît positive. Elle s'appuie sur la spécificité de la convention telle que vue par le tribunal et sur l'usage que le tribunal en a fait.

Sur le premier point, l'adoption de la convention dans le cadre de l'OMS et le nombre important d'États parties confèrent une légitimité à ce traité et une caution aux dispositions conventionnelles ainsi qu'aux mesures de mise en œuvre (recommandations, lignes directrices et réglementations nationales) quant à leur efficacité recherchée. Comme il a pu être relevé : « *The FCTC and the guidelines enjoy more legitimacy and authority than any individual expert opinion or review. As already noted, they have been adopted following an evidence-based process supported first by the WHO (for the negotiations of the FCTC), and by the FCTC Secretariat (which now supports the process of negotiations of the guidelines). Moreover, and very importantly for international lawyers, both the FCTC and the guidelines have been adopted by 181 Parties, representing the vast majority of the international community. For this reason, some authors have even gone as far as proposing that they are considered proof of an emerging opinion juris* »¹³⁷⁹. Cette autorité dispensait finalement le tribunal d'une justification de son choix de s'en tenir au comportement raisonnable de l'État au moment de l'adoption des mesures.

¹³⁷⁹ MELILLO M., « Evidentiary Issues in *Philip Morris v Uruguay*: The Role of the Framework Convention for Tobacco Control and Lessons for NCD Prevention », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n° 5, p. 724-752, spéc. p. 743.

Sur le second point, il est important de relever que le tribunal ne lisait pas dans sa mise en œuvre de la Convention-cadre par l'Uruguay une excuse à la violation éventuelle de ses engagements au titre du BIT. Les dispositions de la Convention n'étaient pas appliquées au litige, d'ailleurs elles n'étaient pas de toute façon applicables au fond du litige en raison de la non-participation de l'État de nationalité de l'investisseur suisse. La Convention avait seulement une utilité probatoire résidant dans le fait que « *the FCTC is a point of reference on the basis of which to determine the reasonableness of the two measures* »¹³⁸⁰. C'est sous cette fonction que la convention a servi à faire admettre le caractère raisonnable des réglementations attaquées¹³⁸¹. En tant que référence, son cadre, son esprit et son objectif servaient de justification de la bonne foi de l'État et de la nécessité des mesures ; son contenu de guide des dispositions de celles-ci, et sa pratique globale par les États parties de cadre contextuel comparatif témoignant de l'absence d'abus du pouvoir réglementaire de la part de l'État.

Une réserve s'impose toutefois. Tous les aspects de la preuve ne pourraient être généralisés en raison de la particularité même du litige qui met en jeu une maladie non transmissible. L'un de ces aspects est le caractère de preuve factuelle attachée à la convention-cadre. Par la qualification d'« *evidence-based treaty* », les *amici*, l'État et même le tribunal comprenaient que les dispositions du traité et les lignes directrices de sa mise en œuvre ont été adoptées à la suite de nombreuses études sur la nuisance du tabac et l'efficacité des mesures prescrites. C'est pourquoi le traité est considéré en lui-même comme une preuve factuelle que peut présenter un État pauvre comme l'Uruguay, ce qui le dispensera d'engager des études scientifiques coûteuses pour soutenir sa défense.¹³⁸²

Cela dit, il reste que cette réserve n'enlève pas d'intérêt aux conclusions qui suivront pour la raison ci-après. Outre le fait que le caractère « *evidence-based* » est intimement lié à la nature des mesures adoptées et à la particularité du cas, ce n'est pas seulement cet aspect qui a déterminé la décision du tribunal dans l'affaire *Philip Morris*¹³⁸³. Tel qu'il a été expliqué et compris plus haut, le caractère « *evidence-based* » de la convention-cadre est l'un des éléments de la démonstration de la manière raisonnable par laquelle l'État défendeur a justifié son comportement. C'est la démarche d'ensemble par laquelle l'État a fait la preuve de sa bonne

¹³⁸⁰ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No.ARB/10/7, Award, 8 July 2016, op. cit.*, para. 401.

¹³⁸¹ *Ibid.*, para. 401, 420.

¹³⁸² *Ibid.*, para. 396.

¹³⁸³ Voir généralement para.390-396.

foi et du *due process* qui fait le caractère raisonnable du comportement étatique ayant emporté la conviction du tribunal. Une rapide analyse comparative des emplois des conventions internationales dans des affaires relatives à la santé et à l'environnement permet de relever la particularité de cette relation entre les éléments du caractère raisonnable attendu du comportement étatique. Parmi les affaires *SPP* (Rejet de l'invocation de la Convention UNESCO), *S.D Myers* (le tribunal rejette l'invocation par l'État canadien de la Convention de Bale) et *Chemtura*, seule la dernière se rapproche de la solution *Philip Morris* du point de vue du résultat.

Dans l'affaire dite des Pyramides qui n'était pas fondée sur un traité d'investissement, mais sur un contrat, l'État égyptien annulait un projet d'aménagement et de valorisation commerciale de site touristique parce que s'y trouvaient des antiquités à protéger. Dans sa défense, l'État invoquait les obligations découlant de la convention de l'UNESCO du 16 novembre 1972 sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel. Le tribunal rejetait cette défense pour une raison principale qui témoigne du fait que le poids de la convention à lui seul n'est pas une condition suffisante en l'absence d'une manière raisonnable manifestant le « *due process* ». Elle tient au fait que la procédure de la Convention UNESCO en question permet à l'État de choisir le lieu à classer comme patrimoine culturel. Même si le Comité du patrimoine culturel de l'UNESCO prenait une décision qui s'imposait quant au classement d'un site, le choix du site n'était pas imposé à l'Égypte. Or, la décision des autorités égyptiennes relative au changement du site du projet d'investissement était antérieure à l'entrée en vigueur de la convention vis-à-vis de l'Égypte et à la date de l'acceptation par le Comité du patrimoine mondial de l'UNESCO du choix du site opéré par l'État¹³⁸⁴.

Dans l'affaire *S.D. Myers*, l'État canadien interdisait le transport transfrontière de déchets dangereux par S.D. Myers, une entreprise américaine, pour leur traitement et leur élimination aux États-Unis. Dans sa défense, l'État canadien argumentait que sa décision était prise en réponse à ses obligations en tant qu'État partie à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Mais le tribunal n'a pas été convaincu que la décision de l'État reposait sur les engagements pris vis-à-vis de la Convention. Il a au contraire estimé que les preuves montraient une volonté des autorités canadiennes de préférer un traitement des déchets en question au Canada et par des Canadiens

¹³⁸⁴ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, para. 154.

à un traitement par l'investisseur étranger¹³⁸⁵. Il se fondait sur l'analyse des éléments du processus de prise de la mesure qui révélait que la décision a été prise par le ministre malgré de nombreux avis contraires des acteurs intervenant dans le processus. Le comportement de l'État n'était pas *a priori* justifié, indépendamment du souci de respect des obligations conventionnelles.

Enfin, dans l'affaire *Chemtura*, plus proche de l'affaire *Philip Morris*, le poids accordé aux obligations découlant du Protocole d'Aarhus sur les polluants organiques persistants adopté en 1998 à la suite de la Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (1979) est allé de pair avec une démarche d'ensemble raisonnable de l'État. Le tribunal constatait que l'investisseur, sans l'affirmer explicitement, remettait en cause la bonne foi de l'État canadien dans l'adoption de la mesure d'interdiction de l'usage du lindane dans la culture du canola utilisé dans la fabrication de l'huile de canola¹³⁸⁶. L'État se défendait en montrant que c'est à la suite d'une démarche de vérification scientifique de la nocivité du lindane sur la santé qu'il avait adopté sa décision. L'invocation de la convention visait à établir cette bonne foi qui devait être accompagnée de la « *due process* »¹³⁸⁷.

On le voit bien, la démarche qui découle d'une vue d'ensemble de ces cas tend à montrer que les études scientifiques quelque importance qu'on leur accorde s'inscrivent dans une recherche du caractère raisonnable du comportement étatique et n'épuisent pas cette dernière qualification. Cette compréhension rend possible l'application de la méthodologie aux traités de protection des droits de l'homme.

2. L'application de la méthodologie aux traités de protection des droits sociaux

Au regard des considérations précédentes, on peut affirmer que les traités de protection des droits sociaux qui sont jusqu'à présent invoqués sans succès sous l'angle du droit applicable peuvent trouver une utilité ou une effectivité probatoire en tant que référence de base ou mesure du caractère raisonnable du comportement étatique.

¹³⁸⁵ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Partial Award, 13 November 2000*, para. 161-195.

¹³⁸⁶ *Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award, 2 August 2010, op. cit.*, para. 137.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, para. 148, 162.

Ces traités sont adoptés dans un cadre multilatéral (l'ONU, l'OIT ou les organisations régionales). Par exemple, le PIDESC rassemble 171 États parties. Le Comité des droits économiques et sociaux examine périodiquement les rapports pays et formule des recommandations. La régularité d'un État dans le respect de ces obligations de production de rapport peut contribuer à établir son comportement normal d'une pratique de mise en œuvre constante (par cet État) des droits sociaux qui doit être prise en compte par l'investisseur qui s'établit sur son territoire. La satisfaction de cette obligation de production régulière des rapports ainsi que la démonstration du suivi des recommandations devraient permettre de faire admettre l'existence d'un cadre réglementaire de promotion et de promotion des droits sociaux dont l'investisseur est supposé être averti et qui devrait être pris en compte dans l'appréciation de ses attentes légitimes. Il ne sera pas exclu que plusieurs rapports de différents organes de traités généraux ou spéciaux ayant explicitement ou non pour objet la protection des droits sociaux soient combinés.

Dans cette perspective, les États pourront bénéficier de l'expertise des *amici curiae*. Il convient à ce propos de rappeler la contribution des *amici* dans la précision de la charge de la preuve dans l'affaire *Methanex*. Cette expertise avait été plus que déterminante dans la défense de l'Uruguay. On ne peut que remarquer la caution accordée aux institutions internationales (l'OMS et le PAHO) dont la participation à la procédure justifie le commentaire qu'on s'autorise ici. L'État suivi par le tribunal n'avait pas manqué de s'y appuyer pour soutenir son argumentation¹³⁸⁸. Alors que la défense de l'Uruguay était générale et se fondait essentiellement sur des preuves scientifiques, l'intervention des *amici* l'a réorientée autour de la convention-cadre et de sa mise en œuvre. Ce sont eux qui l'ont d'abord présentée, comme une référence ou encore une preuve factuelle ou un traité basé sur des preuves (« *evidence-based treaty* »¹³⁸⁹), avant que cette expression ne soit reprise par le tribunal¹³⁹⁰ lorsqu'il montrait le lien de connexité entre l'objectif poursuivi de la protection de la santé publique et l'utilité des mesures adoptées¹³⁹¹. Ces institutions relevaient également la constance de l'Uruguay dans sa participation active à la mise en œuvre et à la promotion de la mise en œuvre de la réglementation internationale du contrôle du tabac. Cela n'a pas échappé à l'attention du

¹³⁸⁸ *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No.ARB/10/7, Award, 8 July 2016, *op. cit.*, para. 135ss ; 360ss.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, para. 87.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, para. 394, 396.

¹³⁹¹ *Ibid.*, para. 391.

tribunal¹³⁹². Partant, les associations et les organisations non gouvernementales ou intergouvernementales ayant la défense des droits sociaux dans l'objet de leurs statuts ou traités peuvent apporter leur soutien à l'État sous divers angles : montrer le caractère « *evidence-based* » du traité, appuyer le lien entre les engagements étatiques et les mesures prises, faire la preuve de la pratique constante de l'État...

En somme, c'est dans cette perspective que les traités de protection des droits de l'homme peuvent servir utilement à la défense des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement. Souvent ignorés ou disqualifiés en tant que droit applicable, ils retrouveront sur le terrain probatoire une fonction insoupçonnée dans la protection des droits sociaux. L'assurance quant au principe de leur acceptation dans cette fonction probatoire repose sur l'amenuisement dans ce contexte des raisons qui s'opposaient à leur invocation en tant que droit applicable¹³⁹³. Concernant notamment la formation académique des arbitres, la preuve est une question factuelle livrée au constat des arbitres. Une connaissance minimale du droit interne ou international des droits de l'Homme suffit amplement à la tâche. Ce qui est attendu des tribunaux est le constat de la pratique des droits sociaux par l'État partie au différend, cette pratique étant antérieurement appréciée par les organes de surveillance des traités de protection des droits de l'Homme auxquels l'État est partie. Cette voie nous paraît d'ailleurs la meilleure pour tenter une familiarisation de l'analyse des droits de l'Homme par les tribunaux.

Conclusion de la section

Au terme de cette deuxième section, l'affirmation selon laquelle les traités de protection des droits de l'homme ou plus précisément la pratique de ces traités peuvent avoir une utilité probatoire au service de la défense des arguments de protection des droits sociaux est bien acceptable sur le plan de l'analyse juridique contentieuse. Elle met l'État défendeur face à un double défi : celui de la pratique interne des traités de protection des droits de l'Homme par des politiques cohérentes et constantes manifestant un comportement raisonnable aux yeux des tribunaux et celui de rapporter la preuve de cette pratique. À cet effet, l'idée d'invoquer cet argument dans le cours de la procédure sera déterminante pour avoir une analyse des tribunaux sur ce point.

¹³⁹² *Ibid.*, para. 393.

¹³⁹³ HIRCH M., « Investments Tribunals and Human rights: Divergent Paths », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 97-114.

Conclusion du chapitre

Deux hypothèses complémentaires ont trouvé confirmation tout au long de ce chapitre. La première renferme l'idée que les règles et la pratique du droit de la preuve peuvent être exploitées en faveur de la protection de l'intérêt général social. Elle permet de confirmer que la protection contentieuse des droits sociaux peut être réalisée indirectement à travers celle de l'intérêt général social. La deuxième hypothèse confirmée affirme que la pratique des traités de protection des droits de l'homme par les États peut avoir une utilité probatoire dans la défense de l'intérêt général social.

Ainsi, la portée de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux droits sociaux peut être renforcée grâce à l'utilité probatoire de la pratique des droits sociaux. Toujours dans le cadre du contentieux arbitral relatif aux droits sociaux, cette pratique peut également servir à rechercher la responsabilité de l'investisseur pour atteinte aux droits sociaux.

CHAPITRE 8. LA PRATIQUE ÉTATIQUE AU SOUTIEN DE L'EFFECTIVITÉ SUBSTANTIELLE DES DROITS SOCIAUX

Dans les chapitres précédents, le fait de socialisation a été positivement présenté, avec la réserve tenant à l'incertitude de l'effet de la socialisation dans la pratique. Un aspect important de cette limite réside dans la problématique de la responsabilité de l'investisseur pour atteinte aux droits sociaux.

Face aux limites du droit international en matière de responsabilité des entreprises multinationales pour violations de droits de l'homme¹³⁹⁴, les États adoptent de plus en plus des réglementations sur la responsabilité juridique des entreprises multinationales¹³⁹⁵. L'intérêt de ces initiatives est double. Grâce, à la détermination de certaines ONG de défense des droits de l'Homme et de l'environnement, elles pallient les carences du droit international sur ce point tout en palliant l'inaction ou des faiblesses judiciaires de certains États hôtes de l'investisseur. Toutefois, les mécanismes procéduraux de la responsabilité sociale présentent toujours l'inconvénient de ne pas faciliter l'accès des titulaires de droits au forum juridictionnel compétent et pertinent. En outre, concernant la responsabilité première de l'État dans la prévention et la sanction des atteintes de droits de l'Homme par les tiers, ces mécanismes ne sont pas toujours adaptés à la situation des États qui peuvent craindre des réclamations sur le fondement d'un traité d'investissement de la part de l'investisseur poursuivi devant les juridictions nationales de l'État d'accueil.

Le recours de plus en plus récurrent aux demandes reconventionnelles formulées par les États montre que l'arbitrage d'investissement est aussi un forum adapté à des réclamations contre l'investisseur. Ce constat soulève alors la question de savoir si ces réclamations peuvent concerner des atteintes portées aux droits sociaux. La réponse affirmative est possible, mais elle appelle des considérations relatives à la compétence et au droit applicable qui ne peuvent être

¹³⁹⁴ Voir le projet de traité sur la responsabilité des entreprises. Le Conseil des droits de l'homme a adopté en 2017 la Résolution 26/9 (Résolution A/HRC/RES/26/9) intitulé « Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises commerciales en matière de droits humains ». Cette résolution a mis en place un groupe de travail chargé de l'élaboration de l'instrument dont des versions sont déjà soumises à discussion.

¹³⁹⁵ Voir par exemple en France (*Loi n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des des entreprises donneuses d'ordre a été adoptée le 21 février 2017*), en Angleterre (*Modern Slavery Act 2015, 26 March 2015*), en Allemagne (*Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains, 11 June 2021*) ou en Australie (*Modern Slavery Act 2018 (Act No. 153, 2018)*).

approchées qu'au cas par cas en raison de la spécificité de chaque accord d'investissement. C'est pourquoi il est préférable de partir de l'état de la question dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. Il s'agit de se demander s'il existe des moyens de renforcer la responsabilité de l'investisseur en matière de droits sociaux à travers l'arbitrage d'investissement. En partant de la pratique arbitrale, une réponse positive peut être affirmée. Elle s'appuie sur les solutions actuelles du traitement du comportement de l'investisseur et reste sujette à une approche casuistique. D'une part, ces solutions servent de point de départ pour approfondir la question de la responsabilité de l'investisseur. Elles ne suffisent pas à consacrer la responsabilité juridique de l'investisseur lorsque les atteintes aux droits sociaux sont concernées, mais soumises à une lecture critique. Certaines règles du traitement du comportement de l'investisseur peuvent présenter une dimension offensive pour l'investisseur. Dans une telle configuration, la pratique d'un État donné de la protection des droits sociaux est avancée comme un élément d'approfondissement des solutions actuelles, d'autre part. Toutefois, le comportement juridique d'un État n'est pertinent à cet égard que s'il révèle une pratique de protection des droits sociaux promouvant la responsabilité juridique de l'investisseur (**Section 1**). Cette qualification rend possible l'analyse de l'impact de cette pratique sur la responsabilisation juridique de l'investisseur dans le cadre du contentieux international de l'investisseur (**Section 2**).

SECTION 1. LA PRATIQUE INTERNE DE LA RESPONSABILISATION JURIDIQUE DE L'INVESTISSEUR EN MATIERE DE DROITS SOCIAUX

D'entrée de jeu, une précision s'impose. La recherche de la responsabilité de l'investisseur suppose une réponse affirmative à une question préalable : celle de savoir si l'arbitrage d'investissement est le forum adéquat pour le traitement des atteintes aux droits sociaux par l'investisseur. Certes, les tribunaux d'investissement ne sont pas des juridictions ou des organes de protection des droits de l'homme et les méthodes de traitement des réclamations sont différentes de celles des juridictions de droits de l'Homme ou des cours nationales¹³⁹⁶. Une préférence à porter les litiges devant d'autres instances est de ce point de vue

¹³⁹⁶ Voir SCHILL S.W.S., « The Impact of International Investment Law on Public Contracts », in AUDIT M. and SCHILL S.W. (ed.), *Transnational law of public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 231-258, p. 244-245; BEN HAMIDA W. et COULEE F., *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse: journée d'étude [novembre 2015, Strasbourg]*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017.

compréhensible¹³⁹⁷. La pertinence du choix n'enlève pas son intérêt à l'analyse de la possibilité de retenir la responsabilité juridique de l'investisseur devant les tribunaux d'investissement. Si elle est établie, cette responsabilité complétera utilement la protection juridictionnelle des droits sociaux en droit international des droits de l'Homme et son apport au droit international en général ne sera pas négligeable. Dès lors, la question de l'opportunité fait place à celle de la possibilité juridique de poursuivre un investisseur pour atteintes aux droits sociaux devant les tribunaux d'investissement.

À ce propos, il a été observé à juste titre que la « responsabilisation de l'investisseur et de l'investissement étrangers est une préoccupation du droit international contemporain »¹³⁹⁸. Ce constat sous-entend le problème, celui résultant de l'absence des obligations internationales imposées à l'investisseur. Dans la pratique, les tribunaux semblent manifester un effort d'adaptation à la situation, mais le traitement arbitral du comportement de l'investisseur ne permet que de relativiser faiblement le constat. Cette atténuation est presque inexistante lorsqu'il s'agit pour l'investisseur de répondre aux atteintes aux droits sociaux en raison de la rareté des obligations internationales de l'investisseur (**Paragraphe 1**). En la matière, la pratique étatique de responsabilité de l'investisseur en matière de droits sociaux se présente comme une alternative ou, au moins, comme un point de départ important (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La rareté des obligations internationales de l'investisseur

Le traitement arbitral du comportement de l'investisseur peut être présentée comme une tentative de relativiser l'affirmation de l'absence des obligations imposées à l'investisseur. En réalité, il n'emporte pas la reconnaissance d'une véritable responsabilité juridique de l'investisseur. Cet état de droit est illustré par la sanction du comportement de l'investisseur. Celle-ci correspond généralement à deux pratiques. La première est le refus de reconnaître à l'investissement ou à l'investisseur la protection offerte par l'accord d'investissement (elle sera désignée dans la suite du texte comme le déni de protection). Cette sanction est généralement appliquée au comportement de l'investisseur touchant à la compétence du tribunal à la

¹³⁹⁷ ODUMOSU-AYANU I.T., « Governments, investors and local communities: Analysis of a multi-actor investment contract framework », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 15 (2014), n° 2, p. 473-514.

¹³⁹⁸ MBENGUE M., « Les obligations des investisseurs », in SFDI (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2017, p. 295-337, p. 305.

recevabilité de la demande ¹³⁹⁹. La seconde consiste à évaluer la part du comportement de l'investisseur dans la commission par l'État des violations de l'accord d'investissement et à réduire l'indemnisation due par l'État en concurrence de la contribution de l'investisseur. Elle est donc appliquée au stade du fond.

Si ces sanctions entraînent des pertes pour l'investisseur, elles ne sont pas la conséquence de la violation d'obligations internationales. L'analyse de la pratique arbitrale permet de l'affirmer et, même dans l'hypothèse contraire, les obligations de base ne sont pas des obligations sociales internationales. Pour rendre compte de tout cela, la présentation combinera un aperçu de la pratique des tribunaux et de la discussion doctrinale autour du traitement arbitral du comportement de l'investisseur. Les conclusions tirées se résument en deux points. D'abord, la sanction du comportement répréhensible de l'investisseur ne manifeste pas l'existence d'une véritable obligation internationale imposée à l'investisseur (**A**). Ensuite, mis à part quelques rares obligations conventionnelles dans certains traités récents¹⁴⁰⁰, il est difficile d'affirmer la présence d'obligations internationales de l'investisseur découlant d'autres sources du droit international (**B**).

A. La sanction du comportement de l'investisseur

L'analyse de la sanction de l'investisseur suit les deux types de sanctions mentionnées plus haut. Ceux-ci se distinguent selon que le comportement de l'investisseur est tenu au stade de l'admission de l'investissement ou dans la phase d'opération de l'investissement.

Dans un premier temps, la sanction vise le comportement de l'investisseur au moment de l'admission de l'investissement. Lorsque la question du comportement de l'investisseur est soulevée au cours d'une procédure arbitrale, il est courant qu'elle soit restreinte à une question préliminaire. Elle est alors traitée à l'occasion des objections relatives à la légalité de l'investissement¹⁴⁰¹, soit comme une question de compétence du tribunal arbitral soit comme

¹³⁹⁹ NEWCOMBE A., « Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? », in BROWN C. and MILES K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 187-200, p. 189; KALICKI D., EVSEEV J. and SILBERMAN M., « Legality of Investment », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2015, p. 127-139.

¹⁴⁰⁰ Voir le chapitre 2 de cette thèse.

¹⁴⁰¹ Voir la légalité de l'investissement : KRIEBAUM U., « illégal Investment », in KLAUSEGGER C. and DE BERTI G., *Austrian yearbook on international arbitration 2010*, 2010., p.305-335; MOLOO R. and KHACHATURIAN A.,

une question de recevabilité de la demande de l'investisseur¹⁴⁰². Le sort d'une réclamation qui est utilement contestée au stade de la compétence ou de la recevabilité est son rejet. L'investisseur se voit refuser la protection de l'accord d'investissement.

Cette sanction, malgré son mérite, appelle une observation critique lorsqu'on l'applique à l'hypothèse de comportement qui porte atteinte aux droits sociaux. Elle n'est pas de nature à prévenir ou à sanctionner des atteintes à ces droits. La contestation de la légalité ne présente d'intérêt pour la protection des droits sociaux que lorsqu'elle peut englober la conduite de l'investisseur au cours de l'opération de l'investissement. L'atteinte aux droits sociaux au stade de l'admission est peu probable. Cette probabilité est en revanche très élevée lorsque l'investisseur mène son activité d'investissement.

C'est pourquoi il est ici proposé de faire une distinction entre la légalité de l'investissement et la clause de conformité au droit local qui n'est pas expressément exclue par la pratique des tribunaux d'investissement. Une telle distinction permet de rattacher l'obligation de conformité au droit local à la phase post-admission ou post-établissement et de la considérer comme une obligation post-admission comme le plaident souvent les États¹⁴⁰³.

La distinction conduit à dire que l'obligation de conformité au droit local inclut et dépasse l'exigence de la légalité de l'investissement. Une telle distinction suppose d'établir le critère de distinction. Ce critère pourrait s'appuyer sur une partie de la jurisprudence arbitrale (à défaut d'une tendance uniforme sur la question¹⁴⁰⁴). Certains tribunaux considèrent qu'indépendamment de l'existence d'une clause relative à la légalité de l'investissement ou à la conformité de l'investissement au droit local, il existe une exigence de rendre

« The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 34 (septembre 2011), p. 1473-1501.; SCHILL S.W., « Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (2012), n° 2, p. 281-323; DOUGLAS Z., « The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29 (2014), n° 1, p. 155-186; Reinisch A., « Jurisdiction and Admissibility in International Investment Law », in GATTINI A., TANZI A. and FONTANELLI F., *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill, 2018, 147 ss.

¹⁴⁰² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, 27 August 2008, para. 146; *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016, para. 507.

¹⁴⁰³ Voir OBERSTEINER T., « In Accordance with Domestic Law Clauses »: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors? », *Journal of International Arbitration*, (2014), n° 2, p. 265-288, spéc. p. 276.

¹⁴⁰⁴ Voir DUMBERRY P., « State of Confusion: The Doctrine of 'Clean Hands' in Investment Arbitration After the Yukos Award », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 17 (2016), n° 2, p. 229-259.

l'investissement conforme au droit local au moment de l'admission ou de l'établissement. Cette exigence peut être tirée de l'ordre public international ou des principes généraux de droit¹⁴⁰⁵. Suivant ces tribunaux, le fait que le traité d'investissement (entre la France et l'Argentine) « mentionne ou non l'exigence que l'investisseur agisse conformément à la législation interne ne constitue pas un facteur pertinent. La condition de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique est une condition tacite, propre à tout APRI, car en tout état de cause, il est incompréhensible qu'un État offre le bénéfice de la protection par un arbitrage d'investissement si l'investisseur, pour obtenir cette protection, a agi à l'encontre du droit ». Dans l'affaire *Phoenix*, le tribunal a même affirmé que l'exigence était implicite dans la définition objective de l'investissement de l'article 25 CIRDI¹⁴⁰⁶. Dès lors, indépendamment de l'existence d'une disposition conventionnelle sur la légalité de l'investissement, la question de la conformité au droit local se confond le plus souvent avec celle de l'existence de l'investissement¹⁴⁰⁷ (nous y reviendrons).

Même s'il est supposé des atteintes aux droits sociaux au moment de l'admission, la contestation de la légalité de l'investissement en vue de faire sanctionner ces atteintes aux droits sociaux n'est pas certaine dans la mesure où la place de ces droits dans les moyens juridiques utilisés (le recours à l'ordre public international ou aux principes généraux de droit) n'est pas évidente. Ces moyens peuvent englober de façon certaine les situations où l'investissement poursuit un but illicite comme l'esclavage ou vise la production d'objets nuisibles à la santé ou à la vie des populations.

En effet, lorsque la légalité est explicitement requise par le traité d'investissement, l'interprétation des tribunaux tend à ne pas inclure d'autres lois nationales que celles relatives à la constitution formelle du véhicule de l'investissement¹⁴⁰⁸. Avec une lecture (des dispositions conventionnelles) protectrice de l'investissement, certains tribunaux semblent convenir que les

¹⁴⁰⁵ *Saur International S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012, para. 308 ; Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 123-124.*

¹⁴⁰⁶ *Phoenix Action LTD. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para 114.*

¹⁴⁰⁷ DOUGLAS Z., « The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration », *op. cit.*, p. 155-186, spéc. p. 178-179. Dans cette même veine, il est soutenu qu'il désormais largement accepté que le droit international des investissements contient une exigence explicite de la légalité de l'investissement qui s'applique indépendamment des rédactions des accords (FAHNER J.H., « Assessing Investor Misconduct in Mining Disputes-Legality Requirements, Clean Hands and Contributory Fault », in KENT C.H., LALANI S., PETROCHILOS G. and ZIEGLER A.R. (eds.), *Social license and dispute resolution in the extractive industries*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021, p. 50-81, spéc. p. 77).

¹⁴⁰⁸ *Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2006, para. 119-120.*

violations d'autres lois même au stade de l'admission relèvent du pouvoir de sanction interne de l'État : « (i) *n the event that an investor breaches a requirement of domestic law, a host State can take appropriate action against such investor within the framework of its domestic legislation* »¹⁴⁰⁹. Ainsi, la pratique montre que les cas dans lesquels les tribunaux ont admis l'argument sur la légalité de l'investissement sont restreints aux allégations de fraude et de corruption ; « beaucoup de sentences considérant par exemple que si l'État a poursuivi l'exécution du contrat, il a d'une certaine manière renoncé à alléguer cette violation, sans parler de l'*estoppel* ou du caractère mineur de la violation de la réglementation de l'investissement qui a pu être invoqué par certaines sentences »¹⁴¹⁰.

Dans un second temps, lorsque le comportement de l'investisseur n'est pas rattachable à l'admission de l'investissement (suivant l'argument du défendeur ou la requalification en argument de fond opéré par les tribunaux¹⁴¹¹), sa sanction est différente. Elle concerne l'évaluation de la responsabilité de l'investisseur lorsque le comportement de celui-ci entretient indirectement un lien de causalité avec le dommage dont il a souffert du fait de la réaction de l'État. L'évaluation de cette responsabilité peut conduire à réduire la responsabilité de l'État ou à réduire la compensation due par l'État. La première option est seulement postulée et est appliquée rarement. Dans le cas échéant, la prise en compte simultanée du comportement raisonnable de l'État et de la conduite répréhensible de l'investisseur s'avère un facteur d'atténuation de la responsabilité de l'État. Les mesures étatiques prises pour défendre les droits des populations locales se présentent de façon évidente comme un exercice normal des compétences étatiques. Dans le cas d'une expropriation, on se rapproche la version non exceptionnelle des *police powers* de l'État défendue plus haut. Dans l'affaire *South American Silver*, le tribunal a pris en considération le comportement de l'investisseur dans l'analyse du

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, para. 119; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Award, 18 July 2014, para. 1355.

¹⁴¹⁰ Commentaire de Eric Teynier dans BANIFATEMI Y. and GAILLARD E. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration: LAI Conference Paris*, Huntington, JurisNet, 2018, p. 192-193. Voir par exemple *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, para. 226.

¹⁴¹¹ Dans les affaires *South American Bolivia* et *Mesa Copper*, Les États défendeurs ont échoué à faire de l'argument de non-respect par l'investisseur de la licence sociale pour opérer (du fait des atteintes portées aux droits des communautés locales) une question de compétence ou de recevabilité ; le tribunal ayant renvoyé l'analyse au fond (*Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, *op. cit.*, para. 5.65 ; *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian*, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, para. 470).

comportement étatique pour constater la présence d'un intérêt public et d'une procédure légale de nature à conduire à la qualification d'une expropriation légale¹⁴¹².

Le plus souvent, les tribunaux font le choix de la réduction de la compensation en se fondant sur l'article 39 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁴¹³ et en suivant le traitement de l'intervention de la victime en droit de la responsabilité internationale. L'explication de cette pratique réside dans l'absence de violation par l'investisseur d'une obligation de droit international. L'investisseur a seulement contribué à son propre préjudice et l'arbitre détient un large pouvoir d'appréciation pour évaluer la part de la contribution au préjudice. Le Comité *ad hoc* dans l'affaire *MTD* l'explique ainsi : « *As is often the case with situations of comparative faults, the role of the two parties contributing to the loss was very different and only with difficulty commensurable, and the Tribunal had a corresponding margin of estimation. Furthermore, in an investment treaty claim where contribution is relevant, the respondent's breach will normally be regulatory in character whereas the claimant's conduct will be different, a failure to safeguard its own interests rather than a breach of a duty owed to the host state* »¹⁴¹⁴. En d'autres termes, lorsque l'État prend des mesures pour mettre fin aux atteintes portées par l'investisseur aux droits des populations (comme dans l'affaire *Bear Creek* ou l'affaire *Copper Mesa*), il est peu probable que sa responsabilité au regard d'un accord d'investissement soit exclue¹⁴¹⁵. La reconnaissance éventuelle de la contribution de l'investisseur à l'avènement du fait illicite de l'État pourra seulement conduire à réduire le montant de la réparation dû à l'investisseur. L'investisseur est sanctionné pour avoir occasionné le risque de l'atteinte portée à son propre investissement¹⁴¹⁶.

¹⁴¹² *South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018*, para. 552-586.

¹⁴¹³ « Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée. » (39 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite)

¹⁴¹⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004*, para. 101.

¹⁴¹⁵ Voir WILLIAMS Z.P., « Investor-State Arbitration in the Extractive Industries », in SACHS L., JOHNSON L. and COLEMAN J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2017*, Kettering, Oxford University Press, 2019, p. 206-228. Par analogie, dans l'affaire *Yukos*, le tribunal a reconnu que la tentative d'évasion fiscale orchestrée par l'investisseur justifiait en partie la réaction de l'État, il a considéré que comportement a contribué à l'avènement de la violation de l'accord d'investissement par l'État et a estimé cette contribution à 25% du total du dommage souffert par l'investisseur (*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Award, 18 July 2014, op. cit.*, para. 1614-1615, 1837)

¹⁴¹⁶ Par exemple dans l'affaire *Copper Mesa*, le tribunal minimisait les allégations sur le comportement de l'investisseur en les réduisant à une perte de chances de réussite économique : « by the acts of its agents in Ecuador, the Claimant had substantially reduced its chances of turning it (Junin) Concessions into a commercial success » (*Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, op. cit.*, para. 6.99)

Cette focalisation sur le bien-être de la victime fait que l'article 39 n'est pas adapté à la responsabilité de l'investisseur envers la société dans laquelle il investit, car « *article 39 envisages a reduction in reparation payable by the injuring state when the victim has contributed to its own injury by conducting itself in a manner that was « wilful or negligent».* Article 39 is only concerned with acts and omissions « which manifest a lack of due care on the part of the victim of the breach for his or her own property or rights »¹⁴¹⁷.

Au contraire, l'existence de l'obligation internationale imposée à l'investisseur rend possible l'engagement de la responsabilité internationale de l'investisseur du fait de son comportement envers la société. Le nœud du problème demeure l'établissement de l'existence de l'obligation internationale de l'investisseur.

Le droit international conventionnel est de peu d'aide dans ce sens. Lorsque le traité contient une obligation s'imposant à l'investisseur (ce qui est une pratique conventionnelle bourgeonnante, on l'a déjà mentionné¹⁴¹⁸), le tribunal peut lui donner effet. Même dans ce cas, la pratique semble (ce n'est qu'une pratique débutante) consister à dénier à l'investisseur la protection du traité d'investissement. Dans une affaire qui concernait la violation du traité de l'OIC dont l'article 9 imposait explicitement une obligation à l'investisseur, le tribunal arbitral a appliqué l'obligation comme une condition de bénéfice du traité. Il a sanctionné la violation de l'article 9 commise par l'investisseur par le refus de compensation résultant de la violation du traité retenue contre l'État. Il s'agit d'un déni de protection, le droit à l'indemnisation en cas de violation du traité étant un des éléments du bénéfice du traité reconnu à l'investisseur. Il a fondé aussi le refus de compensation, après constat de violation par l'État du standard TJE, sur la doctrine des « mains propres » ; ce qui est un fondement encore discuté¹⁴¹⁹.

La situation devient complexe lorsque la source de l'obligation invoquée est problématique du point de vue des sources du droit international. La licence sociale pour opérer (*social licence to operate*) en fournit l'illustration. L'obstacle principal à son efficacité tient à

¹⁴¹⁷ HO J., « The Creation of Elusive Investor Responsibility », *AJIL Unbound*, vol. 113 (2019), p. 10-15, p. 12-13.

¹⁴¹⁸ Voir le Chapitre 2.

¹⁴¹⁹ Voir DUMBERRY P. and DUMAS-AUBIN G., « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs », in SAUVANT K.P. (ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2011-2012*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 569-600, p. 591. Ils proposent de l'inscrire dans le traité tout en la limitant à une question de recevabilité (p. 592) ; FAHNER J.H., « Assessing Investor Misconduct in Mining Disputes-Legality Requirements, Clean Hands and Contributory Fault », *op. cit.*, para. 58-62.

la source de la norme qui, en tant que telle, est restée à l'état de *Soft Law*. Dans l'affaire *Bear Creek* qui présente un cas d'opposition sociale à l'activité d'investissement ayant conduit l'État péruvien à retirer le permis d'exploitation à l'investisseur, les *amici* suivis par l'État et l'arbitre dissident ont soutenu que l'investisseur avait une obligation de rechercher et d'obtenir la licence sociale pour opérer. Renvoyant la question de l'illégalité au niveau du fond¹⁴²⁰, la majorité du tribunal n'a pas partagé cet avis¹⁴²¹. Il a, à juste titre, relevé que la Convention OIT n°169 relative aux peuples tribaux et indigènes n'imposait pas une obligation à l'investisseur, mais plutôt à l'État¹⁴²².

Le constat est fait : à l'absence d'obligations imposées à l'investisseur dans le droit conventionnel de nature à favoriser une pratique plus courante du traitement du comportement de l'investisseur, c'est le déni de protection et le traitement de la contribution au dommage qui prévalent comme sanction du comportement de l'investisseur. L'analyse des autres sources du droit international des investissements confirme ce constat.

B. L'absence d'obligations internationales non conventionnelles de l'investisseur

Parmi les sources généralement retenues du droit international des investissements, il y a, outre les accords d'investissement, le droit coutumier et les principes généraux de droit¹⁴²³. À l'analyse, ni le droit coutumier (1) ni les principes généraux du droit international (2) ne permettent de conclure affirmativement à l'existence d'obligations de l'investisseur.

¹⁴²⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, para 324.

¹⁴²¹ Le tribunal a lu la disposition comme imposant une obligation horizontale à l'État : il revient à l'État d'imposer à l'investisseur de rechercher la licence sociale et de s'assurer qu'il s'y est conformée. A défaut, le tribunal voit dans le soutien de l'État à la position des *amici* une sorte d'estoppel : « *Respondent, after its continuous approval and support of claimant's conduct, cannot in hindsight claim that this conduct was contrary to the ILO Convention 169 or was insufficient, and or contributed to the social unrest in the region* » (para 412).

¹⁴²² « (L) es gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités » (Article 15.2 de la Convention OIT (n°169)).

¹⁴²³ Ce sont les sources principales visées à l'article 38 du Statut de la C.I.J. Voir par exemple la distinction faite entre les sources principales et les sources subsidiaires du droit international des investissements: RADI Y., *Rules and practices of international investment law and arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 21 ss.

1. Le droit coutumier

Si l'on exclut l'idée d'une règle coutumière émergeant de la longue histoire de la responsabilité sociale des entreprises¹⁴²⁴, il est possible de soutenir que certaines normes de droit impératif imposent des obligations à l'investisseur : « *Such obligations exists in international law and can be found in certain peremptory norms of international laws. This is the case, for example, of the prohibition of slavery, and to some extent the prohibition of genocide. It is conceivable that a company could at least be complicit in each of these crimes in certain circumstances by facilitating the acquisition of machetes by a group of the population to commit genocide. In such a case, following the reasoning of the Urbaser tribunal, an arbitral tribunal seized of the matter could favourably accept such a counterclaim if the argument is advanced in connection with the investment* »¹⁴²⁵. Cette hypothèse prend en compte des situations de mauvais traitements des travailleurs qui sont assimilables à l'esclavage. Il reste que l'apport du droit coutumier est partiel (limité à des normes ayant un statut particulier) et encore théorique (une confirmation jurisprudentielle serait bienvenue). Toutefois, les normes de *jus cogens* peuvent être évoquées indirectement dans le cadre de l'ordre public international. On peut considérer que *le jus cogens* nourrit le contenu de l'ordre public international sans s'y substituer, donc sans le transformer¹⁴²⁶.

L'Association du droit international a défini l'ordre public transnational comme comprenant les « *fundamental rules of natural law, principles of universal justice, jus cogens in public international law, and the general principles of morality by what are referred to as 'civilized Nations'* »¹⁴²⁷. Il a pu être soutenu que son contenu englobant désormais les droits de l'homme, il pourrait être une source d'obligations pour les investisseurs¹⁴²⁸. Toutefois, l'ordre

¹⁴²⁴ ZERK J.A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 276 ss.

¹⁴²⁵ Voir MBENGUE M. M. and ZOUAPET A. K., « Ending the Splendid Isolation – Jus Cogens and International Economic Law », in Tladi D. (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): disquisitions and disputations*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2021, p. 509-573, spec. p. 561-562; voir aussi DUMBERRY P. and DUMAS-AUBIN G., « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs », *op. cit.*, p. 573.

¹⁴²⁶ MBENGUE M. M. and ZOUAPET A. K., « Ending the Splendid Isolation – Jus Cogens and International Economic Law », Tladi D., *Peremptory norms of general international law (jus cogens)*, *op. cit.*, p. 556.,

¹⁴²⁷ SHEPPARD A., « Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards », *Arbitration International*, vol. 19 (2003), n° 2, p. 217-248, spéc. p. 220-221.

¹⁴²⁸ MARCOUX J.-M., « Transnational Public Policy as a Vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n° 6, p. 809-846.

public international comme source des obligations de l'investisseur en matière de droits sociaux pose deux problèmes.

Le premier est l'incorporation des droits sociaux dans le contenu substantiel de l'ordre public transnational. Si l'on concède un chevauchement matériel entre l'ordre public transnational et le *jus cogens*, ce dernier informe le contenu du premier sans s'y substituer. On pourra donc compter dans le contenu social de l'ordre public transnational le respect de la dignité humaine qui est atteinte lorsque des normes de *jus cogens* ne sont pas respectées : par exemple l'interdiction de l'esclavage, du travail forcé ou encore du travail des enfants. L'ordre public transnational est généralement entendu de manière restrictive. Lorsque les tribunaux l'invoquent dans le contexte de l'illégalité de l'investissement, son contenu est rarement précisé. De fait, l'inclusion des normes comme la protection des droits fondamentaux de l'homme, la responsabilité des entreprises de respecter les droits ou encore le droit des peuples autochtones d'être consulté dans le contenu de l'ordre public international¹⁴²⁹ peut certes compter sur la dynamique évolutive de l'ordre public transnational, mais est peu fondée au regard de l'état actuel de la pratique. Le critère du consensus international utilisé pour sélectionner les normes en question peut également jouer dans le sens contraire. Par exemple, la réticence des États à imposer des obligations internationales aux investisseurs justifiant la multiplication des normes de responsabilité sociale des entreprises peut être vue comme un consensus négatif de la responsabilisation juridique internationale des investisseurs. Surtout, le contenu tel que proposé, à savoir « les violations des droits de l'homme sont contraires à l'ordre public transnational », est si large, car il vise tous les traités de protection des droits de l'homme. Finalement, si la méthode d'identification du contenu de droits de l'Homme de l'ordre public transnational est celle des principes généraux du droit international¹⁴³⁰, il serait réducteur de limiter l'effet de l'application des obligations identifiées au simple rejet de la demande de l'investisseur, alors que cet effet pourrait conduire également à rechercher la responsabilité juridique de l'investisseur.

Le second problème tient à la fonction de l'ordre public transnational et à sa transposition en arbitrage d'investissement. On peut légitimement se demander si la fonction de l'ordre public transnational dans l'arbitrage commercial international se justifie dans l'arbitrage fondé sur le traité, du moins si l'on considère que l'arbitrage d'investissement fondé

¹⁴²⁹ *Ibid.*, p. 812-813.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 823.

sur le traité d'investissement relève du droit international public¹⁴³¹. Relativement aux droits sociaux, si le recours à l'ordre public transnational consiste à l'élever comme un bouclier contre les réclamations de l'investisseur (et dont l'effet serait la déclinaison négative de compétence par le tribunal ou l'irrecevabilité de la demande)¹⁴³², son intérêt pratique est limité. Les atteintes aux droits sociaux se réalisent souvent au cours de l'opération d'investissement. Même à supposer que la conduite de l'investisseur dans la phase de l'opération puisse conduire au rejet des réclamations de l'investisseur, la conclusion elle-même suppose l'établissement des atteintes portées aux droits sociaux, ce qui n'a rien d'évident pour un tribunal.

Pour toutes ces raisons, l'imposition des obligations sociales à l'investisseur par le biais de l'ordre public transnational n'est pas convaincante et pertinente¹⁴³³.

2. *Les principes généraux du droit international*

Concernant les principes généraux du droit, il est difficile d'y trouver une obligation qui s'impose à l'investisseur. On peut légitimement se demander si les instruments de la responsabilité sociale des entreprises servent de contenu à un nouveau principe général de droit. En partant du principe de la bonne foi, des instruments de la responsabilité sociale des entreprises ainsi que de l'ensemble de ses considérations ci-dessus (clause de conformité, licence sociale), une réponse ambiguë a été donnée. Elle soutient que « *the case can be made that foreign investors are legally expected to comply with a minimum due diligence/duty of care standard which is made up of amalgamate of binding and non-binding international instruments on corporate conduct and international human rights* »¹⁴³⁴. Une telle réponse n'est

¹⁴³¹ DE BRABANDERE E., « The (Ir) relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (15 décembre 2020), n° 6, p. 847-866, spéc. p. 854.

¹⁴³² MARCOUX J.-M., « Transnational Public Policy as a Vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration », *op. cit.*, p. 817.

¹⁴³³ Toute autre est la question d'un ordre public propre au droit international public dont le contenu et la fonction sont difficiles à préciser. Voir PRODROMOU Z., *The public order exception in international trade, investment, human rights and commercial disputes*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020. p. 19, notamment « *Different approaches have been advanced in this connection suggesting, inter alia, that (proper) international public order rules: (a) take priority over the remainder of international public order rules, (b) should be generally respected, (c) render any acts in breach thereof, as well as any situations flowing from any such breaches non-recognizable/enforceable, and (d) create a legitimate interest to each member of the international community to take action against breaches thereof* » (p. 19).

¹⁴³⁴ « *The case can be made that the principle of due diligence accompanies an obligation in statu nascendi, composed of a continuous interaction between international law and domestic legal systems* » (CHIUSI L., « Corporate Human Rights Due Diligence : from the Process to the Principle », in BUSCEMI M., LAZZERINI N., MAGI L. and RUSSO D. (eds.), *Legal sources in business and human rights: evolving dynamics in international*

pas éloignée de la position du rapporteur spécial John Ruggie qui a identifié une responsabilité pour l'entreprise multinationale de respecter les droits de l'homme, tout en prenant le soin de préciser qu'il ne s'agit pas d'une obligation juridique. Si un tel principe prend la forme d'une « *obligation in statu nascendi* », encore faudra-t-il qu'un juge ou un tribunal le découvre ou l'applique. À cet égard, on peut se demander si les tribunaux *Urbaser* et *Aven* n'ont pas jeté de la poudre aux yeux des impatients de la reconnaissance de la responsabilité juridique de l'investisseur.

Il est encore possible d'observer que l'obligation de *due diligence* que les tribunaux dérivent des attentes légitimes de l'investisseur pourrait servir de fondement pour une demande reconventionnelle de l'investisseur et l'engagement de la responsabilité de l'investisseur¹⁴³⁵. Une telle obligation peut être interprétée à la lumière des normes de la responsabilité sociale des entreprises. Les principes de John Ruggie imposent une obligation de *due diligence* dans la conduite de leurs activités aux entreprises¹⁴³⁶. Il y a cependant de la précipitation dans une telle affirmation. La *due diligence* dans l'appréciation du TJE ne nous paraît pas pouvoir être érigée en une obligation autonome pouvant entraîner la responsabilité de l'investisseur. Dans la pratique des tribunaux, elle apparaît seulement comme un élément définitionnel ou une condition de bénéfice des attentes raisonnables. En ce sens, et s'agissant de la protection des droits sociaux, son contenu n'est pas d'abord orienté vers la responsabilité de l'investisseur envers la société dans laquelle il a investi, il est plutôt fondé sur le souci de la protection de l'investisseur. S'agissant d'une création jurisprudentielle, la *due diligence* dans l'appréciation du TJE est susceptible d'évolution pour une appréhension plus large englobant le souci de la protection des droits sociaux. À défaut de développement conventionnel, cette évolution va dépendre de la condition que les États formulent des arguments dans le sens de l'élargissement de son contenu et de la conséquence de son non-respect, c'est-à-dire au-delà du refus par le tribunal de retenir une violation du TJE par l'État.

and European law, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2020, p. 11-30, spéc. p. 28. Pour un développement plus poussé de la suggestion : CURZI L.C., *General principles for business and human rights in international law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2020.

¹⁴³⁵ Rajput A., « Due Diligence in International Investment Law: From the Law of Aliens to Responsible Investment », in Baade B (ed.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 273-287, spéc. p. 282.

¹⁴³⁶ « The general duty of due diligence would inevitably encompass human rights due diligence wherever appropriate and necessary. The Ruggie Principles, despite being non-binding, play a prominent role in substantiating the obligation of foreign investors to conduct due diligence before investing and during the life of the investment » (*Ibid.*, p. 283).

Ainsi, le résultat de l'analyse des principes généraux de droit confirme la difficulté à affirmer l'existence d'obligations internationales imposées par les deux sources non conventionnelles à l'investisseur.

Au final, la difficulté à soutenir une affirmation générale de la responsabilité juridique de l'investisseur manifeste en droit international des investissements une réticence des États à imposer des obligations aux acteurs économiques privés. Les négociations autour du projet de traité sur la responsabilité des entreprises en sont un exemple. Une approche générale est dès lors décevante. Le constat de la divergence des États appelle une approche casuistique de l'identification de la responsabilité de l'investisseur en droit international. Le point de départ est dans ce cas la pratique interne des États en matière de responsabilisation juridique de l'investisseur.

Paragraphe 2. Les obligations sociales nationales de l'investisseur

L'absence d'obligations internationales de l'investisseur ne signifie que l'investisseur n'est soumis à aucune obligation en droit des investissements : des obligations peuvent lui être imposées en dehors des sources du droit international. C'est dans la pratique étatique de la protection des droits sociaux qu'il faudra alors rechercher les obligations de l'investisseur en matière de droits sociaux. Dans son Observation générale n°24, le CODESC détaille les éléments de mise en œuvre de l'obligation de protéger de l'État en matière de droits sociaux: de « l'obligation de protéger découle un devoir positif d'adopter un cadre juridique imposant aux entreprises d'exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme afin de détecter les risques de violation des droits garantis par le Pacte, de prévenir et d'atténuer ces risques, de faire en sorte que lesdits droits ne soient pas bafoués et de rendre compte des incidences négatives que leurs décisions et leurs opérations, ou que les décisions et opérations des entités qu'elles contrôlent peuvent avoir sur l'exercice des droits garantis par le Pacte ou auxquelles elles peuvent contribuer »¹⁴³⁷. Une pratique étatique répondant à cela peut être manifeste dans l'adoption d'une loi d'investissement qui impose des obligations sociales à l'investisseur **(A)**. La mise en œuvre de la loi d'investissement peut conduire à son tour à l'imposition des obligations sociales à l'investisseur dans les contrats d'investissement conclus par l'État **(B)**.

¹⁴³⁷ Para. 16.

A. Les obligations sociales de l'investisseur dans les lois nationales

Les lois d'investissement sont certainement les premiers instruments du cadre matériel d'investissement auxquels les investisseurs se réfèrent pour réaliser leurs investissements (création d'une société de droit local dans un secteur extractif par exemple), avant même les traités d'investissement. Pendant longtemps, l'intérêt pour ces codes d'investissement s'est cristallisé autour des avantages accordés aux investisseurs et dictés par le souci de rendre attractif le droit national. Les dispositions de ces codes ont alors appliqué une politique d'incitation à travers des facilités fiscales et sociales répondant à la théorie « *race to the bottom* ». En conséquence, la place des droits sociaux et des aspects non économiques faisait l'objet de peu de considération dans le contenu des lois nationales. Bien que certaines lois anciennes contiennent cependant des dispositions sur des aspects sociaux, c'est à la faveur de la révision des codes d'investissement que la dimension sociale a été pleinement intégrée dans ces lois nationales. Ce caractère récent explique que des codes d'investissement relativement datés soient encore silencieux sur la question¹⁴³⁸, quoique cette même affirmation reste aussi valable pour des législations plus récentes¹⁴³⁹.

Le développement de considérations sociales dans les lois d'investissement est d'abord manifeste dans les objectifs qui poursuivent la concrétisation du développement durable¹⁴⁴⁰ ou

¹⁴³⁸ Les codes suivants n'évoquent pas les droits sociaux ni d'autres aspects sociaux comme l'environnement : *Kenyan Foreign Investments Protection Act, 1964* ; *Foreign Investment Law in the Kingdom of Saudi Arabia Royal (Decree No. M/1)* ; *Foreign Private Investment (Promotion and Protection) Act of Pakistan (Act No. XLII of 1976)* ; *Law on Investment Activities of Turkmenistan (1992)* ; *Foreign Investment Act of Trinidad and Tobago (Act No. 16 of 1990)* ; *Foreign Investment Act of Tonga (Act (No. 22 of 2002)* ; *Foreign Investment Act of the Federated States of Micronesia (Law No. 10-49 of 1997)*.

¹⁴³⁹ Voir par exemple *Foreign Investment Law of Montenegro (Official Gazette No. 18/11, 2011)* ; *Investment Code of Burundi (Law No. 1/24 of 2008)*.

¹⁴⁴⁰ La loi namibienne vise entre autres l'objectif de développement durable à travers l'attraction des investissements qui favoriseront la réalisation des buts comme la prospérité, la création d'emploi, la réduction de la pauvreté et de l'inégalité (*Namibia Investment Promotion Act (Law No. 199 of 2016)*, section 2.d). En conséquence, la section 24 de cette loi impose à l'investisseur une obligation d'employer et de former du personnel local; «*a. absorb available skills in the Namibian labour market; b. invest in human capacity development in the Namibian labour market; and c. ensure the transfer of skills to the Namibians*») «*so as to enhance the sustainability of the investment and its linkages within the Namibian economy and achieving the developmental objectives of Namibia*». L'article 5 de la loi albanaise qualifie d'intérêt public les investissements qui répondent à certaines caractéristiques dont la contribution à l'amélioration de niveau général de sécurité et de la qualité de vie des citoyens, la protection de l'environnement et des consommateurs (*Law on Strategic Investments in the Republic of Albania (2016)*, article 5. e), f)).

d'un développement social¹⁴⁴¹ ou équilibré¹⁴⁴² avec des renvois aux principes consacrés dans les constitutions nationales¹⁴⁴³. L'un des préambules les plus complets à ce propos est celui de la récente loi de l'Afrique du Sud. Son préambule fixe plusieurs objectifs dont le développement durable, l'équilibre des droits et obligations de l'investisseur, la réalisation de la politique de discrimination positive en faveur des populations historiquement défavorisées, le droit de réglementer, la responsabilité de l'État de mettre en œuvre les obligations constitutionnelles (référence précise). Tout cela engage le gouvernement sud-africain « *in respect of international law to ensure that human rights, fundamental freedoms and protection of peoples' resources are adequately protected* »¹⁴⁴⁴.

Ainsi, dans un grand nombre de cas, les règles d'investissement sont irradiées par les valeurs protégées par la Constitution¹⁴⁴⁵ et aussi par celles protégées par le droit international¹⁴⁴⁶. Concrètement, la section 3 de la Constitution sud-africaine oriente sa propre interprétation par la précision que « *(t) his Act must be interpreted and applied in a manner that is consistent with its purposes as contemplated by section; b. the Constitution including: i. the*

¹⁴⁴¹ La loi égyptienne vise également le développement durable qu'il encadre par des principes traduisant sa dimension sociale. L'article 2 précise les principes qui doivent guider la réalisation de l'investissement et dans lesquels il est mentionné la « *consideration of all aspects with social dimension, protection of environment and the public health* » (*Investment Law of Egypt (Law No. 72 of 2017)*, article 2.2).

¹⁴⁴² L'article 1 de la loi tunisienne affirme que la réalisation de son objectif de promotion de l'environnement, d'encouragement de la création d'entreprise et de leur développement selon les priorités de l'économie nationale se fera à travers, entre autres, de la « réalisation d'un développement régional intégré et équilibré » et la « réalisation d'un développement durable » (*Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement de la Tunisie*, article 1)

¹⁴⁴³ La loi de la République bolivarienne de Venezuela a pour objet de garantir non seulement l'investissement, mais aussi la souveraineté économique et contribue au bien-être du peuple, conformément à la constitution de la République Bolivarienne de Venezuela, les lois et le plan national de développement économique et social (*Loi constitutionnelle sur l'investissement étranger productif République bolivarienne de Venezuela (2017)*, article 1). Elle poursuit, entre autres, le but de veiller à ce que les investissements étrangers productifs se développent dans le respect de l'indépendance et de la souveraineté nationales, de l'intégrité du territoire, des droits de l'homme, de la protection intégrale de l'environnement et de la préservation de la vie sur la planète ainsi que celui de générer un travail décent, juste et productif (article 2.e) f) »

¹⁴⁴⁴ *South Africa Protection of Investment Act (Act No. 22 of 2015)*.

¹⁴⁴⁵ L'article 1.2 de la loi mongolienne prévoit que « *the legislations on investment shall consist of the Mongolian Constitution, the General Taxation Law, this Law and other legislative acts adopted pursuant to these laws* » (*Mongolia Law on Investment (2013)*, article 1.2). Voir également l'article 3.1 de la loi de la Biélorussie (*Law No. 53-Z of the Republic of Belarus on Investments (2013)*) dont l'article 9 impose à l'investisseur « *to observe the constitution of the Republic of Belarus and acts of legislation of the Republic of Belarus adopted in accordance therewith* ».

¹⁴⁴⁶ Le préambule de la loi du Mozambique expose le contexte et la justification de son adoption par les « *profound changes underway throughout the world in general, and in Mozambique in particular, especially those arising from the implementation of the Economic Recovery Programme and the adoption of the new Constitution of the Republic, together with the need to adopt a more open and objective economic policy which favours greater participation, complementarity and equality of treatment of national and foreign investments, have brought about the need to revise the existing legislation regarding investment matters* » (*Mozambique Law on Investment (Law No. 3/93 of 1993)*).

interpretation of the Bill of Rights contemplated in section 9 of the Constitution; ii. Customary law contemplated in section 232 of the Constitution; and iii. International law contemplated in section 233 of the Constitution; and c. any relevant convention or international agreement to which the Republic is or becomes a party». La protection des droits de l'homme qui en résultent garde l'empreinte de ces deux types de sources des droits sociaux. Lorsqu'elles prévoient la protection des droits garantis autant par la constitution que par les instruments internationaux dans la mise en œuvre de l'investissement, les lois nationales formulent l'exigence de protection de ces droits et principes en termes d'obligations, de devoirs ou de responsabilités à la charge de l'investisseur.

Ensuite, les références aux instruments internationaux sont présentes dans les dispositions des lois d'investissement et ont un lien avec les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Elles sont cependant rarement explicites¹⁴⁴⁷.

Au titre de l'illustration des références implicites aux droits sociaux, la loi iraquienne de 2006 formule l'obligation pour l'investisseur de protéger l'intégrité de l'environnement et d'adhérer aux systèmes de contrôle de qualité en vigueur en Irak et aux réglementations internationales dans le domaine d'investissement, ainsi qu'aux lois relatives à la sécurité, à la santé, à l'ordre public et aux valeurs de la société iraquienne en général. Particulièrement, elle lui impose d'« *adhere to the valid Iraqi laws regarding salaries, vacations, work, hours and conditions and others as a minimum* »¹⁴⁴⁸. Ainsi tout en engageant l'État dont les obligations

¹⁴⁴⁷ La loi guinéenne requiert des investisseurs qu'ils « se conforment aux normes internationales applicables à leurs produits, services, et environnement de travail, en ce qu'elles peuvent compléter la législation nationale » et qu'ils appliquent « les principes internationaux relatifs au droit du travail et au droit de la personne, parmi lesquels ceux issus de la norme ISO 26000 » (*Loi L/2015/No.008/AN portant code des investissements de la République de Guinée*, articles 21, 22). L'article 21 de la loi du Tadjikistan dispose que les « *relations between the investor and the workers, being citizens of the Republic of Tajikistan, are regulated by the labour legislation of the Republic of Tajikistan and is international legal acts recognized by Tajikistan* » (*The Law of the Republic of Tajikistan on Investments (2007)*, article 21). Relativement à la protection de l'environnement et de la santé publique, l'article 26.3 de la loi du Mozambique impose aux investisseurs une obligation de source nationale qui se nourrit, dans son contenu des éléments du droit international : « *those activities with levels of pollution and contamination likely to alter and negatively affect the environment or public health shall comply with restrictions established by law and/or issued by competent authorities, as well as to any rules or international agreements on such issues to which Mozambique has become a signatory* » (article 26.3). Cette prescription n'est pas éloignée de celle imposée par le Myanmar dont la loi soumet l'investisseur au respect des « *applicable law, rules, procedures and best standards practiced internationally for this investment so as not to cause damage, pollution, and loss to the natural and social environment and not to cause damage to cultural heritage* » (*Myanmar Investment Law (2016)*, article 65.g). La loi du Laos est plus explicite. Son article 73.3 formule l'obligation pour l'investisseur to « *(f)ulfill environmental obligations according to international treaties and agreements to which Lao is a party* ».

¹⁴⁴⁸ Article 14.5 et 14.6). Voir également l'article 38.2 de la loi du Sud Soudan (*The South Sudan Investment Promotion Act, 2009 (2009)*) et l'article 13.2 de la loi du Libéria (*Liberia Investment Act of 2010*) qui imposent que les contrats de travail ne prévoient pas des standards moins protecteurs que ceux des lois applicables sur le territoire de l'État.

sont orientées vers la protection et promotion de l'investisseur et de son investissement¹⁴⁴⁹, les lois nationales imposent la protection des droits sociaux ou la considération de l'intérêt général social à l'investisseur. Cela apparaît nettement dans les dispositions explicites de protection des droits sociaux.

Ces obligations sont largement consacrées aux droits des travailleurs. Les aspects les plus récurrents sont la sécurité sociale¹⁴⁵⁰, la liberté d'association¹⁴⁵¹, l'interdiction du travail des enfants¹⁴⁵², les heures et conditions de travail¹⁴⁵³, la non-discrimination¹⁴⁵⁴ ainsi que les droits des peuples autochtones¹⁴⁵⁵. C'est ainsi que la loi guyanaise (Guyana) dispose que «

¹⁴⁴⁹ Ainsi, il est curieux de lire à l'article 21 de la loi congolaise de 2003 que l'État « reconnaît la nécessité de rendre plus flexible la réglementation du travail, en conformité avec les normes internationales auxquelles l'État a souscrit ». En général, les lois nationales d'investissement reconnaissent des droits à l'État pour suspendre les avantages et privilèges concédés à un investisseur qui a manqué à ses obligations en matière sociale. Voir par exemple l'article 19 de la loi du Turkmenistan qui prévoit parmi les cas dans lesquels, l'État peut exercer ce droit, le cas suivant: « *if in the course of investment activities, it is found out that its continuation would lead to violation of the legally established sanitary-hygienic, ecological, economic and others standards, legally protected rights and interests of citizens, juridical persons and State. In such case the procedure of reimbursement to participants of investment activities shall be determined by the legislation of Turkmenistan* ». Il est de même de la loi des Maldives (*Law No. 25/79 on Foreign Investments in Maldives*) dont la section 8 prévoit que « *if a Foreign Investor fails to comply with the Laws of the Republic of Maldives and if there be failure to comply with the same even after a notice by the Government of the Republic of Maldives to so comply, the Government may closure the investment and terminate the agreement relating to such investment* ».

¹⁴⁵⁰ L'article 73 de la loi du Lao définit les obligations sociales de l'investisseur parmi lesquelles figure cette d'« *(i)mplement insurance and social security regimes for employees of their enterprises in compliance with laws and regulations* » (article 73.1).

¹⁴⁵¹ L'investisseur a ainsi l'obligation de « *(f) acilitate the organization and activities of mass organizations in their enterprises especially trade union*» (article 73.2 de la loi du Laos). L'article 8 de la loi chinoise précise que « *The employees of foreign-invested enterprises are to establish labor union organizations in accordance with law to carry out labor union activities and to protect the employees' lawful rights and interests. Foreign invested enterprises are to provide the necessary conditions for the activities of their respective labor unions* » (*Foreign Investment Law of the People's Republic of China (2019)*., article 8). Voir également l'article 7 de la loi congolaise de 2003 (*Loi N° 004/2002 du 21 février 2002 portant code des Investissements de la République démocratique du Congo*).

¹⁴⁵² La loi chinoise consacre son titre X et XI respectivement aux travailleurs et à la liberté syndicale. L'article 64 abordant les contrats individuels du travail se termine par l'interdiction du travail des enfants : « *No wholly foreign-owned enterprise may employ child labors* » (article 64 al.2).

¹⁴⁵³ La loi de Myanmar impose également à l'investisseur l'obligation d'« *(shall) ensure to obtain the entitlements and rights in the labor laws and rules, including minimum wages and salary, leave, holiday, overtime fee, damages, compensation of the workman, social welfare, and other insurance relating to workers in stipulating the rights and duties of employers and employees and occupational terms and conditions in the employment contract*». Investor « *shall pay wages and salaries to employees in accordance with applicable laws, rules, procedures, directives and so forth during the period of suspension of investment for a credible reason; [...]* » k. *shall pay compensation and indemnification in accordance with applicable laws to the relevant employee or his successor for injury, disability, disease and death due to the work.* » (« *Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures (2001)* ». », article 15).

¹⁴⁵⁴ La loi angolaise dispose que « *the private investor must employ Angolan workers, providing them the necessary professional training and social and wage conditions compatible with their qualifications, being forbidden any type of discrimination*» (*Private Investment Law of Angola Law no. 10/18, 26 June 2018*), article 46.1).

¹⁴⁵⁵ Voir la loi du Soudan du Sud (article 42): « *Without prejudice to the provision of this Act, the Authority shall: a. protects the interest of the communities in whose areas investments shall take place; and b. ensure that indigenou enterprises and investments are promoted, encouraged and protected*»

accordance with the Trade Union Recognition Act 1997, investors shall grant union recognition at any site of operations if the majority of their employees indicate the desire for union representation. Investment enterprises shall contribute to the social insurance and welfare programme for their workers in accordance with the National Insurance Act »¹⁴⁵⁶.

Contrairement aux sources internationales des obligations imposées à l'investisseur, les obligations tirant leur source dans la loi nationale paraissent plus précises et plus adaptées au contexte factuel de l'investissement même si la dénomination de « droits » n'accompagne pas toujours les valeurs et intérêts protégés. En outre, l'application de la loi d'investissement ou du droit national conduit à une socialisation progressive des contrats d'investissement. Ces contrats complètent la pratique interne de la protection des droits sociaux dans le contexte de l'investissement, ils prévoient d'autres droits en plus des droits des travailleurs.

B. Les obligations contractuelles de l'investisseur en matière de droits sociaux

L'analyse des contrats permet de constater l'importance qualitative et quantitativement progressive des obligations sociales de l'investisseur. La pratique contractuelle est marquée par une relative diversité qui permet d'aborder les deux faces de la protection des droits sociaux. La première est la présence des obligations qui sont imposées à l'investisseur **(1)**. La seconde est la confirmation de la reconnaissance des droits dans le chef des titulaires de droits sociaux. Elle se manifeste dans la place reconnue aux titulaires des droits dans les contrats ou la loi qui leur permet d'exercer leurs droits, principalement à travers la conclusion d'accords sociaux **(2)**.

1. Les obligations de l'investisseur

Les contrats d'investissement étudiés sont conclus entre l'État et l'investisseur dans des secteurs d'activité donnés. En général, ce sont des contrats miniers, des contrats d'exploitation forestière ou encore des contrats d'exploitation agricole ou de terres cultivables. Ces secteurs d'investissement sont remarquables du fait de leur importance pour l'intérêt national comme par les crises sociales qu'ils occasionnent en raison des effets des opérations d'investissement sur les intérêts sociaux fondamentaux des populations (santé et environnement, alimentation,

¹⁴⁵⁶ Voir l'article 31 de la *Guyana Investment Act No. 1 of 2004*)

emploi et développement socio-économique). Si pendant longtemps les questions principales autour des contrats d'investissement ont été orientées vers le souci de protection de l'investisseur (avec des réflexions sur leur nature juridique, le droit applicable, la portée des clauses de stabilisation)¹⁴⁵⁷, il est aujourd'hui possible d'y ajouter un autre point : celui de la responsabilité juridique de l'investisseur envers la société dans laquelle il investit. Cette responsabilisation se matérialise par des dispositions contractuelles imposant des obligations directes ou indirectes de protection des droits sociaux à l'investisseur.

La configuration principale est la suivante : les bénéficiaires de l'obligation sont les populations de l'État d'accueil, en particulier les populations locales (critère de proximité du site de l'investissement), mais l'obligation est juridiquement due à l'État.

La présentation suivante vise à dresser un panorama général ; elle ne conduit pas à une généralisation qui englobe tous les contrats. Il faut étudier individuellement chaque contrat pour saisir son niveau réel de protection des droits sociaux.

Sous cette précision, la pratique contractuelle montre que les obligations de l'investisseur sont diverses. On n'insistera pas sur l'obligation de respecter les lois et règlements qui est parfois rédigée de façon stricte¹⁴⁵⁸. On ne s'attardera pas non plus sur l'obligation de respecter les droits des propriétaires de terres qui intéressent le cocontractant de l'État : celui-ci doit procéder à une consultation des populations concernées en vue de conclure des accords de cession¹⁴⁵⁹ et procéder à leur bonne réinstallation¹⁴⁶⁰, ou encore en vue de concevoir et de mettre en œuvre les programmes de développement sociaux¹⁴⁶¹. À cet égard,

¹⁴⁵⁷ La question a été particulièrement marquée par la théorie de l'internationalisation des contrats. Pour une présentation, voir notamment : WEIL P., *Ecrits de droit international: théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 (troisième partie).

¹⁴⁵⁸ « Strictly respect to the laws and regulations in forced » (*Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation, 8 October 2008 (Cambodge)*, article 6.2).

¹⁴⁵⁹ *Growest Building Trading Co. Ltd. Agreement on the Investment of Plantation Development for Rubber Teak Tree (Tectona Grandis) and Acacia between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Growest Building Trading Co. Ltd., 7 July 2008 (Cambodge)*, article 1.2; *Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3, 21 July 2010 (Libéria)*, B4.12, B4.13; *Euro Liberia Logging Company. Forest Management Contract, Area F, 17 September 2009 (Libéria)*, B4.12.

¹⁴⁶⁰ *Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge)*, article 3.2.

¹⁴⁶¹ *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc., 21 December 2007 (Libéria)*, section 12.1.

certaines contrats sont très précis sur le délai et les conditions de compensation¹⁴⁶² et l'exigence d'une d'étude d'impact social¹⁴⁶³. Mises à part ces obligations générales, il est possible de distinguer les obligations dues aux populations de celles regardant les sous-contractants de l'investisseur.

Les obligations sociales de l'investisseur dans les contrats consistent d'abord en des obligations de respecter la législation sociale (perceptions des cotisations sociales, sécurité sociale, des conditions d'hygiène adéquate et la santé des travailleurs)¹⁴⁶⁴. Leur violation peut entraîner la résiliation du contrat¹⁴⁶⁵. Le contenu des obligations est parfois étendu en prenant en compte la grande nocivité potentielle de l'investissement. C'est le cas par exemple de l'obligation de mise en place d'un mécanisme de réclamation consistant à la désignation d'un contact pour la réception des demandes des populations locales¹⁴⁶⁶. Plus particulièrement, on peut distinguer des obligations de non-nuisance et de prévention des nuisances aux populations locales et aux travailleurs d'une part, des obligations positives de développement social d'autre part.

Les premières incluent la prévention de certains rapports conflictuels entre populations locales et les forces de sécurité des sites par l'interdiction des forces de sécurité pour protéger l'aire de concession¹⁴⁶⁷ et par l'adhésion tant de l'État que de l'investisseur aux principes directeurs sur la sécurité et les droits de l'homme.¹⁴⁶⁸

¹⁴⁶² *Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge), article 3.2.*

¹⁴⁶³ *Growest Building Trading Co. Ltd. Agreement on the Investment of Plantation Development for Rubber Teak Tree (Tectona Grandis) and Acacia between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Growest Building Trading Co. Ltd., 17 July 2008 (Cambodge), article 3.2.*

¹⁴⁶⁴ *Industrial Madeireira Flona do Jamari Ltda., UMF I, Contrato de Concessão Florestal (e termos aditivos de 2010, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2017), 16 October 2008 (Brésil), clause 9.*

¹⁴⁶⁵ *Industrial Madeireira Flona do Jamari Ltda., UMF I, Contrato de Concessão Florestal (e termos aditivos de 2010, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2017), 16 October 2008 (Brésil), clause 19.2 IX ; Benevides clause 10 (IX, X, XXII).*

¹⁴⁶⁶ *Amata S.A., UMF III, Contrato de Concessão Florestal (e aditivos de 2012, 2013, 2015), 30 September 2008 (Brésil), clause 21 ; Industrial Madeireira Flona do Jamari Ltda., UMF I, Contrato de Concessão Florestal (e termos aditivos de 2010, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2017), 16 October 2008 (Brésil), clause 21.*

¹⁴⁶⁷ *Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3, 21 July 2010 (Libéria), B6.31.*

¹⁴⁶⁸ *ADA Commercial Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and ADA Commercial Inc., 05 April 2008 (Libéria), section 7.6.*

Les obligations positives de développement social sont parfois formulées de façon relativement vague, mais en termes contraignants¹⁴⁶⁹. Les exemples sont nombreux : l'obligation d'amélioration des conditions de vie des populations locales par la construction des infrastructures sanitaires, routières, éducatives (y compris des programmes de bourses)¹⁴⁷⁰ et récréatives, l'obligation de faire profiter les populations locales des bénéfices de l'exploitation forestière ou minière y compris la promotion de la production agricole locale¹⁴⁷¹ ; l'obligation de fournir aux travailleurs et à leurs familles des facilités sanitaires et des logements décents¹⁴⁷² ; l'obligation d'emploi et de formation de la main-d'œuvre locale (y compris de transfert de technologie)¹⁴⁷³. Cette dernière obligation est souvent formulée en termes de préférence. Suivant certains accords libériens, l'investisseur doit employer par préférence les travailleurs locaux (ou communautaires¹⁴⁷⁴), surtout ceux des populations avec lesquelles l'investisseur a conclu des accords sociaux¹⁴⁷⁵. L'exigence est absolue pour les travailleurs non qualifiés, l'investisseur ayant l'obligation de ne pas recruter des travailleurs non qualifiés étrangers¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁶⁹ *Equatoria Teak Company Ltd. Management and Development of Teak Plantation Agreement between the Government of Western Equatoria and the Government of Southern Sudan on One Party and Teak Company Ltd. on the other, 28 June 2006 (Soudan du Sud)*, 6.1.

¹⁴⁷⁰ *Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria), 16 August 2010 (Libéria)*, article 12.2.

¹⁴⁷¹ *Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation, 8 October 2008 (Cambodge)*, article. 6.2.

¹⁴⁷² *Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge)*, article 7.5; *Crystal Agro Company Limited. Agreement for Plantation of Cassava Crop Agro-Industry Crops Trees Crops and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Crystal Agro Company Limited, 17 July 2006 (Cambodge)*, article 7.6.

¹⁴⁷³ *Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation, 8 October 2008 (Cambodge)*, article 6.2; *Crystal Agro Company Limited. Agreement for Plantation of Cassava Crop Agro-Industry Crops Trees Crops and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Crystal Agro Company Limited, 17 July 2006 (Cambodge)*, article 7.4; *Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge)*, article 7.5; *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc., 03 June 2009 (Libéria)*, section 12.1; *Addax Bioenergy Sierra Leone Ltd. Memorandum of Understanding and Agreement between the Government of the Republic of Sierra Leone and Addax Bioenergy Sierra Leone Ltd., 09 February 2010 (Sierra Leone)*, point E.

¹⁴⁷⁴ Voir l'accord *Bargor & Bargor* qui vise les travailleurs de la zone CEDEAO (*Bargor & Bargor Enterprise. Contract to manage Timber Sale Area: A-7, June 27, 2008 (Libéria)*, B3.33).

¹⁴⁷⁵ *Geblo Logging Inc. Forest management contract Area 'T' in Gedeh & Sinoe counties between the Republic of Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Geblo Logging Inc., 17 September 2009 (Libéria)*, B3.23.

¹⁴⁷⁶ *Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3, 21 July 2010 (Libéria)*, B3.23.

Il arrive aussi que les obligations soient formulées de façon très précise¹⁴⁷⁷ avec des objectifs chiffrés et des délais¹⁴⁷⁸ ou encore des montants¹⁴⁷⁹. Par l'exemple, dans un contrat conclu par le Libéria, il est requis que 50% du personnel dirigeant soit constitué de Libériens pendant les cinq premières années. Ce chiffre est porté à 75% pendant les dix premières années. À défaut d'avoir atteint le pourcentage requis, l'investisseur doit montrer que tous les efforts raisonnables ont été entrepris pour atteindre l'objectif fixé¹⁴⁸⁰. Des précisions sont apportées au titre de la formation, les éléments du salaire minimum et des conditions de travail¹⁴⁸¹. Des contrats imposent encore l'obligation de conclure des accords sociaux (« *social agreements* ») avec les populations locales. L'obligation de conclure est accompagnée de celle d'appliquer l'accord social¹⁴⁸² et/ou de faire un rapport sur la mise en œuvre des obligations sociales contenues dans le contrat¹⁴⁸³. L'accord entre le Liberia et *Geblo Logging* impose ainsi à l'investisseur la mise en œuvre du contrat du contrat social dans un délai d'un an¹⁴⁸⁴.

Du point de vue des sanctions, l'absence d'une étude d'impact social où le litige avec des tiers ou les populations locales à propos des terres peut être une cause de suspension du contrat¹⁴⁸⁵. De même, le défaut de mise en œuvre de l'accord social conclu avec les tiers peut être une cause de résiliation du contrat¹⁴⁸⁶. Indépendamment de l'existence d'une disposition

¹⁴⁷⁷ Voir des objectifs chiffrés et des délais dans les accords suivants : *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc.*, 03 June 2009 (Libéria), section 11; *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc.*, 21 December 2007 (Libéria), section 7; *Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria)*, 16 August 2010 (Libéria), article 9, *ADA Commercial Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and ADA Commercial Inc.*, 05 April 2008 (Libéria), section 7.

¹⁴⁷⁸ *Tree Farms Sudan Ltd. Land Title Agreement, 2008 (Soudan du Sud)*, point 4.6.

¹⁴⁷⁹ *Equatoria Teak Company Ltd. Management and Development of Teak Plantation Agreement between the Gouvernement of Western Equatoria and the Government of Southern Sudan on One Party and Teak Company Ltd. on the other*, 28 June 2006 (Soudan du Sud, 5.1. v, vi).

¹⁴⁸⁰ *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc.*, 03 June 2009 (Libéria), section 12. 1; *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc.*, 21 December 2007 (Libéria), section 9.1.

¹⁴⁸¹ *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc.*, 03 June 2009 (Libéria), section 12.2, 12. 2.

¹⁴⁸² *Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3*, 21 July 2010 (Libéria), article B3. 12; Alpha B3. 12, B8. 83; *Bargor & Bargor Enterprise. Contract to manage Timber Sale Area: A-7*, June 27 2008 (Libéria), B4.3.

¹⁴⁸³ *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc.*, 21 December 2007 (Libéria), article 19.3.

¹⁴⁸⁴ *Geblo Logging Inc. Forest management contract Area 'I' in Gedeh & Sinoe counties between the Republic of Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Geblo Logging Inc.*, 17 September 2009 (Libéria), B3.12.

¹⁴⁸⁵ *Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation*, 8 October 2008 (Cambodge), article 11.a.

¹⁴⁸⁶ *Euro Liberia Logging Company. Forest Management Contract, Area F*, 17 September 2009 (Libéria), B8.72 (r); *Geblo Logging Inc. Forest management contract Area 'I' in Gedeh & Sinoe counties between the Republic of*

expresse sur la question, les obligations sociales de l'investisseur étant des obligations matérielles du contrat, tout manquement peut entraîner la résiliation du contrat ; *a fortiori* lorsque l'obligation est expressément accompagnée de la possibilité de résiliation par l'État en cas de défaut de l'investisseur¹⁴⁸⁷. Pour exemple, l'Accord entre le Libéria et *Bargor & Bargor* précise que les accords sociaux font partie intégrante du contrat et toute violation de ces accords constitue une violation du contrat¹⁴⁸⁸. Par ailleurs, la connaissance par l'État d'un passé condamnable de l'investisseur peut être une cause valable de résiliation. Le contrat peut être résilié en cas de mauvais comportement de l'investisseur manifeste par une condamnation pour atteinte à l'environnement, corruption ou violation des droits de l'homme directement ou indirectement¹⁴⁸⁹.

Ensuite, en ce qui concerne les obligations de l'investisseur en lien avec ses contrats et sous-contrats, il est parfois imposé l'acquisition, à des conditions de qualité égale, des produits et services locaux¹⁴⁹⁰. L'obligation est imposée dans la chaîne de contrats (cocontractants et sous-traitants de l'investisseur) et il revient à l'investisseur d'assurer son respect (celui-ci répond toujours du respect par ses cocontractants ou sous-traitants de la législation nationale relative à la protection de l'environnement et aux droits des travailleurs)¹⁴⁹¹ ; cela comprend également le soutien aux petits exploitants de terres, qui exercent dans le même secteur d'activités, ou aux sous-traitants locaux¹⁴⁹². L'assistance peut prendre plusieurs formes : recherche des sources de financement, exploitation des terres, organisation en coopérative,

Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Geblo Logging Inc., 17 September 2009 (Libéria), B 8.72; Liberia Tree & Trading Company, Inc. Forest management contract Area 'c' in River Cess County between the Republic of Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Tree & Trading Company, Inc., 06 October 2008 (Libéria), B8.72.

¹⁴⁸⁷ *Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria), 16 August 2010 (Libéria), article 8.1; Tree Farms Sudan Ltd. Land Title Agreement, 2008 (Soudan du Sud), op. cit., 5.2.*

¹⁴⁸⁸ *Bargor & Bargor Enterprise. Contract to manage Timber Sale Area: A-7, 27 June 2008 (Libéria), B 3.1.*

¹⁴⁸⁹ *Bargor & Bargor Enterprise. Contract to manage Timber Sale Area: A-7, 27 June 2008 (Libéria), B 8.72.*

¹⁴⁹⁰ *ADA Commercial Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and ADA Commercial Inc., 05 April 2008 (Libéria), section 10, Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria), 16 August 2010 (Libéria), section 13.*

¹⁴⁹¹ *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc., 03 June 2009 (Libéria), section 13.*

¹⁴⁹² *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc., 21 December 2007 (Libéria), section 12; Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc., 03 June 2009 (Libéria), section 12; Addax Bioenergy Sierra Leone Ltd. Memorandum of Understanding and Agreement between the Government of the Republic of Sierra Leone and Addax Bioenergy Sierra Leone Ltd., 09 February 2010 (Sierra Leone), point W.3.*

achat de leurs productions). Ces obligations sont concomitantes de celles que supporte le gouvernement en la matière¹⁴⁹³.

Par ailleurs, outre la formulation sous la forme d'obligations, la création des emplois ou la mise en œuvre de la responsabilité sociale en général peuvent donner lieu à l'octroi de faveurs au profit de l'investisseur¹⁴⁹⁴.

En conclusion, cette rapide présentation des obligations contractuelles conduit à deux importantes observations. La première est le constat de l'étendue des droits sociaux protégés qui intègrent des droits économiques, sociaux et culturels. La seconde est relative à la place de ces droits à travers celles des obligations y relatives. Les dispositions relatives aux obligations contractuelles de l'investisseur en matière de droits sociaux ont acquis une importance égale à celle des dispositions contractuelles traditionnelles (ou économiques). Tout comme les secondes, elles peuvent entraîner une résiliation ou une suspension du contrat et, partant, engager la responsabilité contractuelle de l'investisseur. Tout cela suscite de l'intérêt à l'analyse de la situation des titulaires des droits sociaux.

2. La place des titulaires de droits sociaux

La place des titulaires de droits sociaux est importante, car elle permet de mesurer l'effectivité de la jouissance des droits sociaux dont la protection a requis l'imposition des obligations à l'investisseur. Dans la détermination de la place des titulaires, la possibilité d'un recours juridictionnel pour exiger l'exécution des obligations sociales est centrale. Sur ce critère, la réponse générale à la question de la place des titulaires de droit est ambivalente. Elle évolue positivement lorsqu'on évolue des contrats généraux vers des contrats spécifiquement orientés vers la protection de l'intérêt général social.

a. Une place ordinaire dans les contrats d'investissement

¹⁴⁹³ *Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria)*, 16 August 2010 (Libéria), 15.3; *ADA Commercial Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and ADA Commercial Inc.*, 05 April 2008 (Libéria), 12.3.

¹⁴⁹⁴ *Industrial Madeireira Flona do Jamari Ltda., UMF I, Contrato de Concessão Florestal (e termos aditivos de 2010, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2017)*, 16 October 2008 (Brésil), clause 8 ; *Amata S.A., UMF III, Contrato de Concessão Florestal (e aditivos de 2012, 2013, 2015)*, 30 September 2008 (Brésil), clause 8 ; Benevides Clause 6 et annexe 4. Ce dernier contrat précise par exemple que les investissements dans la formation de la main-d'œuvre seront subventionnés à hauteur de 80% (Clause 6. 2. B3).

Il est souvent rappelé dans les contrats que l'investisseur doit utiliser les zones d'exploitation, y compris l'usage de l'eau, de manière à respecter les droits des tiers, notamment les droits d'usage des autochtones¹⁴⁹⁵. La question peut se poser de savoir s'il découle des obligations imposées aux parties un droit pour les tiers au contrat. Par exemple, lorsque le contrat prévoit pour l'État et/ou impose à l'investisseur une obligation de consultation des populations avant toute activité et que celle-ci n'est pas respectée¹⁴⁹⁶, ces populations peuvent-elles intenter une action solidaire à l'encontre des deux contractants ?

La réponse est *a priori* ambivalente. Les titulaires de droits sociaux sont ici des bénéficiaires des dispositions contractuelles¹⁴⁹⁷. Le souci de protection des populations conduit à reconnaître des prérogatives à l'État. Certains contrats précisent qu'en cas de litige entre les populations locales et l'investisseur, les autorités gouvernementales ont le droit de suspendre le contrat et de protéger les intérêts des populations ; ou encore lorsqu'un problème existe entre les populations locales et la sécurité du site d'exploitation, son règlement doit privilégier les intérêts des populations locales¹⁴⁹⁸.

En d'autres termes, les titulaires de droits sociaux demeurent des tiers au contrat. En conséquence, dans la pratique, leurs droits ne pourront être mis en œuvre, sous réserve de mécanismes particuliers, que devant les tribunaux nationaux suivant les voies de recours ordinaires en matière de responsabilité civile ou administrative (contre l'investisseur et/ou contre l'État). Sans autres dispositions prévoyant des recours particuliers pour leur situation, le recours aux clauses de règlement des différends prévues dans les contrats d'investissement leur est fermé.

¹⁴⁹⁵ *Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3, 21 July 2010 (Libéria)*, B4. 3; *Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria), 16 August 2010 (Libéria)*, article 4.4 (e).

¹⁴⁹⁶ *Equatoria Teak Company Ltd. Management and Development of Teak Plantation Agreement between the Government of Western Equatoria and the Government of Southern Sudan on One Party and Teak Company Ltd. on the other, 28 June 2006 (Soudan du Sud)*, 4. iv.

¹⁴⁹⁷ *Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation, 8 October 2008 (Cambodge)*, article 2.

¹⁴⁹⁸ *Growest Building Trading Co. Ltd. Agreement on the Investment of Plantation Development for Rubber Teak Tree (Tectona Grandis) and Acacia between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Growest Building Trading Co. Ltd., 17 July 2008 (Cambodge)*, article 6.2; *Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge)*, article 6; *Crystal Agro Company Limited. Agreement for Plantation of Cassava Crop Agro-Industry Crops Trees Crops and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Crystal Agro Company Limited, 17 July 2006 (Cambodge)*, article 6.2.

Mais cette réponse n'est pas définitive dans les cas des contrats qui prévoient des accords sociaux entre l'investisseur et les populations locales. Ces accords sont parfois imposés par la loi¹⁴⁹⁹. Ils sont conclus entre l'investisseur et les populations locales affectées ou susceptibles d'être affectées par l'investissement et sont contraignants entre les parties (l'investisseur et les communautés signataires)¹⁵⁰⁰. Dans le contenu, les communautés s'engagent à adhérer aux lois et règlements et à régler les problèmes relatifs à l'investissement de manière pacifique¹⁵⁰¹. L'investisseur s'engage concrètement à ne pas nuire aux populations¹⁵⁰² et à mettre en œuvre ses engagements sociaux¹⁵⁰³. Ces accords ouvrent la possibilité de reconnaissance expresse des voies de recours aux populations. Ainsi, les litiges découlant de l'application ou de la mise en œuvre du contrat sont soumis au juge national¹⁵⁰⁴. Certains accords prévoient la possibilité de recours à la procédure arbitrale à la suite de l'échec du règlement amiable des différends¹⁵⁰⁵. Cette dernière possibilité ne paraît pas une voie de recours effective pour les populations qui sont contraintes dès lors de résoudre les problèmes par voie amiable. Le danger réside dans le fait que l'accord prévoyant uniquement la voie arbitrale semble leur fermer le recours devant un juge. Toutefois, il nous semble que même dans ce cas, un recours juridictionnel contre l'investisseur seul ou conjointement avec l'État est toujours possible sur une base différente du contrat (sur la base du contrat d'investissement principal par exemple).

¹⁴⁹⁹ C'est le cas au Libéria (FDA Regulation n°105-07).

¹⁵⁰⁰ *Provisional Memorandum of Understanding Incorporation Social Agreement (Golden Veroleum (Liberia) Inc., 22 August 2014, Preamble. Idem Memorandum of Understanding and Contract Incorporating Social Agreement between the Du, Wolee and Nyennue Communities in Du-Wolee Township, Kpanyan County District, Sinoe County and Golden Veroleum (Liberia) Inc., 11 June 2016 (Liberia).*

¹⁵⁰¹ *Provisional Memorandum of Understanding Incorporating Social Agreement (Golden Veroleum (Liberia) Inc., 22 August 2014, op. cit., voir Appendix H (un rapport sur les points de point de mécontentement est fait. Il est suivi d'une enquête puis, éventuellement, de rencontre des représentants désignés l'adoption d'une décision. Si la personne plaignante n'est pas satisfaite, elle peut saisir la cour (dans le cas contraire, il y a également un suivi de la mise en œuvre de la décision qui est censée résoudre le problème).*

¹⁵⁰² *Ibid.*, Appendix F (prévoit une obligation de négociation pour les terres à inclure dans le périmètre de l'investissement, et une obligation de non-déplacement de populations avec mise en œuvre de la règle de « Free, Prior et Informed Consent » (FPIC), sans oublier le respect des cultures et valeurs sacrées...).

¹⁵⁰³ *Ibid.*, Appendix B, C (les bénéfices sociaux attendus).

¹⁵⁰⁴ La clause sociale FOLAC prévoit un règlement amiable et, éventuellement, une saisine de la Commission de règlement des différends forestier avant toute saisine du tribunal compétent (*Clause Sociale 1/2 du Cahier des charges du contrat de concession forestière garantie 25/05 FOLAC (Société Forestière du Lac), 4 novembre 2011 (République démocratique du Congo), article 25).*

¹⁵⁰⁵ *Social Agreement between the International Consultant Capital (ICC) and the Community Forestry Development Committee (CFDC) of Forest Management Contract (FMC) Area-K, Grand Gedeh County, 17 April 2016 (Liberia), section IX; Social Agreement for Communities Affected by Logging Concession Forest Management Contract (FMC) Area « P » Maryland, River Gee, Grand Kru Counties, 9 October 2015 (Liberia), VI. H; Social Agreement between the Alpha Logging and Wood Processing Company and the Community Forestry Development Committee (CFDC) of Forest Management Contract, (CMC) Area-A Lofa County, 7 December 2016 (Liberia), IV, p. 12.*

Dans tous les cas, dans ces accords sociaux, l'exercice des droits sociaux par les titulaires de droits est effectif.

b. Une place particulière dans les accords sociaux

Dans les accords sociaux, la jouissance et l'exercice des droits sociaux sont pris en compte. Ces contrats impliquant les populations locales sont appelés à juste titre des contrats sociaux, car ils visent la protection des intérêts sociaux fondamentaux des populations. Ils protègent ainsi leurs droits sociaux dans les accords d'investissement. Partant, ils constituent la matérialisation concrète de l'obligation étatique de protéger, puisqu'ils sont requis par la loi et/ou par le contrat d'investissement.

Ces contrats sont indépendants du contrat d'investissement¹⁵⁰⁶ et sont dans la plupart des cas contraignants¹⁵⁰⁷. S'ils reprennent en général l'essentiel des obligations sociales contenues dans les contrats d'investissement, ils renferment toutefois une particularité : ils manifestent la jouissance des droits sociaux. Ces accords peuvent être de deux sortes : les accords de responsabilité sociale de l'investisseur et les accords de règlement des différends sociaux relatifs à l'investissement.

En ce qui concerne les accords de responsabilité sociale de l'investisseur¹⁵⁰⁸, ils déclinent les responsabilités de l'investisseur, y compris en matière de droits de l'homme. Leur contenu renferme des obligations de responsabilité sociale qui mettent en œuvre les droits sociaux des populations concernées. Ces obligations visent en général à prévenir les dommages aux biens de consommation (eau), aux terres ou aux activités agricoles et d'élevage, à prévoir le règlement des différends lorsque ceux-ci surviennent, et à organiser l'information et la

¹⁵⁰⁶ Voir ils peuvent être considérés comme des textes autonomes qui ne modifient le contrat d'application, mais certaines évolutions du contrat d'investissement peuvent les affecter (c'est le cas de non-renouvellement de la licence d'exploitation de l'investisseur ou de la fin normale du contrat d'investissement) qui peut conduire à une demande légale de la fin de l'accord social : voir *Cooperation Agreement between Khanbogd and other subdivisions of Umnugobi Province and Oyu Tolgoi LLC., 01 April 2015 (Mongolia)*, points 13, 18.

¹⁵⁰⁷ Il faut noter l'exception de l'accord Northern Land (paragraphe 9, Introduction) qui n'est pas a priori contraignant. Voir également Khanbogd dont le point 5.6 semble dire que certaines dispositions ne sont pas obligatoires. Le point précise : « *The Parties acknowledge and agree that the Commitments as set out in the Thematic Schedules: (...) (c) do not, and are not intended to, merely by their inclusion in any Thematic Schedule, confer any rights or impose any obligation on any person (including the Parties and the Partner Communities)* » (il est toutefois précisé qu'ils sont des obligations prévues dans le contrat d'investissement).

¹⁵⁰⁸ *Ahafo social responsibility agreement between the Ahafo Mine Local Community and Newmont Ghana Gold, 29 May 2008 (Ghana)*.

participation des populations dans les décisions qui pourraient les affecter¹⁵⁰⁹. Ainsi, l'accord conclut par la Communauté locale de la mine *Ahafo* au Ghana vise à donner l'opportunité à la communauté de participer aux décisions et aux projets de l'entreprise qui pourraient l'affecter¹⁵¹⁰. Cela inclut la participation à l'élaboration et au suivi de mise en œuvre de l'étude d'impact environnemental et social¹⁵¹¹ et des projets de développement¹⁵¹². À ce titre, l'investisseur peut être tenu de financer l'organisation et le maintien d'un cadre de rencontre et de discussions sur la mise en œuvre de l'accord social¹⁵¹³.

Globalement, en tant qu'accords de responsabilité sociale de l'investisseur, ces accords touchent à trois points essentiellement.

Le premier est le point relatif à l'emploi. Il peut requérir un sous-accord supplémentaire spécifique¹⁵¹⁴ et un soutien à la petite entreprise par des contrats de fourniture et de sous-traitance¹⁵¹⁵. Un accent particulier est mis sur l'obligation d'appliquer les principes de consentement libre (Free, Prior and Informed Consent (FPIC))¹⁵¹⁶, les conditions de travail et le traitement des travailleurs locaux (y compris le respect de leurs traditions alimentaires et de leurs cultures, l'obligation d'adopter une politique zéro en matière de discrimination basée sur la race et le sexe et du harcèlement¹⁵¹⁷).

¹⁵⁰⁹ *The Mary River Projet Inuit Impact and Agreement between Qikiqtani Inuit Association and Baffinland Iron Mines Corporation entered into pursuant to article 26 of the Nunavut Land Claims Agreement, 9 June 2013 (Canada)*, préambule, 9.

¹⁵¹⁰ Voir aussi *Ibid.*, 2.2.

¹⁵¹¹ *Ahafo social responsibility agreement between the Ahafo Mine Local Community and Newmont Ghana Gold, 29 May 2008 (Ghana)*, *op. cit.*, article 25, 27.

¹⁵¹² *Ibid.*, annexes 1, 4.

¹⁵¹³ *Ibid.*, article 22 et l'accord sur la fondation.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, article 28 et l'accord sur l'emploi local.

¹⁵¹⁵ *The Mary River Projet Inuit Impact and Agreement between Qikiqtani Inuit Association and Baffinland Iron Mines Corporation entered into pursuant to Article 26 of the Nunavut Land Claims Agreement, 9 June 2013 (Canada)*, *op. cit.*, 2.6.

¹⁵¹⁶ *Memorandum of Understanding between Elders, Community Leaders and Residents of Tarlo Town, Blayah Town, Nuhn Town and Qlakojelay represented by their Town Chiefs, Women Leaders and Youth Leaders and Equatorial Palm Oil Company/LIBINC, 5 february 2016 (Liberia)*, 2016, Préambule; *Friendship and Cooperation Agreement between 36 Indigenous Communities of the TCO Itika Guasu and Repsol YPF E&P Bolivia SA (document original en langue espagnole. Selon le commentaire en anglais sur OpenCommunity contracts.org)*, 29 December 2010 (Bolivie), point 10 (<https://opencommunitycontracts.org/contract/36-indigenous-communities-of-the-tco-itika-guasu-repsol-ypf-ep-bolivia-sa-2010-friendship-and-cooperation-agreement>. Consulté le 25 août 2021).

¹⁵¹⁷ *The Mary River Projet Inuit Impact and Agreement between Qikiqtani Inuit Association and Baffinland Iron Mines Corporation entered into pursuant to Article 26 of the Nunavut Land Claims Agreement, 9 June 2013 (Canada)*, *op. cit.*, 11.7-11.9.

Le deuxième point touche les droits et le bien-être de tous les membres des populations. Il explique l'insistance sur les obligations spécifiques qui peuvent viser la conservation de la qualité de l'environnement par un audit régulier sur une base quinquennale, l'obligation de maintenir le niveau de la qualité et de la quantité de l'eau potable pour les personnes et le bétail, et l'obligation de soutenir l'action du gouvernement dans la fourniture d'eau potable à la communauté¹⁵¹⁸.

Rarement, les dispositions visent explicitement les traités de droits de l'homme. À cet égard, l'Accord signé par 36 communautés indigènes d'*Itika Guasu* (en Bolivie) et Repsol YPF E & P Bolivia SA est particulier : il impose non seulement des obligations en matière de santé et d'environnement pour l'investisseur (qui est tenu de les faire respecter aussi par ses cocontractants), mais incorpore également les normes et les droits contenus dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme les deux Pactes internationaux de 1966, la Convention OIT n° 169 et la Convention américaine des droits de l'Homme (Pacte de San José de Costa Rica)¹⁵¹⁹.

Ce sont ensuite des accords de règlement des différends sociaux relatifs à l'investissement (non nécessairement prévus par la loi ni le contrat d'investissement, mais avec la présence ou l'assistance de l'autorité locale ou centrale, le cas échéant). Ces accords visent à mettre fin à un litige déjà né¹⁵²⁰ ; ils opèrent comme des compromis lorsqu'ils prévoient l'arbitrage¹⁵²¹. Toutefois, leur contenu va plus loin qu'une convention de règlement des différends, puisqu'il introduit des obligations pour l'investisseur et des droits pour la communauté signataire¹⁵²². Par exemple, l'accord signé par le village *Senujuh* en Indonésie impose désormais à l'investisseur de requérir le consentement de la communauté avant toute extension de l'aire de l'investissement (plantation de noix de coco)¹⁵²³. Il prévoit une

¹⁵¹⁸ *Complaint Resolution Agreement (I) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC.*, 9 May 2017 (Mongolia), schedule 4 (« Water Management »).

¹⁵¹⁹ *Memorandum of Agreement Conflict Resolution of Land Utilization between Community Members of Senujuh Village and Wilmar Sambas Plantation, Co.*, 15 October 2008 (Indonesia), point 4.3.

¹⁵²⁰ *Complaint Resolution Agreement (I) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC.*, 9 May 2017 (Mongolia), *op. cit.*, point 2; *Complaint Resolution Agreement (II) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC.*, 9 May 2017 (Mongolia), 2.1.

¹⁵²¹ , clause 11 ; L'accord prévoit qu'en cas de non-conformité à la sentence arbitrale, l'autre partie peut saisir la police et, s'il y a lieu, la juridiction nationale. *Idem* Sajingan, clause 9.

¹⁵²² *Complaint Resolution Agreement (I) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC.*, 9 May 2017 (Mongolia), *op. cit.*, annexe B.

¹⁵²³ *Memorandum of Agreement Conflict Resolution of Land Utilization between Community Members of Senujuh Village and Wilmar Sambas Plantation, Co.*, 15 October 2008 (Indonesia), *op. cit.*, clause 4.

compensation préalable des dommages survenus et également une procédure institutionnalisée de suivi de la mise en œuvre de l'accord¹⁵²⁴. Aussi, leur contenu peut-il être doublement orienté sur le contentieux. Ils visent d'abord à organiser le règlement du différend ayant donné lieu à l'accord en recourant à l'arbitrage ou à des comités ou conseils d'indemnisation¹⁵²⁵. Ils peuvent ensuite prévoir une procédure de règlement en cas de manquement de l'accord lui-même et de non-respect des actions entreprises dans le cadre des mesures indiquées¹⁵²⁶.

Ainsi, la revendication de leurs droits par les tiers est plus certaine dans le cadre des contrats sociaux.

L'ensemble constitué par ces derniers et les contrats d'investissement qui sont les premières sources des obligations sociales de l'investisseur montrent que les contrats sont une matérialisation de l'obligation de protéger de l'État. Ils complètent et/ou mettent en œuvre les obligations ou la pratique étatique manifestée dans les lois d'investissement. Il en résulte que les lois d'investissement et les contrats sont les instruments pertinents dans lesquels il faut rechercher la pratique étatique en matière de droits sociaux dans le contexte des investissements. Il faut toutefois rappeler que la présentation faite des lois d'investissement et des contrats d'investissement n'est pas généralisable à la pratique de chaque État : il conviendra de regarder la situation de chaque État, et dans chaque État, le niveau de pratique des droits sociaux dans sa loi d'investissement et/ou dans ses contrats.

Conclusion de la section

Au final, le constat de la rareté des obligations internationales dans le contexte de l'investissement étranger n'implique pas une affirmation de l'absence d'obligations imposées à l'investisseur en matière de droits sociaux. La présentation de la pratique étatique témoigne de l'importance grandissante et qualitative de la responsabilité juridique de l'investisseur en matière de droits sociaux : de véritables obligations spécifiques sont imposées à l'investisseur. Ce constat de l'existence d'obligations sociales non internationales de l'investisseur appelle

¹⁵²⁴ *Ibid.*, clauses 5, 9, 10.

¹⁵²⁵ Voir par exemple l'accord *Khanbogd Herders (I)* qui prévoit un conseil tripartite agissant en tant que « Compensation Claims committee », dont la fonction est de décider si un éleveur donné a droit à l'indemnisation à laquelle il prétend (*Complaint Resolution Agreement (I) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC., 9 May 2017 (Mongolia)*, *op. cit.*, point 4, annexe 1).

¹⁵²⁶ *Complaint Resolution Agreement (I) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC., 9 May 2017 (Mongolia)*, *op. cit.*, point 7.

une autre problématique subséquente qui touche à la question de l'impact de ce développement au plan juridique interne sur le contentieux arbitral international relatif aux investissements.

SECTION 2. L'IMPACT DE LA PRATIQUE ETATIQUE DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX

La recherche de l'impact de la pratique étatique de protection des droits sociaux vise à situer cette pratique, non pas dans le droit international des investissements, mais dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. L'hypothèse posée est que la pratique des États permet le renforcement de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements à travers des solutions palliant les insuffisances rencontrées dans le droit conventionnel en matière de protection de droits sociaux (absence de dispositions textuelles, ambiguïtés sur la gestion des conflits d'obligations, *locus standi* des tiers).

En s'inspirant de la démarche d'internationalisation du contrat d'État, la présente analyse recherche les moyens de faire produire, dans le contentieux arbitral relatif aux investissements, un effet à la pratique étatique en matière de droits sociaux. L'analyse qui suit affirme la possibilité d'un impact à travers la présentation des moyens potentiels pour atteindre ce but. Toutefois, il conviendra de distinguer les moyens effectifs des moyens simplement potentiels. À cet égard, le premier problème est celui qui est au centre de ce chapitre : la question de la responsabilité juridique de l'investisseur. Il doit être conjugué au pluriel, car même l'existence d'obligations internationales ne suffit pas à la mise en œuvre de la responsabilité de l'investisseur en matière de droits sociaux. Il faudrait encore étudier l'obstacle lié à la compétence du tribunal. Dans cette logique plurielle d'appréhension du problème, il n'est pas exclu que la pratique ait un impact sur la responsabilité de l'État et sur la situation des droits des tiers dans le contentieux arbitral relatif aux investissements. Il sera donc opportun d'envisager ces possibilités. Il convient alors d'étudier successivement les implications potentielles de la pratique sur la responsabilité des titulaires des obligations internationales (**Paragraphe 1**) et sur la compétence du tribunal arbitral vis-à-vis des acteurs non étatique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les implications de la pratique étatique sur la responsabilité des titulaires des obligations internationales

Les principaux débiteurs des obligations en matière de protection des droits sociaux sont l'État et l'investisseur. L'implication pour la protection des droits sociaux dans le contexte de l'arbitrage d'investissement qui pourrait résulter de la pratique est différente pour l'un et l'autre. Dans la situation de l'investisseur, la pratique interne peut servir d'argument à un réexamen de la responsabilité de l'investisseur dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement (A). Dans la situation de l'État, la pratique peut contribuer à la reconnaissance du caractère normal de la mesure de protection de l'intérêt général social, et partant du caractère raisonnable du comportement de l'État (B).

A. Le fondement à l'examen de la responsabilité de l'investisseur pour violation des droits sociaux

L'implication ne résulte pas du seul fait de l'existence d'obligations à la charge de l'investisseur en droit interne. Elle peut être considérée comme le résultat d'une convergence de moyens différents : la clause de conformité au droit national contenue dans certains accords conventionnels et la pratique étatique en matière de droits sociaux. Le droit national en tant que fait juridique permet d'informer le contenu social de l'obligation de conformité au droit local. Le contenu de la loi nationale comme sa pratique (à travers le contrat) remplit cet objectif.

À cet effet, en partant de l'état de discussions encore actuelles, signe d'absence d'une position établie sur ce point, il a été choisi d'interroger la pratique arbitrale relative à la clause de conformité au droit national. Une distinction a été suggérée plus haut. Elle consiste à dire que l'obligation de conformité au droit local inclut et dépasse l'exigence de la légalité de l'investissement. Si tel est le cas, l'existence d'obligations imposées à l'investisseur en droit interne présente un intérêt. Ces obligations permettront de réexaminer le traitement arbitral du comportement répréhensible que l'investisseur a tenu au cours de la mise en œuvre de l'investissement et non seulement au stade de l'admission de l'investissement. La clause de conformité aux lois nationales va alors opérer comme « un moyen d'élévation du fait illicite de l'investisseur au niveau interne en « fait internationalement illicite » de ce dernier »¹⁵²⁷.

Dans une telle hypothèse, la présence d'une clause relative à la conformité au droit local ne serait pas seulement une confirmation de l'exigence de légalité de l'investissement, mais

¹⁵²⁷ MBENGUE M. M., « Les obligations des investisseurs étrangers », in SFDI (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, op. cit., p 309.

constituerait la matérialisation d'une obligation substantielle pour l'investisseur dans la phase post-admission lorsque cette obligation n'est pas expressément limitée à la phase d'admission de l'investissement. L'argument principal d'une telle position est la suivante : l'idée d'une interprétation large de la clause de conformité au droit local est adaptée au postulat à la base de l'interprétation des traités par les tribunaux d'investissement qui fait prévaloir la spécificité de chaque traité, même si l'influence du précédent arbitral joue un effet d'atténuation. Une interprétation uniforme de différentes rédactions d'un type de clause sur la base de l'existence d'une pratique arbitrale, du reste très peu homogène à cet égard, ne rend pas justice à la spécificité de chaque traité. Lorsque le traité est explicite en précisant que l'investissement désigne des avoirs acquis ou investis conformément aux lois et règlements de l'État d'accueil, il est normal de considérer que la question de la légalité insiste sur le comportement de l'investisseur au moment de l'admission de l'investissement. Dans une certaine mesure, peut être interprétée dans ce sens la rédaction suivant laquelle l'investissement est réalisé conformément au droit national.

On peut observer à juste titre que le fait que les rédactions renvoient aux « avoirs » élude le comportement post-admission de l'investisseur. Tout en partageant cette observation, il convient de relever que les rédactions sont diverses. Outre que les avoirs en question incluent des entreprises qui doivent normalement opérer conformément au droit national, certains accords incluent expressément la phase d'opérationnalisation de l'entreprise : « *"Investment" means an enterprise constituted, organised · and operated in good faith by an investor in accordance with the law of the Party in whose territory the investment is made, taken together with the assets of the enterprise, which have the characteristics of an investment such as the commitment of capital or other resources, certain duration, the expectation of gain or profit, the assumption of risk and contribution to the development of the Party in whose territory the investment is made* »¹⁵²⁸. Une telle formulation pourrait conduire à comprendre que le verbe « *made* » n'exclut pas que l'investissement sous la forme d'une entreprise opère conformément au droit national. Ainsi, lorsque l'investissement n'est pas défini en référence à l'entreprise, mais aux avoirs « *made* » conformément au droit local, il est possible de se référer à la définition de l'entreprise pour comprendre que l'obligation de conformité au droit local peut se poursuivre

¹⁵²⁸ *Treaty between the Republic of Belarus and the Republic of India on Investments, 24/09/2018, article 1.4; Bilateral Investment Treaty between the Government of the Kyrgyz Republic and the Government of the Republic of India, 14/06/2019, article 1.4; Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République du Congo, 30/04/2018 ; article 1.*

dans la phase de l'opération. L'Accord entre le Qatar et l'Éthiopie définit l'entreprise comme il suit: « *The term "enterprise" means: (a) any legal entity constituted, organized and operated under the applicable law of the Host State, that is for profit, whether privately or governmentally owned or controlled* »¹⁵²⁹. S'il ne convient pas de généraliser à partir de ces exemples particuliers que l'obligation de conformité au droit national s'étend à la conduite de l'investisseur au moment de l'opérationnalisation de l'investissement, il ne nous paraît pas non plus justifié de généraliser l'interprétation contraire. Il y a lieu donc de respecter la spécificité de chaque accord et d'accepter de considérer l'alternative lorsque la formulation est neutre. Cette observation relativise l'argument selon lequel la clause de conformité (lorsqu'elle n'est pas rattachée expressément à l'établissement de l'investissement) vise à protéger seulement l'investissement¹⁵³⁰. Des objections, dont deux en l'occurrence pourraient s'élever à propos de cette compréhension.

La première pourrait se prévaloir de l'énonciation conventionnelle de l'exigence relative à la légalité de l'investissement dans la clause de définition de l'investissement. C'est en considération de ce lien que certains tribunaux limitent la question de la légalité de l'investissement à une question préliminaire. Il s'impose de remarquer toutefois que la clause peut être prévue dans une disposition expresse indépendante de la définition de l'investissement. En outre, la restriction de la clause à une question de compétence n'est pas toujours suivie par les tribunaux. Des sentences arbitrales renvoient l'analyse de la question de l'illégalité de la conduite de l'investisseur au niveau du fond¹⁵³¹ (ou même comme une question d'admissibilité). Il a été rappelé à ce propos que « *the express provisions of investment treaties referring to the laws of the State in the context of defining the characteristics of assets that will be protected as investments under the treaties do not compel tribunals to dispose of pleas of illegality as objections to their jurisdiction* »¹⁵³². Le renvoi au fond est parfois justifié par la découverte ultérieure de l'illégalité ou son caractère non évident au moment de l'admission¹⁵³³. À la suite de ces explications somme toute compréhensibles, il faut évoquer la position du

¹⁵²⁹ *Agreement between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Qatar for on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 14/11/2017, article 1.3.*

¹⁵³⁰ L'article 11 du TBI Argentine - Qatar stipule : « *The Contracting Parties acknowledge that investors and their investments shall comply with the laws of the host Contracting Party with respect to the management and operation of an investment* ».

¹⁵³¹ Voir *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 27 August 2008, op. cit., para.143; Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, op. cit., para. 127; Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011, para.119.*

¹⁵³² DOUGLAS Z., « *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration* », *op. cit.*, p. 177.

¹⁵³³ *op. cit.*, para. 102.

tribunal *Hamester* qui émet l'idée qu'une « *legality in the subsequent life or performance of the investment* » « *may well be relevant in the context of the substantive merits of a claim brought under the BIT* »¹⁵³⁴. Il est dès lors difficile à comprendre le refus d'extension de la mesure de légalité aux violations d'une loi nationale de fond.

Une seconde objection pourrait alléguer la restriction temporelle de la clause la limitant aux seules lois nationales relatives à l'admission de l'investissement. Un tribunal expliquait cela à travers une interprétation littérale du terme « *made* » qui est une conjugaison au passé du verbe « *make* »¹⁵³⁵. Dans le contexte des TBI, l'explication paraît peu convaincante dans la mesure où, comme il a été relevé, certains accords utilisent le temps du passé pour décrire une entreprise avec un sens qui évoque une entreprise en cours d'opération (voir les exemples de définition d'entreprise cités ci-après). En outre, les tribunaux ne sont pas toujours d'accord que la légalité est seulement couverte par les règles formelles d'admission¹⁵³⁶. Aussi, lorsqu'elle est contenue dans le traité (dans définition de l'investissement par exemple), la clause « *relates not just to the laws on admission and establishment but also to other rules of domestic legal order, including those relating to corruption* »¹⁵³⁷. Des accords d'investissement précisent expressément que les règles ne se limitent pas seulement aux règles d'admission¹⁵³⁸. L'Accord conclu entre le Singapour et le Brésil en fournit un exemple. Il précise ainsi que : « *For the avoidance of any doubt, it is declared that all investments shall, subject to this Agreement, be governed by the laws in force in the territory of the Contracting Party in which such investments are made* »¹⁵³⁹. La compréhension limitative est encore difficilement justifiée par les dispositions qui évoquent des lois qui relèvent de la phase d'opération de l'investissement¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁴ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, *op. cit.*, para. 127.

¹⁵³⁵ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012, *op. cit.*, para. 226.

¹⁵³⁶ *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB (AF)/07/3, Award, 19 May 2010, para. 57.

¹⁵³⁷ DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵³⁸ L'article 11 (i) de l'Accord entre l'Inde et la Biélorussie prévoit ainsi que « *Investors and their investments shall comply with all laws of a Party concerning the establishment, acquisition, management, operation and disposition of investments* » (*Treaty between the Republic of Belarus and the Republic of India on Investments*, 24/09/2018). Il en est de même des accords d'investissement conclus par le Brésil. Aux termes de l'article 14 de l'Accord conclu avec la Guyane, les parties reconnaissent que « *a) Investors and their investments shall comply with all laws, regulations, administrative guidelines and policies of a Party concerning the establishment, acquisition, management, operation and disposition of investments* » (*Cooperation and Investment Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana*, 13/12/2018).

¹⁵³⁹ *Agreement between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on Promotion and the Protection of Investments*, 24/07/1995 (date of entry into force: 07/01/1996) (article 10).

¹⁵⁴⁰ L'Accord entre le Costa Rica et les Pays-Bas est intéressant au regard de la précision relative aux législations sociales: « *Article 10: The provisions of this Agreement shall, from the date of entry into force thereof, apply to all investments made, whether before or after its entry into force, by investors of one Contracting Party in the territory*

Ainsi, l'extension des règles de base conduit logiquement à étendre les conséquences de leur violation.

De fait, les arguments peinent à convaincre, d'une part, sur la limitation de l'analyse de la clause de conformité au comportement de l'investisseur au moment de l'admission de l'investissement et partant au stade préliminaire, et d'autre part sur la nécessaire exclusivité du déni de protection comme conséquence de la violation de la clause. À vrai dire, la suggestion que nous faisons ici se heurte à un obstacle plus pratique que juridique, et réside dans le comportement des tribunaux et la force du « précédent » arbitral. Car il semble que la réticence des tribunaux vis-à-vis de l'extension de la clause de légalité aux comportements post-établissements de l'investisseur se fonde sur la sanction souvent retenue contre l'investisseur (le rejet de la demande de l'investisseur conduisant le tribunal à se priver de l'occasion d'apprécier les allégations de violations de l'accord par l'État)¹⁵⁴¹. Logiquement, cette crainte doit conduire à trouver dans l'examen du comportement de l'investisseur à l'aune de la clause de conformité largement entendue une solution médiane et acceptable consistant dans la possibilité de retenir tant à l'égard de l'État que de l'investisseur des violations de leurs obligations respectives.

Certes, la diversité des conceptions (concernant la source, le contenu, la portée) de la clause de la conformité de l'investissement au droit local rend peu probable en pratique une

of the other Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the latter Contracting Party, including its laws and regulations on labour » (*Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Costa Rica and the Kingdom of the Netherlands, 21/05/1999 (date of entry into force: 01/07/2001)*). Dans le même sens, l'article 16 (responsabilité sociale de l'entreprise) du nouveau modèle TBI canadien rappelle que « *(t)he Parties reaffirm that investors and their investments shall comply with domestic laws and regulations of the host State, including laws and regulations on human rights, the rights of Indigenous peoples, gender equality, environmental protection and labour* ».

¹⁵⁴¹ « *The reason why tribunals have been hesitant to consider post-establishment misconduct in the jurisdictional phase is that such misconduct is often part of the factual background that triggered the arbitration proceedings (...)* In such circumstances, tribunals are unlike to decline jurisdiction or admissibility in response to the host State 's allegations » (FAHNER J.H., « *Assessing Investor Misconduct in Mining Disputes-Legality Requirements, Clean Hands and Contributory Fault* », *op. cit.*, p. 78) ; voir *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Award, 18 July 2014*, para. 1355; le constat peut être fait lorsque le tribunal refuse de traiter le comportement de l'investisseur sous l'angle de l'admissibilité de la demande (à la suite d'un argument fondé sur la doctrine des « mains propres » et le renvoi au fond pour le traité comme une contribution au dommage (*Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016, op. cit.*, para.5.65). Voir également dans le même sens :

¹⁵⁴¹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/14/21) Award, 30 novembre 2017*, para. 335.

confirmation jurisprudentielle suffisante dans un futur proche¹⁵⁴². Il n'en demeure pas moins que théoriquement, il est possible de soutenir que la clause de conformité, lorsque sa rédaction le permet, peut être interprétée comme une obligation de l'investisseur au sens de responsabilité envers la société¹⁵⁴³. Dès lors, bien que la rédaction ne soit pas identique à celle l'article de 9 de l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI), il est possible que les tribunaux aient une interprétation similaire à celle donnée à ce dernier article. Dans l'affaire *Hesham T.M. Al Warraq*, le tribunal arbitral a considéré que cet article 9 impose une obligation positive et que cette obligation était de nature internationale : « *An investor of course has a general obligation to the law of the host State, but Article 9 raises this obligation from the plane of domestic law (jurisdiction of domestic tribunals) to a treaty obligation binding on the investor in an investor state arbitration* »¹⁵⁴⁴.

Pour renforcer cette position soutenue, il est possible de rappeler la pratique des États adoptant des lois d'investissement. Cette pratique permet d'établir la dimension sociale du contenu de la disposition relative à l'obligation de conformité au droit national et peut être indicative de l'intention des États de convenir dans certains cas d'une acception large de la clause de conformité. De ce point de vue, dans le cas des lois nationales marquées par la présence des obligations fondamentales imposées à l'investisseur, obligations qui vont au-delà des conditions formelles d'enregistrement, la réponse est *a priori* positive. On peut supposer que lorsqu'un BIT évoque le droit national, elle fait un renvoi aux lois nationales pertinentes. Or, la loi nationale d'investissement est la première réglementation de l'investissement susceptible de situer sur l'intervention de réglementations complémentaires. Ce raisonnement peut s'appuyer sur la pratique législative. Celle-ci permet d'observer que, indépendamment de la pratique consistant à prévoir des obligations sociales pour l'investisseur, les lois nationales comportent à leur tour des clauses de conformité aux réglementations nationales. Dans certains cas, la clause est simplement formulée. Mais même dans ce cas, le contenu est manifestement

¹⁵⁴² Voir DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, *op. cit.*, p. 87-97; KALICKI J., EVSEEV D. and SILBERMAN M., « Legality of investment », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, *op. cit.* ; MBENGUE M. M., « Les obligations des investisseurs étrangers », in SFDI (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, *op. cit.*, p. 316-317. Le professeur MBengue fait remarquer que les sentences arbitrales tendent à lier la clause à la protection de l'investissement en la limitant aux règles applicables à l'investissement (p. 315). Voir également : POLKINGHORNE M., VOLKERMER S-M., « The Legality Requirement in Investment Arbitration », in BANIFATEMI Y., GAILLARD E. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, *op. cit.*, p. 65-95.

¹⁵⁴³ NOWROT K., « Obligations of Investors », in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. (eds.), *International Investment Law: A Handbook*, *op. cit.*, p. 1115.

¹⁵⁴⁴ *Hesham T.M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL, Award, 15 December 2014*, para.663.

large. L'article 20 de la loi guinéenne dispose ainsi que les investisseurs sont tenus au respect des lois et règlements en vigueur en République de Guinée. Dans d'autres cas, la formulation simple est accompagnée de la précision supplémentaire sur le caractère impératif d'autres réglementations. C'est le cas de l'article 22 de la loi de Mongolie dont la rédaction laisse entendre que la clause peut être entendue de façon restrictive : « *Investors shall have the following common obligations in addition to their basic obligations to conduct their business operations in accordance with the legislation of Mongolia* »¹⁵⁴⁵. Suivant une autre formulation explicitant les législations visées, la loi du Salvador précise que « *(a) ll local or foreign investors are bound to comply with the responsibilities established by law, particularly those relating to fiscal, labor and social security matters* »¹⁵⁴⁶. L'attention particulière sur la loi sociale est assez courante¹⁵⁴⁷ même si celle-ci peut être tout aussi simplement supposée¹⁵⁴⁸. Il est certain que toutes les lois ne fournissent pas une rédaction aussi large, mais en grande majorité, les lois nationales adoptent au moins ces deux types de formulations. Ce faisant, elles attestent la réalité de la socialisation explicite du droit matériel législatif, mais aussi de la socialisation indirecte du matériel conventionnel.

Ainsi, la pratique étatique peut permettre, en fonction des rédactions, grâce à la clause de conformité au droit national, de rendre l'investisseur responsable au niveau international des manquements aux obligations imposées au niveau interne. Il faut toutefois rappeler que cette interprétation large de la clause de conformité, qui permet d'élever au contentieux fondé sur le traité les violations des obligations internes de l'investisseur, ne suffit pas à faire admettre la violation par l'investisseur de ses obligations légales ou contractuelles : des questions de

¹⁵⁴⁵ *Mongolia Law on Investment (2013), op. cit.*

¹⁵⁴⁶ Article 14. Selon l'article 8 de la loi de Moldavie (*Law of The Republic of Moldova on Investments in Entrepreneurial Activity No. 81-XV (18.03.2004)*) « *investors shall invest in compliance international agreements, to which the Republic of Moldova makes part, this law and other legislative acts, and also in accordance with standards (norms, rules, etc.) adopted in the established procedure* ». Voir également la formulation retenue par la section 29 de la loi guyanaise (*Guyana Investment Act No. 1 of 2004*) : « *Investors shall conduct their operations in accordance with the laws of Guyana and in particular, take all measures necessary and appropriate to ensure that the facilities, factories, products and activities of their investment enterprises protect:*

a. the natural environment as mandated by the Environmental Protection Act; and
b. the health and safety of workers and the general public under the applicable laws of Guyana. »

¹⁵⁴⁷ La loi cubaine dispose aussi que « *Foreign investments must observe the labor and social security legislation in force in the Republic of Cuba, with the adjustments contained in this Act and its Regulation* » (article 27). Concernant la protection de la santé, la loi géorgienne impose à l'investisseur : « *(a)n investor shall be liable to conduct activities in accordance with the effective Georgian legislation as well as legislation concerning the environment and health protection* » (*Foreign Investment Act of Cuba (Law No. 118 of 29 March 2014)*, article 4).

¹⁵⁴⁸ La loi angolaise vise vaguement un ensemble de législations incluant implicitement la législation sociale : « *Private investors must respect the Constitution, the present Law and other legislation applicable in the Republic of Angola, and in particular, abstain direct or indirectly, by themselves or through third-parties, of practicing acts that translate into interference in the Angolan's Government internal affairs* » (Article 17).

compétences conditionnent l'effectivité de cette implication pour l'investisseur. La situation est relativement plus simple dans le cas de la justification du comportement étatique.

B. La justification du comportement étatique

Dans le cas de l'État, la pratique effective des droits sociaux peut permettre de justifier le caractère raisonnable de son comportement, lorsque ce comportement qui porte une atteinte à l'investissement vise la protection des droits sociaux.

Cette implication fondamentale réside dans le fait que la pratique interne d'un État en matière de protection des droits sociaux est un élément crucial d'appréciation du comportement raisonnable ou normal de l'État dans sa relation avec un investisseur¹⁵⁴⁹. Cette pratique peut être utilement présentée comme une preuve du comportement étatique normal et habituel, qui exprime la bonne foi de l'État. En prenant en compte les intérêts de l'investisseur et la protection des droits sociaux, la pratique des droits sociaux par l'État est de nature à présenter une atteinte aux droits de l'investisseur comme une atteinte normale et à conduire au rejet des allégations de violations. Indépendamment de la prise en compte du droit international des droits de l'homme, du droit national et/ou du contrat au titre du droit applicable, les mesures prises par un État et visant la protection des droits sociaux peuvent être justifiées de cette manière.

En outre, ce caractère raisonnable peut avoir des déclinaisons précises dans l'appréciation de l'allégation d'un standard particulier. Il convient d'évoquer l'effet possible dans le cas de quelques règles conventionnelles pour s'en convaincre.

Une première contribution, qui touche aussi la compétence du tribunal du traité, est relative au rapport entre le traité et le contrat. La tendance est de maintenir la distinction entre les violations contractuelles et les violations conventionnelles. Cependant, le critère de distinction fait rarement l'unanimité. Il a été défendu que le comportement en tant que cocontractant dans une relation contractuelle peut entraîner une violation du traité si l'État a agi par l'adoption d'actes de souveraineté¹⁵⁵⁰. L'affaire *Vivendi* en offre une illustration¹⁵⁵¹. Le

¹⁵⁴⁹ Voir le chapitre 7 de la thèse.

¹⁵⁵⁰ Voir VOSS J.O., *The impact of investment treaties on contracts between host states and foreign investors*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, p. 25 ss.

¹⁵⁵¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic)*, Award 21 November 2000. Para 79, p. 3.

premier tribunal a admis la difficulté à distinguer dans le cas d'espèce les violations contractuelles et des violations conventionnelles. Il a décidé de laisser le tribunal du contrat statuer d'abord sur les violations contractuelles. Le Comité d'annulation a au contraire considéré que les actes de la Province devaient être attribués à l'État, ce qui donnait compétence au tribunal vis-à-vis de la réclamation conventionnelle¹⁵⁵². Il a alors insinué que le critère résidait dans la nature des actes, les actes de souveraineté de l'État vis-à-vis du contrat et de l'investisseur pouvaient entraîner une violation conventionnelle. Dans ce contexte, l'imposition des obligations sociales dans les contrats confère au contrat une charge élevée de protection de l'intérêt général social qui rend plus difficile (ou clarifie suivant les cas) la distinction entre actes de gestion et actes souverains. Lorsque l'État exécutera sa fonction de protection de droits sociaux, il n'aura plus besoin d'agir en dehors du contrat. Il lui suffira d'actionner les dispositions contractuelles qui lui reconnaissent la possibilité de résiliation ou de suspension du contrat. Vu sous l'angle du régime du traité et de la théorie de l'internationalisation des contrats par les actes souverains, ce comportement qui aurait suffi, en dehors des obligations conventionnelles, à retenir la violation du traité, ne pourra plus l'être ou sera difficile à qualifier comme telle.

Ensuite, l'observation vaut aussi dans le cas de la clause « parapluie » qui permet également une internationalisation de la relation contractuelle en protégeant l'investisseur contre les violations contractuelles de l'État. Elle impose à l'État d'observer les engagements contractuels pris envers l'investisseur. Cela dit, la fonction précise de cette clause est incertaine¹⁵⁵³. Parmi les points d'achoppement, celui qui nous intéresse ici est la distinction qui divise les tribunaux entre les types de violations contractuelles visées par la clause parapluie. Une réponse définitive est exclue en raison du clivage des tribunaux entre ceux qui soutiennent que la clause ne concerne que les violations contractuelles par l'État en tant que puissance publique et ceux qui se positionnent en faveur de l'inclusion de toute violation contractuelle opérée par l'État, que ce dernier agisse en tant que puissance publique ou non. Si les frontières de la distinction sont confuses du fait de l'activation par l'État de la responsabilité contractuelle de l'investisseur pour violations des obligations sociales, les défendeurs d'une position

¹⁵⁵² *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (former Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002, para 96.*

¹⁵⁵³ Comme l'observait un auteur, « *the function, proper construction, and effect of umbrella clauses has turned into one of the most contentious issue in international investment law, with little doctrine consented and inconsistent arbitral decisions on a number of aspects* », SCHILL A., « *The impact of International Investment Law on Public contracts* », in AUDIT M. and SCHILL S.W., *Transnational law of public contracts, op. cit.*, p. 232- 258, spec. p. 254.

restrictive (et même ceux de la position large) dans l'application de la clause « parapluie » retiendront difficilement la responsabilité étatique pour violation du traité d'investissement.

Certains tribunaux justifient la différence entre les actes de l'État en se fondant sur l'existence dans le contrat d'une clause de stabilisation¹⁵⁵⁴. Cela revient à considérer que les actes de violation de la clause de stabilisation constituent des actes de l'État en tant que souverain. Même à supposer que cette distinction soit justifiée¹⁵⁵⁵, la pratique contractuelle peut apporter une réponse adaptée. Les contrats d'investissement prévoient des clauses de stabilisation expresses ou indirectes. Ces dernières figurent dans les clauses relatives au droit applicable au fond, qui indiquent qu'en cas de conflit entre les dispositions contractuelles et les règles nationales (exception faite de la Constitution) ou internationales, les règles contractuelles prévalent¹⁵⁵⁶. Toutefois, certaines clauses de stabilisation manifestent la prévalence des obligations en matière sociale lorsqu'elles émettent une exception à l'obligation de compensation de l'investisseur en cas de changement législatif : « *the obligation to take one of the actions referred to above shall not apply in relation to a change of law if Government establishes that that change of law reflects a change in standards generally applicable in relation to standards of environmental protection, safety, employment, training, social impact or security in the oil palm industry internationally* »¹⁵⁵⁷. Si la référence au changement de principes de comportement requis dans le secteur d'activité réduit la marge de manœuvre, il reviendra toujours au gouvernement d'apporter la preuve que la mesure répond à la mise en œuvre des standards visés.

Enfin, les clauses relatives aux aspects sociaux en général peuvent entrer en ligne de compte dans l'appréciation des attentes légitimes de l'investisseur. La présence des obligations sociales dans un contrat ou encore le constat d'une telle pratique pour les contrats d'investissement ou même pour un type particulier de contrats (surtout dans le secteur d'activité de l'investisseur, et même si ce dernier n'a pas signé pareil contrat avec le gouvernement en

¹⁵⁵⁴ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, 6 August 2004, para. 72; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, 79ss.

¹⁵⁵⁵ Les clauses de stabilisation ne sont plus réputées non violables, c'est plutôt l'absence de compensation qui est sanctionnée.

¹⁵⁵⁶ *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia) Inc.*, 03 June 2009 (Libéria), section 31; *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc.*, 21 December 2007 (Libéria), Section 27.

¹⁵⁵⁷ *SG Sustainable Oils Cameroon PLC. Establishment Convention between the Republic of Cameroon and SG Sustainable Oils Cameroon PLC.*, 17 September 2009 (Cameroun), article 20.4 (a).

question) avertit l'investisseur sur les possibles changements de l'environnement législatif ou réglementaire dans lequel il a investi¹⁵⁵⁸. Un tel avertissement est de nature à fermer la porte des attentes légitimes à l'investisseur (qu'il ait violé ses obligations contractuelles ou non). Cela est d'autant plus certain, dans l'hypothèse où l'investisseur a manqué à ses obligations sociales, que des tribunaux prennent désormais en compte le comportement de l'investisseur dans l'appréciation de l'existence ou du caractère raisonnable des attentes légitimes¹⁵⁵⁹.

De la même manière, le comportement de l'investisseur vis-à-vis des dispositions contractuelles pertinentes pourra être pris en compte, s'il y a lieu, dans l'appréciation de la renégociation du contrat aux fins de la détermination de la violation du traité d'investissement par l'État. Comme l'entend un auteur, le contrat d'investissement doit être considéré de façon globale, comme un tout constitué de l'ensemble des éléments de la relation économique depuis le début du contrat et incluant les phases de renégociation¹⁵⁶⁰. Il sera alors possible de considérer aussi le comportement de l'investisseur aux différentes étapes de la relation contractuelle pour apprécier la responsabilité de l'État pour violation conventionnelle du fait des allégations de violations contractuelles ayant occasionné ou faisant l'objet des renégociations ou encore constituant les raisons de l'échec des négociations. Dans cette perspective, une conception évolutive des attentes légitimes¹⁵⁶¹ se défend bien et devrait permettre leur adaptation tout au long de la vie du contrat, laissant ainsi place à une possibilité de prise en compte de la socialisation du contrat dans le cadre d'une renégociation.

Les implications de la pratique étatique en matière de droits sociaux sont importantes. Au-delà de la confirmation de son utilité probatoire, elle peut avoir des effets sur l'appréciation de la responsabilité de l'État. Ainsi, les implications de la pratique étatique sont importantes tant pour l'État que pour l'investisseur, mais elles concourent ensemble à la protection des droits sociaux ou à la défense de l'intérêt général social. Il revient aux États d'adopter le comportement adéquat à valoriser devant un tribunal arbitral. La situation est toutefois techniquement moins simple pour l'effectivité des implications pour l'investisseur. Comme

¹⁵⁵⁸ *Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005*, chap IV, para 9.

¹⁵⁵⁹ *Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005*, para. 151.

¹⁵⁶⁰ FLOROU A., *Contractual renegotiations and international investment arbitration: a relational contract theory interpretation of investment treaties*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2020, p. 104.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 127.

cela a été relevé plus haut, elles dépendent de questions relatives à la compétence du tribunal du traité.

Paragraphe 2. Les implications de la pratique étatique sur la compétence du tribunal

La question de savoir si la pratique en matière de droits sociaux implique l'établissement de la compétence du tribunal à l'égard de l'investisseur qui porte atteinte aux droits sociaux et à l'égard des tiers lorsqu'ils ont le droit d'exiger la réparation du dommage subi du fait des violations contractuelles par l'investisseur, soulève des considérations distinctes. Il convient de distinguer la compétence du tribunal d'investissement à l'égard des tiers et celle à l'égard de l'investisseur. Dans le premier cas qui inclut la considération relative à la compétence du tribunal du contrat, la perspective est de façon générale négative pour les droits sociaux au regard des différents types de contrats (A). Dans le second cas qui concerne uniquement la compétence à l'égard du tribunal du traité, elle paraît relativement positive (B).

A. Des perspectives négatives de la compétence du tribunal d'investissement à l'égard des tiers

Il faut avant tout préciser que les accords entre les investisseurs et les populations locales ou autres entités non gouvernementales au sein d'un État soulèvent des questionnements relatifs au pouvoir de ces populations et entités sur les biens qui sont objets de la transaction avec l'investisseur (la question relève en général de la compétence du droit national). Les questions relatives à l'inégalité du pouvoir de négociation entre les parties, à la bonne information de ces populations et à la réalité du bénéfice que ces dernières tirent des engagements promis sont très pertinentes et méritent beaucoup d'attention parce qu'elles peuvent révéler un risque de manipulation des populations. C'est pourquoi, sans pouvoir les étudier ici, au risque de perdre de vue notre objet, il peut être renvoyé à des auteurs au fait de la question¹⁵⁶².

La compétence du tribunal d'investissement (qu'il soit fondé sur la base du contrat ou d'un traité) à l'égard du tiers dépend de la clause compromissoire, mise à part la possibilité d'un compromis intervenu à la naissance du différend. Le résultat diffère alors suivant le type de contrat en présence. Il est évident que dans le cas des contrats d'investissement conclus entre

¹⁵⁶²Voir les contributions réunies dans ODUMOSU I.T. and NEWMAN D.G. (eds.), *Indigenous-industry agreements, natural resources and the law*, New York, Routledge, 2021.

l'État et l'investisseur, la compétence du tribunal n'est pas établie à l'égard du tiers. Ce n'est en revanche pas le cas lorsque l'accord implique le tiers. Dans ce dernier cas, la réponse est plus simple en présence d'accords sociaux (1) qu'en présence d'autres accords impliquant les tiers (2).

1. *Les accords sociaux*

Pour rappel, les accords sociaux, conclus entre l'investisseur et les populations locales, ouvrent la possibilité de reconnaissance expresse des voies de recours aux populations. Ainsi, les litiges découlant de l'application ou de la mise en œuvre du contrat sont soumis au juge national. Certains accords prévoient la possibilité de recours à la procédure arbitrale à la suite de l'échec du règlement amiable des différends. L'intérêt du recours à l'arbitrage pour les tiers est presque nul. À cet égard, certaines rédactions des clauses de règlements de différends (qui formulent une renonciation des populations au droit au recours devant un juge ou un tribunal ou encore qui ne crée pas de droits au profit des populations) peuvent conduire à s'interroger sur la pleine compréhension préalable des enjeux du contenu des accords signés par certaines populations¹⁵⁶³.

La question pertinente qui peut être posée à cet égard est celle de l'intérêt de la place du tiers pour l'État. Celui-ci peut-il obtenir une décision d'incompétence du tribunal sur la base du principe de l'« or monétaire »¹⁵⁶⁴, en argumentant qu'il est demandé au tribunal de statuer sur les droits des tiers qui sont absents à la procédure arbitrale ? Une réponse positive est possible si le tribunal considère la globalité du contrat principal incluant l'accord social (qu'il soit exigé par la loi ou par le contrat, la loi nationale étant souvent le droit applicable) pour déterminer l'existence de l'intérêt juridique du tiers dans la procédure, mais elle n'est pas tout à fait certaine en raison du précédent (l'affaire *Chevron c. Équateur* par exemple)¹⁵⁶⁵. La pratique devant la Cour internationale de justice montre qu'il ne suffit pas que l'intérêt du tiers soit simplement affecté pour que la Cour rejette sa compétence. La Cour ne décline sa compétence que lorsque « *the third state's position is really central to the dispute, such that a judgment on the key issues in the case would amount to subjecting the absent state to the court's jurisdiction without its*

¹⁵⁶³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵⁶⁴ Le fond du principe est que les intérêts juridiques du tiers sont directement en cause et « seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision » (*Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (Question préliminaire) (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J., 15 juin 1954, Recueil 1954, p. 19, 32)

¹⁵⁶⁵ Une différence fondamentale avec l'affaire *Chevron* qui peut jouer en faveur de l'hypothèse présente tient au fait que dans cette affaire, il n'y avait pas d'accord entre l'investisseur et les populations.

consent »¹⁵⁶⁶. Dans notre hypothèse, le tribunal devra juger si le lien entre le différend et les violations de l'accord social est tel qu'il ne pourrait rendre sa décision sans trancher un différend entre l'investisseur et les populations. Dans ce cas, les circonstances du différend et la présentation de l'argument par l'État sont à prendre en compte. Dans tous les cas, en raison du peu de bénéfice pour la protection des droits sociaux d'une décision d'incompétence du tribunal, il est souhaitable que l'État ne soulève pareil argument que lorsqu'il ne lui est pas possible d'introduire une demande reconventionnelle.

Plus complexe et également plus intéressante pour la défense des droits sociaux est la situation dans laquelle les populations locales sont parties au contrat d'investissement.

2. *Le cas des contrats d'investissement impliquant les tiers*

La particularité de ces contrats d'investissement nécessite une petite présentation (a) avant d'aborder le point qui préoccupe (b).

a. Présentation

Deux types de situations peuvent être distinguées. La première situation concerne les contrats d'investissement dont l'une des parties est constituée par des populations locales qui désignent des représentants (on peut les appeler des contrats autonomes pour les distinguer des accords sociaux qui impliquent aussi les populations). La seconde est constituée par le cas des contrats tripartites incluant l'État.

Concernant les contrats autonomes, ce sont des contrats qui peuvent être conclus en présence des autorités locales qui n'ont pas d'engagements ni de droits particuliers dans l'accord. Ces contrats sont conclus par les populations en vertu des droits que le droit national leur reconnaît sur les terres qui sont l'objet de l'investissement. En vertu de ces compétences, les populations locales peuvent conclure des contrats de bail pour l'exploitation commerciale des terres agricoles¹⁵⁶⁷. Les contrats réaffirment que les populations en question ont le droit de louer ou de céder le bien¹⁵⁶⁸. L'accord conclu par la population sénégalaise de Koukane avec

¹⁵⁶⁶ CRAWFORD J., *State responsibility: the general part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, para 20.5.1.4.

¹⁵⁶⁷ *Lease Agreement between Chieftdom Council of Sorogbema Chieftdom and Aristeus Palm Oil Limited*, 8 September 2011 (Sierra Leone).

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, 3.2.

une entreprise norvégienne stipule ainsi : « Ce contrat est conclu pour un but spécifique bien déterminé. L'attribution de cette terre du domaine national ne confère aux bénéficiaires qu'un droit d'usage et ne peut faire l'objet d'aucune vente. Le Président de la communauté rurale de Kounkane signataire de cet accord garantit qu'elle a l'autorité d'accorder l'utilisation exclusive des terres listées aux points l'a, b, c ci-dessus AA pour faire pousser des plantes oléagineuses »¹⁵⁶⁹.

Dans leur contenu, ils énoncent les droits et obligations des parties relativement à l'objet du contrat. Ils comportent en outre des obligations relatives à l'emploi de la population locale, à la formation des populations dans le secteur de l'investissement et de l'éducation (y compris une restriction des quantités à l'exportation comme contribution à la sécurité alimentaire)¹⁵⁷⁰, aux contrats de fourniture ou de sous-traitance avec les fournisseurs et entreprises locaux¹⁵⁷¹. Le règlement des différends peut se faire par voie arbitrale conformément à la loi d'arbitrage nationale¹⁵⁷² ou suivant des règles d'arbitrage internationales¹⁵⁷³. L'accord de la Communauté de Fanaye prévoit qu'en cas d'échec de l'arbitrage, l'affaire pourrait être décidée devant un tribunal spécial (le Tribunal Régional hors Classe de Dakar)¹⁵⁷⁴.

S'agissant de la catégorie des accords tripartites, elle comprend les contrats conclus entre l'investisseur, l'État et les populations locales¹⁵⁷⁵. La particularité réside dans la participation de l'autorité, non pas en tant que personne témoin ou garante de la bonne exécution de l'accord comme cela est possible avec un accord autonome, mais en tant que partie à l'accord. Dans leur contenu, cependant, ils visent également l'amélioration de la vie des populations concernées (éducation, soins de santé, respect de leurs activités traditionnelles, culturelles et économiques), leur information et participation à la gestion des effets de

¹⁵⁶⁹ *Contrat d'exclusivité pour l'utilisation de terre entre la Communauté rurale de Kounkane et AgroAfrica S.A., 3 juillet 2008 (Sénégal)*, 9. Les parties ont toutefois soumis le contrat au droit français.

¹⁵⁷⁰ *Lease Agreement between Chiefdom Council of Sorogbema Chiefdom and Aristeus Palm Oil Limited, 8 September 2011 (Sierra Leone)*, *op. cit.*, 5.

¹⁵⁷¹ *Contrat d'exclusivité pour l'utilisation de terre entre la Communauté rurale de Kounkane et AgroAfrica S.A., 3 juillet 2008 (Sénégal)*, *op. cit.*, 2.

¹⁵⁷² *cit.*, 4.7; *Lease Agreement between Chiefdom Council of Maforki Chiefdom and West Agricultural Limited, 18 November 2011 (Sierra Leone)*, 4.

¹⁵⁷³ Le point 6 de l'accord de la communauté Kounkane renvoie à l'arbitrage suivant les règles de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale de Paris. Voir également le *Protocole d'accord entre la Communauté rurale de Fanaye et Senethanol S.A., 30 mars 2011 (Sénégal)*.

¹⁵⁷⁴ Article VI. III.

¹⁵⁷⁵ *Sakhalin Indigenous Minorities development Plan, December 2010 (Russia)*; *Impact Benefit Agreement between True North Gems Greenland A/S, the Municipality of Kommuneqarfik Sermersooq and Greenland Government under Mineral Exploitation Licence 2014/21, 16 June 2014 (Greenland)*.

l'investissement et la prévention des dommages¹⁵⁷⁶. Ils peuvent alors prévoir des mécanismes de réclamation contentieux¹⁵⁷⁷ ou non contentieux et de suivi de la mise en œuvre¹⁵⁷⁸. Particulièrement, il a été prévu dans un accord qu'en cas de réclamation contre les autorités administratives et gouvernementales pour défaut d'exécution ou toute action ou omission de l'investisseur par un tiers, ces autorités devraient être indemnisées par l'investisseur à condition qu'il ait été donné à ce dernier l'occasion de se défendre en temps utile, devant le juge, l'arbitre ou tout autre mécanisme devant lequel le tiers (victime) aurait apporté l'affaire¹⁵⁷⁹. Le non-respect des obligations est également une cause de retrait du permis¹⁵⁸⁰.

b. Observation

Ces accords appellent deux observations relativement à la question de compétence du tribunal. En premier lieu, les deux accords posent de sérieux problèmes liés à la détermination de la compétence du tribunal. Ils concernent le critère matériel et le critère personnel de la compétence d'un tribunal d'investissement.

Le problème lié à la compétence matérielle tient au fait que ces accords ne sont pas, à proprement parler, des contrats d'investissement. Dans l'hypothèse de règlement d'un litige y relatif (même si les contrats tripartites rencontrés ne prévoient pas de clause compromissoire) devant un tribunal *ad hoc* établi en vertu du contrat, la préoccupation est moins significative. Le tribunal appliquera sous contrôle du droit international le contrat (y compris les dispositions relatives au contrat social) et le droit applicable désigné (en général un droit national), et retiendra sa compétence à l'égard des populations signataires.

¹⁵⁷⁶ *Sakhalin Indigenous Minorities Development Plan, December 2010 (Russia)*, *op. cit.*, 1, 3. Cela a été l'occasion pour les communautés concernées de mentionner leurs préoccupations relativement aux effets de la production pétrolière sur leur santé ainsi que sur la gestion des réclamations. Voir aussi *Impact Benefit Agreement between True North Gems Greenland A/S, the Municipality of Kommuneqarfik Sermersooq and Greenland Government under Mineral Exploitation Licence 2014/21, 16 June 2014 (Greenland)*, *op. cit.*, 2.1. Le Point 11 de ce dernier accord impose un rapport annuel sur le respect par les contractants de l'investisseur des conditions de nombres d'emploi à réserver aux locaux, la formation, les entreprises locales de sous-traitance.

¹⁵⁷⁷ *Impact Benefit Agreement between True North Gems Greenland A/S, the Municipality of Kommuneqarfik Sermersooq and Greenland Government under Mineral Exploitation Licence 2014/21, 16 June 2014 (Greenland)*, *op. cit.*, prévoit un recours devant les juridictions danoises ou de Groenland (26).

¹⁵⁷⁸ *Sakhalin Indigenous Minorities Development Plan, December 2010 (Russia)*, *op. cit.*, 4.

¹⁵⁷⁹ *Impact Benefit Agreement between True North Gems Greenland A/S, the Municipality of Kommuneqarfik Sermersooq and Greenland Government under Mineral Exploitation Licence 2014/21, 16 June 2014 (Greenland)*, *op. cit.*, 22.2. Cette disposition (et d'autres dont les dispositions sur les objectifs, responsabilités sociales et règlements de différends) reste en vigueur et s'applique, même après la fin du contrat (19.5)

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, 18.

En revanche, cela ne sera pas le cas devant un tribunal CIRDI et/ou devant un tribunal établi en vertu du traité d'investissement. Dans ces deux cas, la condition de l'existence d'un investissement devra être vérifiée. *A priori*, le problème semble seulement apparent : la définition de l'investissement n'incluant pas une condition relative à la partie contractante, la condition pertinente (dans le cas des secteurs d'activité concernés) est celle relative à la présence d'un support de l'investissement sur le territoire de l'État d'accueil. Par exemple : « *The term investment means every kind of asset which is owned directly or indirectly and invested by investors of one Contracting Party in the territory of the state of the other Contracting Party in accordance with its laws and regulations, including in particular (...)* »¹⁵⁸¹ ou encore : « *The term "investment" means every kind of asset, connected with business activities, acquired for the purpose of establishing lasting economic relations in the territory of a Contracting Party in conformity with its laws and regulations, and that has the characteristics of an investment¹, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, the assumption of risk, contribution to economic development, or a certain duration, and shall include in particular, but not exclusively (...)* »¹⁵⁸². Dans cette hypothèse, la seule réserve pertinente¹⁵⁸³ concernera le cas où le traité d'investissement exclut expressément les investissements portant sur les ressources naturelles. Le traité entre le Mali et les Émirats arabes unis stipule que le « présent Accord ne couvre pas les concessions ou autres droits conférés par la loi ou sous contrat en rapport avec les ressources naturelles »¹⁵⁸⁴.

En réalité, le critère matériel peut conduire au rejet de la compétence du tribunal. Il existe encore une discussion sur la définition de l'investissement. Dans le cadre d'un arbitrage CIRDI, il est souvent admis que la Convention CIRDI ne donne pas une définition de l'investissement¹⁵⁸⁵ et que cette définition est laissée aux parties du traité d'investissement¹⁵⁸⁶. Cependant, la discussion ne s'arrête pas là. Il est soutenu à partir du cas des arbitrages hors

¹⁵⁸¹ *Agreement between the Republic of Rwanda and the United Arab Emirates on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 01/11/2017*, article 1.2.

¹⁵⁸² *Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the State of Palestine on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 05/09/2018*, article 1.

¹⁵⁸³ Cela concerne aussi les contrats d'investissement au sens propre.

¹⁵⁸⁴ Article 2. I c.

¹⁵⁸⁵ Voir toute la discussion et les sentences sur le critère de contribution au développement économique dans l'arbitrage CIRDI : GAILLARD E., BANIFATEMI Y., « The long March towards a *Jurisprudence constant* on the Notion of Investment », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEAIN M.U., *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, *op. cit.*, p. 97-125.

¹⁵⁸⁶ *Contra. Ablacat and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Dissenting Opinion of Professor Georges Abi-Saab 4 August 2011*, para. 38 ss., 46.

CIRDI que « *the terms of the contracting parties do not of themselves determine what is an « investment » within the meaning of Article 25* »¹⁵⁸⁷. Il reviendrait ainsi finalement aux tribunaux de définir l'investissement en s'aidant des indices de définition donnés par les parties dans le traité d'investissement. Ceux-ci peuvent dès lors être influencés par le critère personnel.

Suivant le critère personnel, la participation du tiers peut conduire au rejet de la compétence du tribunal arbitral sur la base des clauses de compétence contenues dans le traité d'investissement et/ou dans la Convention CIRDI (pour les arbitrages CIRDI). L'article 25 (1) de la Convention CIRDI établit la compétence du Centre à l'égard d'un État partie et du national d'un autre État partie.

En raison de toutes ces difficultés, il est compréhensible que l'on plaide pour un règlement de ces accords devant des juridictions supranationales¹⁵⁸⁸.

Si la participation du tiers est exclue, une réclamation portée par un investisseur peut être contestée par l'État qui peut facilement rejeter l'attribution des actes des populations (dans le cas des contrats autonomes) ou encore invoquer l'application du principe de l'« or monétaire » (dans le cas des accords tripartites).

En second lieu, il est possible de se demander si le contrat d'investissement établit le consentement de l'investisseur à l'arbitrage d'investissement indépendamment de la formulation restrictive de la clause d'arbitrage contenue dans le traité d'investissement. Son intérêt est qu'une réponse affirmative ouvre la voie à la possibilité de demandes reconventionnelles contre l'investisseur. La réponse tend malheureusement vers la négative dans la mesure où il s'agit d'établir le consentement de l'investisseur au traité d'investissement et que la clause compromissaire dans le contrat n'évoque pas les traités d'investissement de l'État. Le point positif est toutefois qu'il est possible de suggérer aux États de prévoir la compétence du tribunal du traité d'investissement à l'égard de l'investisseur en faisant une référence expresse à leurs traités d'investissement dans le contrat d'investissement. Le cas échéant, une réponse affirmative à la compétence du tribunal du traité d'investissement à

¹⁵⁸⁷ SCHWEBEL M. S., « Does the Consent of the Contracting Parties govern the Requirement of an Investment as specified in Article 25 of the ICSID Convention? », in BANIFATEMI Y., GAILLARD E. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, Huntington, JurisNet, 2018, p. 55-63, p. 55.

¹⁵⁸⁸ ODUMOSU-AYANU I.T., « Governments, investors and local communities », *op. cit.*

l'égard de l'investisseur qui a violé les obligations sociales prévues dans le contrat est possible. Au moins, cela donnera l'occasion au tribunal de prendre position sur les questions éventuelles notamment la question de savoir si cela entraîne une tentative de modification unilatérale de l'investissement.

En résumé, la compétence du tribunal arbitral du contrat à l'égard du tiers n'est pas souhaitable lorsque le tiers est seul face à l'investisseur, même si cela est possible en fonction des clauses de règlement des différends dans le cas des accords sociaux et des accords d'investissement autonomes. Cette position est justifiée eu égard à l'intérêt de la protection des droits sociaux qui est susceptible de passer en second si le différend entre les populations locales et l'investisseur est davantage considéré comme un différend commercial que comme un différend s'élevant à propos d'un accord social. Cette position n'enlève toutefois pas tout intérêt pour la protection procédurale des droits sociaux en vertu de ces accords. La place du tiers dans ces contrats impliquant le tiers et le lien entretenu avec le contrat d'investissement entre l'État et l'investisseur peuvent servir d'arguments en faveur du rejet de la compétence du tribunal ou de l'irrecevabilité de la demande de l'investisseur devant un tribunal du traité.

B. Les perspectives positives de l'établissement de la compétence du tribunal à l'égard de l'investisseur

La question de la compétence du tribunal à l'égard de l'investisseur peut se poser tant pour un tribunal fondé sur un traité d'investissement que pour un tribunal établi sur la base d'un contrat. Alors que, dans le premier cas, l'effectivité des droits sociaux est problématique, la situation recouvre un caractère normal **(1)** et permet l'engagement de la responsabilité de l'investisseur dans le second cas **(2)**.

1. L'établissement normal de la compétence du tribunal du contrat à l'égard de l'investisseur

De nombreux contrats renvoient pour leur application à la compétence exclusive des juridictions internes¹⁵⁸⁹. Les accords de concession forestière signés par le Brésil réservent la

¹⁵⁸⁹*Société Centrafricaine Forestière. Convention définitive d'aménagement-exploitation entre le ministère des Eaux, Forêts, Chasses et Pêches, charge de l'Environnement et la Société Centrafricaine Forestière (SCAF), 03 décembre 2007 (Centrafrique), article 10.*

connaissance des différends aux cours fédérales¹⁵⁹⁰. La compétence exclusive est également retenue dans certains contrats conclus par le Cambodge. Par exemple, il est parfois prévu que le litige s'élevant à propos du contrat est soumis, après échec des négociations, au conseil du développement du Cambodge, puis éventuellement soumis à la cour nationale¹⁵⁹¹.

L'exclusivité de forum juridictionnel rend peu probable la connaissance des dispositions contractuelles et, partant, des obligations de l'investisseur par un tribunal arbitral. Un tribunal arbitral est normalement incompétent pour connaître des litiges s'élevant à l'égard du contrat, du moins au regard de la clause de règlement des litiges contenus dans le contrat. Toutefois l'incompétence du tribunal arbitral n'est pas absolue : elle peut être contournée à l'occasion d'une réclamation sur le fondement d'une clause parapluie contenue dans un traité ou encore, comme soutenue ici, sur le fondement de la clause de conformité au droit national.

D'autres contrats, sans l'imposer, prévoient la possibilité du recours à l'arbitrage. L'article 23 du contrat entre *Khaou Chuly Development Co, Ltd.* et le Cambodge semble imposer un recours aux juridictions nationales par l'utilisation des termes « *the dispute shall be resolved by the court of Cambodia* ». La suite de la disposition exprime en réalité une possibilité laissée aux parties : « *The resolution of the dispute could be also possible through international arbitration in accordance with the mutual agreement reached* »¹⁵⁹².

¹⁵⁹⁰ *Industrial Madeireira Flona do Jamari Ltda., UMF I, Contrato de Concessão Florestal (e termos aditivos de 2010, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2017), 16 October 2008 (Brésil), clause 30 ; Amata S.A., UMF III, Contrato de Concessão Florestal (e aditivos de 2012, 2013, 2015), 30 September 2008 (Brésil), clause 30 ; Benevides Madeiras Ltda. EPP, UMF I, Contrato de Concessão Florestal N° 1, 30 November 2016 (Brésil), op. cit., clause 27), voir également certains accords libériens qui prévoient le règlement par un tiers (contracting officer) dont la décision est susceptible de faire l'objet d'un appel devant la cour nationale compétente (*Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3, 21 July 2010 (Libéria), B.10.13; Liberia Tree & Trading Company, Inc. Forest management contract Area 'c' in River Cess County between the Republic of Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Tree & Trading Company, Inc., 06 October 2008 (Libéria), B8.3; Bargar & Bargar Enterprise. Contract to manage Timber Sale Area: A-7, 27 June 2008 (Libéria), op. cit., B.8.3.**

¹⁵⁹¹ *Growest Building Trading Co. Ltd. Agreement on the Investment of Plantation Development for Rubber Teak Tree (Tectona Grandis) and Acacia between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Growest Building Trading Co. Ltd., 17 July 2008 (Cambodge), article 11; Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge), article 11.*

¹⁵⁹² *Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation, 8 October 2008 (Cambodge), article 23; Heng Yue (Cambodia) International Company Limited. Contract on the Investment in Acacia and Sugar Cane Plantation, 11 August 2011 (Cambodge), article 23. Voir également CLC Industries PLC. Land Rent Contractual Agreement made between Ministry of Agriculture and rural Development and CLC Industries PLC, 26 December 2009 (Ethiopie), article 17.*

D'autres enfin peuvent ne prévoir que la voie de l'arbitrage international devant le CIRDI¹⁵⁹³ ou la CCI¹⁵⁹⁴ ou encore suivant les règles nationales d'arbitrage avec un siège dans un pays précis¹⁵⁹⁵. Il arrive (rarement) qu'il y ait des défauts de rédaction qui conduisent à des clauses contradictoires. L'illustration est donnée par les 9 et 13 de l'accord entre le gouvernement du Soudan du Sud et *Equatoria Teak*. Le premier article renvoie à la procédure arbitrale pour tout différend relatif à la mise en œuvre en œuvre du contrat. Le second qui traite du droit applicable (au fond) réserve la connaissance exclusive aux cours nationales (« *the courts of South Sudan shall have jurisdiction in all matters relating to the agreement* »)¹⁵⁹⁶. Dans ces conditions, un refus d'aller à l'arbitrage peut conduire à l'engagement de la responsabilité de l'État pour violation du standard TJE.

Lorsque la clause de règlement des différends renvoie comme dans ces cas à la compétence du tribunal arbitral, la compétence arbitrale peut être considérée comme établie à l'égard des parties au contrat d'investissement, sans possibilité d'inclure les tiers.

En tout état de cause, la compétence du tribunal ne sera établie qu'à l'égard de l'investisseur et de l'État et non du tiers. La réponse est moins simple dans le cas des autres contrats.

2. L'établissement possible de la compétence du tribunal du traité à l'égard de l'investisseur

L'adoption de lois d'investissement est une pratique courante aujourd'hui. Dans les décennies 80 et 90, elle était au centre de l'objectif d'attraction des investissements directs

¹⁵⁹³ *SG Sustainable Oils Cameroon PLC. establishment Convention between the Republic of Cameroon and SG Sustainable Oils Cameroon PLC.*, 17 September 2009 (Cameroun), article 19.1; *Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia), Inc.*, 03 June 2009 (Libéria), section 28; *Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc.*, 21 December 2007 (Libéria), art 24; *Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria)*, 16 August 2010 (Libéria), article 28.

¹⁵⁹⁴ *Goldtree SL Limited and Goldtree Holdings. Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Sierra Leone and Gold Tree (sl) Ltd.*, 26 August 2010 (Sierra Leone), point 8; *Nile Trading & Development. Lease Agreement*, 11 March 2008 (Soudan du Sud), point 4.

¹⁵⁹⁵ *Tree Farms Sudan Ltd. Land Title Agreement*, 2008 (Soudan du Sud), point 7.

¹⁵⁹⁶ *Equatoria Teak Company Ltd. Management and Development of Teak Plantation Agreement between the Government of Western Equatoria and the Government of Southern Sudan on One Party and Teak Company Ltd. on the other*, 28 June 2006 (Soudan du Sud), 9, 13.

étrangers dans les pays en développement¹⁵⁹⁷ ; elle consistait essentiellement à conférer des avantages aux investisseurs dans une logique de compétition entre législations nationales. Les données récentes montrent que la logique a changé. L'adoption de lois nationales n'est plus seulement l'apanage des pays en développement d'investissement¹⁵⁹⁸. Ce constat entraîne une révision de la distinction d'antan entre les pays du Nord et ceux du Sud vers un nouveau paradigme : « *The debate is now being shifted to the conflicting rights and interests of host states and foreign investors, which is essentially a private-public debate* »⁷⁴.

Dans leur contenu, les lois d'investissement reflètent le droit international des investissements. La protection des investissements qu'elles offrent consiste le plus souvent à une reprise des standards généraux¹⁵⁹⁹. Sans doute l'avènement des TBI a-t-il fait de l'ombre aux lois d'investissement, mais ces lois demeurent des sources de droits de l'investisseur sous réserve de leur compatibilité au droit international¹⁶⁰⁰. En ce sens, ces lois font souvent l'objet de renvoi par le droit international. Pour toutes ces raisons, il est important de considérer dans quelle mesure elles peuvent jouer une fonction juridiquement plus importante en droit international que la fonction politique d'attraction des investissements. Concrètement, il s'agit ici de s'interroger brièvement si, au-delà de l'affirmation traditionnelle selon laquelle le droit national est un fait pour le juge international, la loi d'investissement pouvait apparaître comme un droit établissant la compétence du tribunal du traité d'investissement à l'égard de l'investisseur.

En droit international, il est généralement admis que le droit national est un fait. La loi nationale ne peut donc régir une situation internationale. Cette acception est cependant relativisée à plusieurs égards¹⁶⁰¹. S'agissant des lois d'investissement, la jurisprudence arbitrale traite souvent la clause de règlement des différends prévu dans ces lois comme un acte unilatéral. La question s'est posée légitimement de savoir si cette qualification ne peut pas être

¹⁵⁹⁷ SCHARAW B., *The protection of foreign investments in Mongolia: treaties, domestic law, and contracts on investments in international comparison and arbitral practice*, Cham, Springer, 2018, p. 145.

¹⁵⁹⁸ SHAN W. (ed.), *The legal protection of foreign investment: a comparative study*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 74. L'auteur relève que des pays développés comme le Canada, l'Australie, la Grèce ont adopté des lois d'investissement.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁶⁰⁰ SCHARAW B., *The protection of foreign investments in Mongolia*, *op. cit.*, p. 145.

¹⁶⁰¹ Voir SANTULLI C., *Le statut international de l'ordre juridique étatique: étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pédone, Paris, 2001, et la contribution de RIVIER R., « L'articulation entre droit national et droit international devant les tribunaux arbitraux internationaux d'investissement », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, *op. cit.* ? p. 413-483.

appliquée à toute la loi d'investissement. La réponse derrière laquelle on s'aligne ici est essentiellement doctrinale.

C'est par une critique de l'approche traditionnelle de la définition des actes unilatéraux (notamment des critères retenus par la Commission du droit international) que le professeur Makane Mbengue affirme une double qualification de fait et de droit des lois d'investissement. Il part de l'idée que le droit international attache des conséquences à l'expression libre de l'État recherchant un effet juridique international ; et « *it is precisely because of this 'freely adopted attitude' that a state can decide to commit itself unilaterally with respect to foreign investment protection and promotion. Once it does so within the framework of national legislation, the instrument at stake acquires prima facie the legal nature of an autonomous unilateral act under international law, i.e. a legal act « made in the exercise of a state's freedom to act on the international plane ». The very raison d'être of such a legal transmutation is that international law deduces and « imposes certain obligations on [a] State » whose municipal legal order has unilaterally conferred rights on foreign investors/investments. From this modus operandi, national foreign-investment laws are then eligible to penetrate the world of unilateral acts of states* »¹⁶⁰². Dès lors, les lois nationales sont des faits lorsqu'il s'agit de leur application par des juges et tribunaux internationaux, et du droit -donc des actes unilatéraux- lorsqu'ils sont des sources d'obligations du droit international¹⁶⁰³.

C'est presque par la même démarche (certes moins critique vis-à-vis de la Commission du droit international) que le professeur Jarrod Hepbrun arrive à la même conclusion : car, « *(the) application of basics principles on unilateral acts suggests a plausible argument that both the substantive provisions of FIL (Foreign Investment Laws) and the arbitral consent clause can be characterised as unilaterally-binding sets of obligations in international law* »¹⁶⁰⁴. Tous les deux attirent l'attention cependant sur le risque de généralisation, certaines lois (voire certaines dispositions de la loi) étant plus encore sûres que d'autres à la qualification en raison de leur rédaction. Le professeur Makane Mbengue suggère trois critères que sont le

¹⁶⁰² MBENGUE M.M., « National Legislation and Unilateral Acts », in GAZZINI T. (ed.), *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden, Nijhoff, 2012, p. 187-188.

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ HEPBRUN J., « Non State Actor in International Dispute Settlement: the Case of Domestic Investment statutes », in SCOTT K., CLAUSSEN K., CÔTÉ C.-E. and KANEHARA A. (eds.), *Changing actors in international law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2021, p. 381- 407, p. 388.

sens ordinaire des mots, l'intention de l'État et les attentes légitimes de l'investisseur¹⁶⁰⁵. Ces critères sont très proches de ceux retenus par la Commission du droit international à savoir le contenu des déclarations, les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues et les réactions qu'elles ont suscitées¹⁶⁰⁶.

Si l'on considère donc que la tentative d'identification des actes unilatéraux *stricto sensu* n'est pas réussie par le CDI qui a beaucoup insisté sur l'intention de l'auteur de l'acte¹⁶⁰⁷, les lois d'investissement peuvent être considérées comme des actes unilatéraux¹⁶⁰⁸. Ils sont des actes volontaires adressés de bonne foi à une catégorie de personnes déterminées : les investisseurs. Cette conclusion emporte comme conséquence l'application et l'adaptation des règles de la responsabilité internationale¹⁶⁰⁹.

En ce qui concerne la responsabilité de l'investisseur, la question est de savoir si cette qualification peut emporter l'imposition des obligations à l'investisseur, la réponse est a priori positive. Selon le Principe 7 des Principes directeurs de la CDI, « *une déclaration unilatérale n'entraîne d'obligations pour l'État qui l'a formulée que s'il a un objet clair et précis* »¹⁶¹⁰. Le Principe 9 adresse la question de la création d'obligations à la charge de l'État tiers : « *(a) aucune obligation ne peut résulter pour les autres États de la déclaration unilatérale d'un État. Cependant, le ou les autres États concernés peuvent se trouver engagés par une obligation relative à une telle déclaration unilatérale dans la mesure où ils ont clairement accepté une telle déclaration* ». Ce principe est parfaitement transposable dans la situation des lois d'investissement qui visent bien une catégorie déterminée de destinataires. L'acceptation de la loi d'arbitrage fait produire des effets juridiques à celles des dispositions qui manifestent une intention de l'État d'être liées (y compris les dispositions relatives aux avantages attractifs, aux

¹⁶⁰⁵ MBENGUE M.M., « National Legislation and Unilateral Acts », in GAZZINI T. (ed.), *International investment law*, *op. cit.*, p. 211.

¹⁶⁰⁶ Voir le Principe 3 des *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques 2006*, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. 2 (2006).

¹⁶⁰⁷ Voir préambule, la Commission, « (A) adopte les principes directeurs suivants qui ne portent que sur les actes unilatéraux *stricto sensu*, revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un... État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international » et le Principe 1.

¹⁶⁰⁸ Voir à ce propos, la critique selon laquelle les principes directeurs de la CDI ne fournissent pas de critères d'identification de l'intention de l'État (KASSOTI E., *The juridical nature of unilateral acts of states in international law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 69-71).

¹⁶⁰⁹ HEPBRUN J., « Non State Actor in International Dispute Settlement: the Case of Domestic Investment statutes », in BUSCEMI M., LAZZERINI N., MAGI L. and RUSSO D. (eds.), *Legal sources in business and human rights*, *op. cit.*, p. 390-392.

¹⁶¹⁰ *Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques 2006*, *op. cit.*

standards généraux de protection, à la clause compromissoire)¹⁶¹¹ et les obligations qui constituent un ensemble avec ces dernières.

En répondant aux conditions de la loi d'investissement, l'investisseur accepte l'acte unilatéral de l'État et ses conditions¹⁶¹². Ensuite, en actionnant le mécanisme de la protection du traité, il peut se voir imposer l'obligation conventionnelle de la conformité au droit national (si la formulation de la clause autorise une telle interprétation). La question de savoir si une demande reconventionnelle de l'État peut être fondée sur le consentement découlant de l'acte unilatéral peut recevoir une réponse positive à la condition que l'État adapte sa loi d'investissement à cet objectif. L'État peut ajouter des dispositions relatives à l'acceptation de demandes reconventionnelles dans les contentieux sur des allégations fondées sur ses propres accords d'investissement. Pour l'État, cette possibilité est plus accessible que la modification d'un traité d'investissement qui ne dépend pas de sa seule volonté. Certains auteurs ont suggéré une notification au moment de l'admission de l'investissement. Cette solution n'est plus nécessaire lorsque l'État arrive à établir que sa loi d'investissement constitue un acte unilatéral que l'investisseur a accepté en investissant conformément au droit local, donc conformément à la loi d'investissement.

Il résulte de ces considérations que l'établissement de la compétence du tribunal du traité d'investissement à l'égard de l'investisseur n'est pas certain. La suggestion relative au recours à la loi d'investissement comme un acte unilatéral dépend encore de la production d'un lien avec le traité d'investissement. Toutefois, contrairement à une modification du traité, la modification d'une loi nationale peut être facilement opérée tout en respectant les engagements étatiques en cours¹⁶¹³. L'établissement de la compétence d'un tribunal à l'égard du tiers soulève également des questions sans réponse certaine pour le moment. Elles sont cependant moins préoccupantes dans la mesure où il n'est pas souhaitable que le tiers se présente seul devant un tribunal arbitral contre l'investisseur.

¹⁶¹¹ Sans oublier la conséquence relative au caractère non arbitraire de la loi d'investissement (Principe 10).

¹⁶¹² La question préalable de la personnalité juridique internationale de l'investisseur ne paraît pas pertinente ici. Ce qui compte est qu'il est admis qu'il peut accepter un acte unilatéral de l'État. Voir à ce propos, REINISCH A., « Investors », in NOORTMANN M., REINISCH A. and RYNGAERT C. (eds.), *Non-State actors in international law*, Oxford, Hart, 2015, p. 253-271, p. 260.

¹⁶¹³ Voir ROMERO S. E., CAMINADES A., « Actualités des clauses de stabilisation », in NGWANZA A. et LHUILIER G., *Le contentieux extractif*, Paris, Chambre internationale de commerce, 2015, p. 51-61.

Conclusion de la section

En tout état de cause, il ressort des développements que la pratique étatique des droits sociaux peut contribuer à la défense des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif à l'investissement. D'une part, sa contribution dans le droit matériel peut consister à favoriser l'établissement de la responsabilité de l'investisseur et la limitation de celle de l'État en matière de protection des droits sociaux. D'autre part, elle ouvre des possibilités en faveur de l'élargissement de la compétence du tribunal arbitral à l'égard de tous les acteurs impliqués dans l'atteinte éventuelle aux droits sociaux.

Conclusion du chapitre

Aux termes de cette analyse, il est possible de soutenir qu'il existe à l'état actuel du droit international des moyens juridiques d'engagement de la responsabilité de l'investisseur en droit international des investissements. En matière de protection des droits sociaux, le traitement actuel du comportement de l'investisseur par les tribunaux peut être complété par des obligations imposées en droit interne par la loi d'investissement et les contrats d'investissement d'un État. L'application de ses obligations permet d'engager la responsabilité de l'investisseur. Un tribunal du contrat, même CIRDI, pourra appliquer le droit national et le contrat et constater ainsi des violations éventuelles de ces obligations. Il n'est pas exclu aussi qu'un tribunal du traité d'investissement aboutisse à pareille conclusion possible si les suggestions faites ici permettent d'établir sa compétence à l'égard de l'investisseur. Dans tous les cas, la place du tiers affecté par la violation des obligations sociales est importante dans le droit matériel contractuel, même s'il n'est pas souhaitable qu'il mette en œuvre certaines dispositions contractuelles qui prévoient qu'il s'oppose seul à l'investisseur dans le cadre d'un contentieux arbitral.

Conclusion du Titre 4

L'objectif des développements faits dans ce titre a été de montrer que la pratique d'un État en matière de droits sociaux peut contribuer à la considération de son argument de défense des droits sociaux. Pour ce faire, il a fallu montrer non seulement l'utilité ou la fonction probatoire de la pratique en analysant des éléments jurisprudentiels, mais aussi sa portée substantielle lorsqu'il s'agit de rechercher la responsabilité de l'investisseur. Par là même, cette analyse permet de présenter la forme de la pratique étatique. Il en résulte que l'État ne peut pas

se contenter d'évoquer des ratifications de conventions de protection de droits de l'homme ou de citer des législations internes à titre de preuve de sa pratique. La preuve de la pratique peut être, par contre, apportée à travers les rapports des organes de contrôle des traités de droits de l'Homme montrant l'évolution de la protection d'un droit donné, des actes concrets de mise en œuvre des obligations d'un traité ou encore de la prise en compte des droits sociaux dans des contrats d'investissement.

Conclusion de la deuxième partie

Contrairement à la première partie qui a visé à analyser la portée de la prise en compte par les États des obligations en matière de droits sociaux, la seconde partie tout en complétant cette analyse a mis l'accent sur les possibilités et les perspectives de prise en compte de ces obligations dans l'arbitrage d'investissement. Cette double perspective a permis de relever une socialisation importante de l'arbitrage d'investissement malgré les insuffisances du traitement conventionnel des droits sociaux. Précisément, au-delà de l'hypothèse de dépendance, une complémentarité s'observe entre la socialisation du droit conventionnel et la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements. La seconde fournit des points de traitement à la première. De même, sur certains sujets, le traitement conventionnel s'avère le plus adapté en apportant plus de certitude (c'est le cas de la responsabilité sociale des entreprises) ; sur d'autres, le traitement conventionnel ne paraît pas être la solution (il est difficile d'envisager un traitement conventionnel du problème du standard d'examen des actes des autorités nationales). En tout état de cause, le recours à la pratique des États en matière de droits sociaux apparaît comme une suggestion pertinente pour traiter les problèmes identifiés dans le droit conventionnel comme dans le contentieux arbitral.

CONCLUSION

Au terme de l'étude, il convient de rappeler d'abord la démarche d'ensemble, de résumer ensuite les résultats obtenus et d'ébaucher succinctement les perspectives théoriques qu'ouvre le travail accompli.

L'ambition de la thèse résidait dans la compréhension de la socialisation du droit international des investissements afin de rendre compte de sa portée. La thèse défendue tient à l'idée que la prise en compte effective des droits sociaux en droit international des investissements ne peut pas se limiter à la socialisation de ce droit. Cette idée a été soutenue dans les deux parties de la thèse.

La première partie consacrée au droit matériel des investissements a démontré que la socialisation du droit matériel ne reflète pas toujours une prise en compte effective des droits sociaux, même si le constat de la socialisation est un point positif. Pour ce faire, l'évaluation de la portée de la socialisation a consisté, d'une part, à confronter la socialisation constatée à la pratique arbitrale afin d'apprécier l'impact que les références directes ou indirectes relatives aux droits sociaux peuvent avoir sur la décision du tribunal arbitral. Cette évaluation a consisté, d'autre part, à apprécier certaines dispositions et des mécanismes particuliers en fonction de la jouissance et de l'exercice de leurs droits par les titulaires des droits sociaux que ces mécanismes et dispositions particuliers permettent.

La seconde partie consacrée à l'arbitrage d'investissement a démontré que la socialisation de l'arbitrage peut acquérir une portée permettant une prise en compte effective des droits sociaux. Pour ce faire, une première analyse a permis d'identifier les potentialités et les limites de la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements ; elle a été suivie, dans un second temps, d'une réflexion visant à renforcer les points potentiels et à pallier les insuffisances de la socialisation du droit international des investissements dans son ensemble.

Les résultats obtenus permettent d'affirmer que le droit international des investissements constitue un cadre juridique favorable à la prise en compte effective des droits sociaux. Ce cadre juridique permet autant la prise en compte par l'État de ses obligations en matière de droits sociaux que la sanction des atteintes aux droits sociaux par des entreprises multinationales. Pour cette raison, il complète les mécanismes existant dans les droits internes et qui sont relatifs à la justiciabilité des droits sociaux. En outre, le droit international des

investissements dispose d'un véritable avantage par rapport à d'autres branches du droit international, qui tient à l'efficacité de la sanction économique. Celle-ci peut être appliquée tant à l'investisseur qu'à l'État qui néglige la considération de ses engagements internationaux en matière de droits sociaux dans ses relations économiques internationales. Il découle de ces observations générales quatre résultats précis.

Le premier est le constat de la socialisation du droit international des investissements. Les circonstances qui ont conduit les États à engager la socialisation du droit international des investissements tiennent essentiellement à l'interprétation libérale des dispositions des accords d'investissement, alors même que les États avaient écarté les considérations sociales du contenu de ces accords. La socialisation consiste en l'introduction de dispositions relatives aux droits sociaux de manière explicite ou non. Cette forme conventionnelle de la socialisation s'accompagne d'une forme contentieuse à travers laquelle tant l'État que des tiers à l'arbitrage d'investissement formulent, à côté des arguments de défense traditionnels, d'autres arguments fondés sur la protection des droits sociaux.

Ce premier résultat est lié au second. La socialisation du droit international des investissements manifeste et contribue à la mise en œuvre des obligations internationales de l'État en matière de droits sociaux. Les références à ces obligations sont fréquentes dans les accords d'investissement. Elles constituent également le socle des arguments de l'État et des tiers à l'arbitrage d'investissement. Elles connaissent enfin, à travers la mise en œuvre de certains accords de libre-échange économique, une effectivité qui passe par un contrôle quasi-juridictionnel dont l'effet principal est la prévention des violations futures des droits sociaux. De même, le comportement de l'investisseur qui porte atteinte aux droits sociaux peut être sanctionné par le recours à des moyens juridiques touchant à la compétence du tribunal, à la recevabilité de la demande ou encore à l'impact du comportement sur la réparation à laquelle l'investisseur prétend.

Les deux derniers résultats découlent de l'analyse des obstacles à l'effectivité des droits sociaux. Elle a permis de noter que la portée relative de la socialisation découle principalement de la force normative insuffisante de nombreuses dispositions conventionnelles, de la négligence des tribunaux dans l'interprétation et l'application de telles dispositions ainsi que des arguments de défense des droits sociaux et, enfin, de l'attitude très peu engagée de l'État dans la présentation des arguments en matière de droits sociaux. En conséquence, tous les

obstacles à l'effectivité des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement ne découlent pas des insuffisances du traitement conventionnel des droits sociaux. Certains le sont – c'est le cas par exemple de la faible participation et du statut précaire des tiers à l'arbitrage d'investissement ou encore de l'absence des obligations imposées à l'investisseur. D'autres ne le sont pas.

Par suite, le troisième résultat tient à l'affirmation de la possibilité de renforcer la socialisation du droit international des investissements. L'étude a permis d'observer que certains défis posés à l'effectivité des droits sociaux dans le droit international des investissements sont essentiellement d'ordre pratique et peuvent être relevés à travers la pratique. Il est ainsi possible que la récurrence des arguments relatifs aux droits sociaux dans les procédures arbitrales conduise à un changement de l'attitude de nombreux tribunaux dans la prise en compte des droits sociaux à travers le droit applicable au différend.

Le quatrième résultat, enfin, tient à l'affirmation de la possibilité de renforcer la portée de la socialisation des investissements à travers le traitement des difficultés juridiques. Si l'on exclut la solution du traitement conventionnel que nécessitent la question de la déférence du tribunal vis-à-vis de la mesure étatique visant à protéger l'intérêt général social ou encore la question de la responsabilité juridique de l'investisseur, le recours à l'argument de la pratique interne de l'État en matière de protection des droits sociaux nous a paru un moyen immédiatement disponible et susceptible de répondre à ces difficultés juridiques. Il est possible pour un État qui met en œuvre, dans son droit interne ou dans le cadre de ses relations économiques, ses obligations internationales en matière de droits sociaux, de formuler un argument de défense autour de cette pratique pour justifier son comportement et pour demander la sanction du comportement de l'investisseur qui porte atteinte aux droits sociaux. Ce recours peut être fait à titre de preuve ou à titre de solution substantielle. Il vient renforcer la portée des moyens déjà appliqués.

L'ensemble de ces résultats peut être résumé en considérant les différents acteurs directement intéressés par l'opération d'investissement : l'État qui est titulaire des obligations en matière de droits sociaux, les tiers qui sont titulaires des droits sociaux, l'investisseur et le tribunal arbitral.

L'État peut justifier son comportement lorsque ce dernier vise vraiment la protection des droits sociaux en demandant la prise en compte des références aux droits sociaux contenues

dans les accords d'investissement et leur interprétation à la lumière des sources conventionnelles visées dans ces références. Il peut encore le faire en demandant la prise en compte de sa pratique habituelle de respect des droits sociaux et de mise en œuvre de ses obligations en matière de droits sociaux. Il peut enfin renforcer la portée de la socialisation du droit matériel à travers des renvois ou des références aux sources conventionnelles des droits de l'Homme et à travers la prise en compte, au moment de l'introduction des références relatives aux droits sociaux dans les accords d'investissement, de la pratique des tribunaux arbitraux.

Les tiers titulaires de droits sociaux peuvent renforcer la portée de la socialisation à travers les arguments qu'ils mettent en exergue dans les mémoires d'*amicus curiae*. Le renforcement de la socialisation peut résulter de la prise en compte à la fois des arguments en matière de droits de l'Homme et des arguments tirés des accords d'investissement. À cet égard, il est possible pour les États de contribuer au renforcement de la portée de la socialisation à deux niveaux. D'abord, les États peuvent favoriser l'admission et l'impact de la demande de *amicus curiae* en soulevant des moyens de défense relatifs aux droits des tiers. Ensuite, ils peuvent traiter conventionnellement le problème de la faible portée de l'argument du tiers en imposant par la voie conventionnelle l'examen explicite du fonds de la demande par le tribunal arbitral. Ils peuvent encore favoriser l'implication des tiers dans les mécanismes de contrôle et de suivi prévus dans les accords économiques de libre-échange. De façon préventive, ils peuvent enfin permettre la contestation par les populations devant le juge national du comportement de l'investisseur à travers l'imposition des voies de recours internes ou la contestation de l'accord d'investissement à travers la transparence dans la conclusion et la ratification des accords d'investissement.

Le comportement de l'investisseur portant atteinte aux droits sociaux peut, pour sa part, être sanctionné par le tribunal à travers des décisions d'irrecevabilité ou d'incompétence fondées sur l'illégalité de l'investissement, la violation de l'ordre public international ou encore la doctrine des « mains propres ». En outre, il est possible de rechercher la responsabilité juridique de l'investisseur pour atteinte aux droits sociaux à travers le constat de la violation du traité d'investissement ou d'un contrat d'investissement par l'investisseur.

Enfin, le tribunal arbitral contribue à la socialisation du contentieux arbitral relatif aux investissements à travers les décisions de protection de l'intérêt général social. La reprise dans les accords d'investissement des solutions « jurisprudentielles » et le renforcement des moyens

de défense de l'État sont de nature à corriger progressivement l'inconstance des tribunaux dans la protection de l'intérêt général social et leur réticence à analyser et à prendre en compte des arguments de droits sociaux.

La présentation de ces résultats ouvre plusieurs perspectives de recherche. La présentation montre que l'analyse est une première étape, nécessaire, à l'approfondissement de la question de la protection des droits sociaux en droit international des investissements.

Tout d'abord, l'appréciation de la prise en compte des droits sociaux à travers la notion la socialisation peut servir d'indicateur à l'engagement de la responsabilité des États devant les organes de contrôle des traités de protection des droits de l'Homme. Ce critère peut être également utilisé pour l'appréciation par le CODESC de la mise en œuvre des obligations internationales par l'État dans le cadre de ses relations économiques internationales.

Ensuite, les difficultés constatées et les solutions envisagées pour la prise en compte effective des droits sociaux dans le droit international des investissements constituent une première réflexion qui peut être prolongée par une étude de la protection des droits sociaux en droit international des investissements en période de conflits armés. La multiplication des nouvelles formes de conflits armés dans le monde soulève des préoccupations qui touchent à la fois à la protection de l'investissement et à la protection des droits sociaux. L'ensemble de ces préoccupations suscitent de l'intérêt à l'analyse de la question globale de l'« état de droit » en droit international et du rôle que les tribunaux d'investissement jouent ou peuvent jouer dans son évolution.

BIBLIOGRAPHIE

Sommaire de la bibliographie

| | |
|---|-----|
| 1. Ouvrages généraux | 538 |
| 2. Ouvrages spécialisés | 539 |
| 3. Thèses | 559 |
| 4. R.C.A.D.I. | 560 |
| 5. Articles | 561 |
| A. Articles de revue | 561 |
| B. Contributions à des ouvrages collectifs | 578 |
| C. Articles de journaux en ligne, documents de travail de recherche et billets de blog | 593 |
| 6. Arrêts et décisions des cours et tribunaux | 595 |
| A. Arrêts et avis de la cpji et de la CIJ | 595 |
| B. Arrêts de la cour EDH | 596 |
| C. Décisions et sentences de commissions de réclamations mixtes | 596 |
| D. Décisions et sentences des tribunaux arbitraux d'investissement | 596 |
| E. Décisions de cours nationales | 612 |
| 7. Constatations, observations, rapports des organes quasi-juridictionnelles | 612 |
| A. Observations générales du codesc | 612 |
| B. Constatations des panels d'experts | 614 |
| C. Rapports des bureaux administratifs nationaux (ALENA) | 614 |
| D. Consultations ministérielles (ALENA) | 615 |
| 8. Demandes et mémoires des particuliers | 616 |
| A. Demandes et mémoires d'amicus curiae | 616 |
| B. Demandes auprès des bureaux administratifs nationaux (ALENA) | 618 |
| 9. Rapports et documents de suivi de mise en œuvre des constatations et autres documents similaires | 620 |

| | |
|---|-----|
| 10. Traités | 621 |
| A. Traités constitutifs d'institutions internationales | 621 |
| B. Traités de protection de droits de l'homme et de l'environnement | 621 |
| C. Autres traités différents des accords d'investissement | 623 |
| 11. Accords internationaux d'investissement | 623 |
| A. Traités bilatéraux d'investissement (tbi) | 623 |
| B. Accords de libre-échange (ALE) | 638 |
| 12. Lois nationales | 641 |
| A. Lois d'investissement | 641 |
| B. Les lois sur la responsabilité sociale des entreprises | 644 |
| 13. Les contrats d'investissement | 644 |
| A. Contrats d'investissement | 644 |
| B. Contrats d'investissement (accords sociaux) | 647 |
| 14. Règles de procédure arbitrale | 648 |
| 15. Résolutions des organisations internationales, déclarations et autres documents | 648 |
| 16. Rapports | 649 |
| 17. Websites | 650 |
| A. Droits de l'homme | 650 |
| B. Droit des investissements | 650 |
| C. Droit général | 651 |
| D. Autres | 651 |

1. OUVRAGES GÉNÉRAUX

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., RIALS S. et SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, 1074 p.

ANZILOTTI D., *Cours de droit international*, Paris, L.G.D.J., 1999, 533 p.

BESSON S., *Droit international public : abrégé de cours et résumés de jurisprudence*, 2e éd., Berne, Stämpfli, 2013, 530 p.

Bianchi A., *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, New York, Oxford University Press, 2016, 320 p.

BUSTAMANTE Y SIRVEN A.S. de, *Droit international public*, Paris, Sirey, Traduction par Paul Goulé, 1934, 610 p.

CARREAU D., JUILLARD P., BISMUTH R. et HAMANN A., *Droit international économique*, 6e édition, Paris, Dalloz, 2017, 944 p.

COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 13e éd., Paris La Défense, L.G.D.J., 2019, 896 p.

Corten O., *Méthodologie du droit international public*, 2^e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2017, 292 p.

D'ASPREMONT J. et BESSON S., *The Oxford handbook on the sources of international law*, Oxford, Oxford university press, 2017, 1171 p.

DAILLIER P., FORTEAU M., PELLET A., NGUYEN Q. D. et MÜLLER D., *Droit international public: formation du droit, sujets, relations diplomatiques et consulaires*, 8éd., Paris, L.G.D.J., 2009, 1722 p.

DECAUX E. et FROUVILLE O. de, *Droit international public*, 12e éd., 2020, Paris, Dalloz, 2020, 643 p.

DEHAUSSY J., *Propos sur les sources du droit international : l'exercice de la fonction normatrice dans un ordre juridique singulier*, Paris, Pedone, 2017, 599 p.

DEUMIER P. et SOREL J.-M. (dir), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, 491 p.

DUPUY P.-M. et KERBRAT Y., *Droit international public*, 15e éd., 2020, Paris, Dalloz, 2020, 962 p.

HORCHANI F., *Les sources du droit international public*, 2^e ème augmentée, Paris, L.G.D.J., 2008, 344 p.

MORELLI G. et KOLB R., *Notions de droit international public*, Paris, Pedone, 2013, 296 p.

RIVERO J., *Les libertés publiques. 1 : Les droits de l'homme*, 5. éd. mise à jour, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, 314 p.

ROMANO S. et FRANCESCAKIS P., *L'ordre juridique*, traduit par FRANÇOIS L. et traduit par GOTHOT P., 2e édition, Paris, Dalloz, 2005, 174 p.

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2011, 256 p.

SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2001, 1198 p.

SANTULLI C., *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, 310 p.

SØRENSEN M., *Les sources du droit international : étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, Copenhagen, E. Munksgaard, 1946, 274 p.

THIRLWAY H.W.A., *The sources of international law*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2019, 247 p.

WOLFRUM R. (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 9, 2012, 1144 p.

2. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

AHMADOV F.T., *The right of actio popularis before international courts and tribunals*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2018, 232 p.

AILINCAI M. et LAVOREL S. (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2013, 252 p.

AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, 491 p.

AILINCAI M., *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Pedone, 2012, 678 p.

AKBABA M., CAPRRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration*, Abingdon, Routledge, 2019, 266 p.

ALBUQUERQUE P.P. de, WOJTYCZEK K. and DE GAETANO V.A. (eds.), *Judicial power in a globalized world: Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Cham, Springer, 2019, 685 p.

ALDRICH G.H., *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal: An Analysis of the Decisions of the Tribunal*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 606 p.

ALIPRANTIS N. (dir.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux : défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 441 p.

ALSTON P. and TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1984, 229 p.

ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law*, Leiden, Brill, 2017, 1334 p.

ALVAREZ J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, Maubeuge, Brill, 2011, 54 p.

ALVIAR GARCÍA H., KLARE K. and WILLIAMS L.A. (eds.), *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*, London, Routledge, 2015, 327 p.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, Washington D. C., American Law Institute Publishers, 1987, 561 p.

AMIRFAR C., *International arbitration in the energy sector*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 465 p.

ANDENÆS M.T. (ed.), *General principles and the coherence of international law*, Leiden, Brill, 2019, 460 p.

ANDRÉ-DUMONT A.-P., DE MEULENEERE I. and PIJCKE A.-S. (eds.), *The increasing impact of human rights law on the financial world*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 186 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BURGORGUE-LARSEN L. et TOUZE S. (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, 270 p.

ANGHIE A., *Imperialism, sovereignty and the making of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 356 p.

ASCENSIO H. et FLAUSS J.-F. (dir.), *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 144 p.

AUDIT M. and SCHILL S.W. (eds.), *Transnational law of public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 972 p.

AUST A., *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 443 p.

AZARI H., *La demande reconventionnelle devant la Cour internationale de justice*, Paris, L'Harmattan, 2018, 462 p.

BADERIN M.A. and MCCORQUODALE R. (eds.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 499 p.

BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 514 p.

BALCERZAK F., *Investor-state arbitration and human rights*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2017, 323 p.

BANIFATEMI Y. and GAILLARD E. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, Huntington, JurisNet, 2018, 548 p.

BANTEKAS I., and OETTE L., *International human rights law and practice*, Third edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 941 p.

BARAK-EREZ D. (ed.), *Exploring social rights: between theory and practice*, Oxford, Hart-Publishing, 2007, 426 p.

BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 432 p.

BASU K., HORN H. and ROMAN L. and SHAPIRO J. (eds.), *International Labor Standards: History, Theory, and Policy Options*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2015, 359 p.

BAUMGÄRTEL M., ELLIS J. and MANN I., *The changing practices of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 251 p.

BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : Une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017, 368 p.

BENOIT-ROHMER F. et GREWE C. (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, 182 p.

BENTOLILA D., *Arbitrators as Lawmakers*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017, 325 p.

BENTON L.A., *Law and colonial cultures: legal regimes in world history, 1400 - 1900*, Cambridge, Oxford University Press, 2010, 285 p.

BERNHARDT R. and JOLOWICZ J.A. (eds.), *International enforcement of human rights*, Berlin, Springer-Verlag, 1987, 268 p.

BIJLMAKERS S., *Corporate social responsibility, human rights, and the law*, Abingdon, Routledge, 2019, 205 p.

BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 562 p.

BINDER B., KRIEBAUM U., REINISCH A., and WITTICH S. (eds.), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 970 p.

BISHOP R.D., CRAWFORD J. and REISMAN W.M., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Second edition, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014, 1290 p.

BJØRGE E., *The evolutionary interpretation of treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 213 p.

BJORKLUND A.K. (eds.), *Yearbook on international investment law and policy 2013-2014*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 736 p.

BONGIOVANNI G., SARTOR G. and VALENTINI C. (eds.), *Reasonableness and law*, Dordrecht, Springer, 2009, 464 p.

BONNITCHA J., POULSEN L.S. and WAIBEL M., *The political economy of the investment treaty regime*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 325 p.

BORTOLOTTI F. and MAYER P., *The application of substantive law by international arbitrators*, 2015, 175 p.

BOSSUYT M., *International human rights protection: balanced, critical, realistic*, Cambridge, Intersentia, 2016, 231 p.

BOYLE A.E. and CHINKIN C.M., *The making of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 338 p.

BRABANDERE E.D., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 264 p.

BRAIBANT G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Éd. du Seuil, 2001, 336 p.

BROWN C. (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 895 p.

BROWN C. and MILES K. (eds.), *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge, Cambridge university press, 2011, 699 p.

BROWNLIE I., *Principles of public international law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, 784 p.

BUNGENBERG M., GRIEBEL J. and HOBE S. (eds.), *International investment law: A handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 1952 p.

BURDEAU G., *Les libertés publiques*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1961, 388 p.

BURGORGUE-LARSEN L., ÚBEDA DE TORRES A. and GARCIA RAMIREZ S., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 995 p.

BUSCEMI M., LAZZERINI N., MAGI L. and RUSSO D. (eds.), *Legal sources in business and human rights: evolving dynamics in international and European law*, Leiden Boston, Brill/Nijhoff, 2020, 339 p.

CANNIZZARO E. (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 496 p.

CERNIC J.L. and CARRILLO-SANTARELLI N. (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Antwerp, Intersentia, 2018, 311p.

CERNIC J.L., *Corporate Accountability under Socio-Economic Rights*, London, Routledge, 2020, 308 p.

CHAABAN R., *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Le Mans, l'Épilogue, 2012, 140 p.

CHEROT J.-Y. and FRYDMAN B. (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 320 p.

CHEROT J.-Y. et REENEN T. van, *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2005, 325 p.

Chetail V., *International Migration Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 449 p.

CHIRWA D.M. and CHENWI L. (eds.), *The protection of economic, social and cultural rights in Africa: international, regional and national perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 583 p.

CLAPHAM A., *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 613 p.

CLASMEIER M., *Arbitral awards as investments: treaty interpretation and the dynamics of International investment law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2017, 256 p.

COMPA L. and BROOKS T., *NAFTA and the NAALC Twenty Years of North American Trade-Labour Linkage*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2015, 200 p.

CONDORELLI L., *L'optimisme de la raison*, Paris, Pedone, 2014, 377 p.

COOMANS F. (ed.), *Justiciability of economic and social rights: experiences from domestic systems*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 452 p.

CORTEN O. and KLEIN P. (dir.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, vol. 2/1, 2011, 960 p.

CORTEN O., *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 696 p.

COSTELLOE D., *Legal Consequences of peremptory norms in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 322 p.

CRAVEN M.C.R., *The International covenant on economic, social and cultural rights: A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 413 p.

CRAWFORD J., *State responsibility: the general part*, 1, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2014, 825 p.

CURZI L.C., *General principles for business and human rights in international law*, Leiden; Boston, Brill Nijhoff, 2020, 356 p.

D'ASPREMONT J., *Formalism and the sources of international law: a theory of the ascertainment of legal rules*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 266 p.

D'ASPREMONT J., SINGH S. and MCBAIN G.C. (eds.), *Concepts for international law: contributions to disciplinary thought*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 945 p.

DAUGAREILH I. (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant LG.D.J., 2005, 432 p.

DAVID É. et LEFEVRE G., *Juger les multinationales : droits humains bafoués, ressources naturelles pillées, impunité organisée*, Bruxelles, GRIP Mardaga, 2015, 192 p.

DE JONGE A. and TOMASIC R. (eds.), *Research handbook on transnational corporations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, 403 p.

DE MESTRAL A. and LÉVESQUE C. (eds.), *Improving international investment agreements*, London, Routledge, 2013, 417 p.

DECAUX E. et THIERRY H. (dir.), *Droit international et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1990, 296 p.

DECAUX E. et TOUZÉ S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2015, 230 p.

DECAUX E., DE SCHUTTER O. et TEXIER P. (dir.), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, 724 p.

DELÉCHAT C. (ed.), *Trade, employment, and labour standards: a study of core workers' rights and international trade*, Washington, DC, OECD Washington Center, 1996, 248 p.

DESIERTO D., *Public Policy in International Economic Law: The ICESCR in Trade, Finance, and Investment*, Oxford University Press, 2015, 448 p.

DEUMIER P. et SOREL J.-M. (dir.), *Regards croisés sur la Soft Law en droit interne, européen et international*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2018, 491 p.

DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, 454 p.

DOLZER R., *Petroleum contracts and international law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 299 p.

DOUGLAS Z., PAUWELYN J. and VIÑUALES J.E. (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice*, Oxford University Press, 2014, 541 p.

DOUGLAS Z., *The international law of investment claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 616 p.

DUARTE D'ALMEIDA L., *Allowing for Exceptions: A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 320 p.

DUBBER M.D., *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, 2005, 288 p.

DUBIN L., *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 461 p.

DUMBERRY P., *A guide to general principles of law in international investment arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 381 p.

DUMBERRY P., *The formation and identification of rules of customary international law in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 496 p.

DUPUY P.-M., ALLAND D., CHETAÏL V., FROUVILLE O. de et VIÑUALES J. E. (dir.), *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/ Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, 1007 p.

DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 597 p.

DUPUY R.J. (ed.), *A Handbook on International Organizations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 1012 p.

ECHANDI R. and SAUVÉ P. (eds), *Prospects in international investment law and policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 474 p.

Eibe H. Riedel, Giacca G. and Golay C. (eds.), *Economic, social, and cultural rights in international law: contemporary issues and challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 525 p.

El Boudouhi S., *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 359 p.

EL GHADBAN T., MAZUY C.-M. et SENEGACNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?* Paris, Pedone, 2018, 196 p.

FACCIO S., *Indirect Expropriation in International Investment Law: Between State Regulatory Power and Investor Protection*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, 346 p.

FACH GOMEZ K., *Key duties of international investment arbitrators: a transnational study of legal and ethical dilemmas*, Cham, Springer, 2019, 222 p.

FACH GÓMEZ K., GOURGOURINIS A. and TITI C. (eds.), *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, Cham, Springer Publishing, 2019, 554 p.

FITZMAURICE M. (ed.), *The interpretation and application of the European Convention of Human Rights: legal and practical implications*, Leiden, Nijhoff, 2013, 291 p.

FITZMAURICE M., ELIAS O. and MERKOURIS P. (eds.), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 382 p.

FLOROU A., *Contractual renegotiations and international investment arbitration: a relational contract theory interpretation of investment treaties*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2020, 250 p.

FOLSOM R.H., *Principles of free trade agreements: from GATT 1947 through NAFTA renegotiated 2018*, St. Paul, MN, West Academic Publishing, 2019, 788 p.

FONTMICHEL M. de et JOURDAN-MARQUES J. (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, Issy-Les-Moulineaux, L.G.D.J., 2017, 248 p.

FORTAS A.-C., *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des Droits de l'Homme : Contribution à l'étude du droit du contentieux international*, Paris, Pedone, 2015, 644 p.

FREUND E., *The Police Power, Public Policy and Constitutional Rights*, Franklin Classics TradePress, 2018, 920 p.

FUENTES C.I., *Normative plurality in international law: a theory of the determination of applicable rules*, Cham, Springer, 2016, 240 p.

GAILLARD E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Boston, M. Nijhoff, 2008, 240 p.

GAMMAGE C. and NOVITZ T. (dir.), *Sustainable trade, investment and finance: toward responsible and coherent regulatory frameworks*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, 369 p.

GARCIA F.J., *Global justice and international economic law: three takes*, New York, Cambridge University Press, 2013, 348 p.

GARDINER R.K., *Treaty interpretation*, Second edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, 523 p.

GATTINI A., TANZI A. and FONTANELLI F., *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden, Brill, 2018, 475 p.

GAY L. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : Entre droit nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 289 p.

GAY L., *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 826 p.

GHAI Y.P., and COTTRELL J., *Economic, social and cultural rights in practice: The role of judges in implementing economic, social & cultural rights*, London, Interights, 2004, 142 p.

GJUZI J., *Stabilization clauses in international investment law: a sustainable development approach*, Cham, Springer, 2018, 545 p.

GLICK L.A., *The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA): Legal and business implications*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, 395 p.

GLICK L.A., *Understanding the North American Free Trade Agreement: legal and business consequences of NAFTA*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 220 p.

GONDEK M., *The reach of human rights in a globalising world: extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, Intersentia, 2009, 442 p.

GOURGOURINIS A. (ed.), *Transnational Actors in International Investment Law*, Cham, Springer International Publishing, 2021, 192 p.

GREEN J.A., WATERS C.P.M. and GHANDHI P.R. (eds.), *Adjudicating international human rights: essays in honour of Sandy Ghandhi*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, 237 p.

GREENE J. and YOUSSEF S. (eds.), *Human Rights after Corporate Personhood*, Toronto, University of Toronto Press, 2020, 344 p.

GREER S., *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publications, 2000, 58 p.

GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 464 p.

GURVITCH G., *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Vrin, 1946, 174 p.

GUY T., and UZAN O. (eds.), *Responsabilité sociale des entreprises : Regards croisés, droit et gestion*, Paris, Economica, 2011, 530 p.

HAMAMOTO S., SAKAI H., SHIBATA A. and IDA R. (eds.), « *L'être situé* » *effectiveness and purposes of international law: Essays in honour of Professor Ryuichi Ida*, Leiden; Boston, Brill Nijhoff, 2015, 299 p.

HEBIE M., *Souveraineté territoriale par traité : Une étude des accords entre puissances coloniales et entités politiques locales*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, 708 p.

HENCKELS C., *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 225 p.

HENNEBEL L. and TIGROUDJA H., *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2e éd., Paris, Pedone, 2018, 1720 p.

HENNEBEL L., *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies : le pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 582 p.

HEPBURN J., *Domestic Law in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 234 p.

HERRERA C.-M., *Les droits sociaux*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 128 p.

HERTEL S. and MINKLER L. (eds.), *Economic rights: conceptual, measurement, and policy issues*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 403 p.

HERTIG M. et HOTTELIER M. (dir.), *Introduction aux droits de l'homme*, Cowansville, Schulthess, 2014, 850 p.

HINDELANG S. and KRAJEWSKI M. (eds.), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 441 p.

HO J. and SATTOROVA M. (eds.), *Investors' international law*, Oxford, Hart Publishing, 2021, 337 p.

HO J., *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 379 p.

HOCHMANN T. (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2018, 216 p.

HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration?* Baden-Baden, Nomos, 2011, 275 p.

HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International Investment Law and its others*, Baden-Baden, Nomos, 2012, 236 p.

ILIOPOULOS-STRANGAS J. et ROUX T. (dir.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux. National and international perspectives on social rights*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 321 p.

INSTITUT DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES (dir.), *Grandes pages du droit international*, Paris, Pedone, vol.2. Les sources, 2016, 464 p.

JENNINGS R. and WATTS A. (eds.), *Oppenheim's international law*, 9. ed., Harlow, Longman, vol.1. 1, 1996, 564 p.

KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, 1003 p.

KÄLIN W. and KÜNZLI J., *The law of international human rights protection*, 2nd ed., Oxford, Oxford University press, 2019, 640 p.

KAMTO M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme : Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1628 p.

KASSOTI E., *The juridical nature of unilateral acts of states in international law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2015, 240 p.

KATE M. (ed.) *Research handbook on environment and investment law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, 549 p.

KELLER H. and STONE SWEET A. (eds.), *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 852 p.

KENT C.H., LALANI S., PETROCHILOS G. and ZIEGLER A.R. (eds.), *Social license and dispute resolution in the extractive industries*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021, 223 p.

KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEGAIN M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, 778 p.

KLÄGER R., *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 361 p.

KOLB R., *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013, 1356 p.

KOLB R., *Théorie du ius cogens international : essai de relecture du concept*, 1. éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001, 401 p.

KRAJEWSKI M. and HOFFMANN R.T. (eds.), *Research handbook on foreign direct investment*, 2019, 222 p.

KUBE V., *EU human rights, international investment law and participation: operationalizing the EU foreign policy objective to global human rights protection*, Cham, Springer, 2019, 329 p.

KULICK A. (ed.), *Reassertion of control over the investment treaty regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 398 p.

KULICK A., *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 90 p.

KURTZ J., *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 326 p.

LA HOVARY C., *Les droits fondamentaux au travail : Origines, statut et impact en droit international*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, 338 p.

LAGELLE A., *Les standards en droit international économique : Contribution à l'étude de la normativité internationale*, Paris, L'Harmattan, 2014, 520 p.

LAGRANGE É. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2013, 1248 p.

LAIRD I.A. and WEILER T. (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law – Volume 3*, Huntington, JurisNet, 2010, 314 p.

LAIRD I.A., SOURGENS S. Frédéric G. and WEILER T.J. (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law - Volume 8*, Huntington, Juris Publishing, 2015, 417 p.

LALY-CHEVALIER C., *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant 2005, 980 p.

LANGFORD M., VANDENHOLE W., SCHEININ M., GENUGTEN W. (eds.), *Global justice, state duties: The extraterritorial scope of economic, social, and cultural rights in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 498 p.

LANGFORD M. (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2009, 687 p.

LANKARANI L., *Les contrats de l'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 572 p.

LAWRENCE T.J., *Les principes de droit international*, 5. Traduction par Jacques Dumas et A. De Lapradelle, Oxford, Imprimerie de l'Université, 1920, 775 p.

LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, 1141 p.

LEBEN C. (dir.), *La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux : Aspects récents*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 346 p.

LEBEN C. (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 398 p.

LEBEN C. et KAHN P. (dir.), *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI ; mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 728 p.

LEBEN C., *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis LG.D.J., 2006, 398 p.

LECKIE S. and GALLAGHER A. (eds.), *Economic, social, and cultural rights: A legal resource guide*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2006, 744 p.

LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 260 p.

LEPARD B.D. (ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 419 p.

LETSAS G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 176 p.

LEVASHOVA Y., LAMBOOY T.E. and DEKKER I.F. (eds.), *Bridging the gap between international investment law and the environment*, The Hague, Eleven International Publishing, 2016, 483 p.

LIM C.L. and SORNARAJAH M. (eds.), *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 494 p.

LINDER B., *Human Rights, Export Credits and Development Cooperation : Accountability for Bilateral Agencies*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2019, 368 p.

LINDERFALK U., *On the interpretation of treaties: the modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Dordrecht, Springer, 2007, 410 p.

LOWENFELD A.F., *International economic law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, 956 p.

LUO C., NAKAGAWA J. and CHEN T.-F., *The appellate body of the WTO and its reform*, 2020, 348 p.

MACDONALD R.S.J. and JOHNSTON D.M. (eds.), *Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*, Leiden, Nijhoff Publishing, 2005, 968 p.

MCDUGAL M.S., LASSWELL H.D. and MILLER J.C., *The interpretation of international agreements and world public order: Principles of content and procedure*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, 456 p.

MADELAINE C., *La technique des obligations positives en droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2014, 572 p.

MANCIAUX S. et LOQUIN É. (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, Lexis Nexis, 2014, 258 p.

MANTILLA BLANCO S. and PEHL A., *National security exceptions in international trade and investment agreements: justiciability and standards of review*, Cham, Springer International Publishing, 2020, 73 p.

MARCOUX J.-M., *International investment law and globalization: foreign investment, responsibilities and intergovernmental organizations*, London, Routledge, 2019, 260 p.

MARGUENAUD J.-P. et SUDRE F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8^{ième} édition, Paris, PUF, 2017, 950 p.

MARTIN-CHENUT K., QUENAUDON R. de et DELMAS-MARTY M. (dir.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, 718 p.

MCLACHLAN C., SHORE L. and WEINIGER M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2017, 704 p.

MERKOURIS P., *Article 31 (3) (c) VCLT and the principle of systemic integration: normative shadows in Plato's Cave*, Leiden, Brill, 2015, 331 p.

MILES K., *The Origins of international investment law: Empire, environment and the safeguarding of capital*, Cambridge, Cambridge university press, 2013, 464 p.

MITSI M., *The decision-making process of investor-state arbitration tribunals*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, 304 p.

MONEBHURRUN N., *La fonction du développement dans le droit international des investissements*, Paris, L'Harmattan, 2016, 598 p.

MONTT S., *State liability in investment treaty arbitration: Global constitutional and administrative law in the BIT generation*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 460 p.

MOUYAL L.W., *International investment law and the right to regulate: A human rights perspective*, London, Routledge, 2018, 264 p.

NANTEUIL A. de, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Paris, Pedone, 2014, 650 p.

NGWANZA A. et LHUILIER G., *Le contentieux extractif*, Paris, Chambre internationale de commerce, 2015, 252 p.

NIKIEMA S.H., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, 404 p.

NIYUNGEKO G., *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 480 p.

NOLAN A. and BOHOSLAVSKY J.P. (eds.), *Human Rights and Economic Policy reform*, London New York, Routledge, 2022, 185 p.

NOORTMANN M., REINISCH A. and RYNGAERT C. (eds.), *Non-State actors in international law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 406 p.

ODUMOSU I.T. and NEWMAN D.G. (eds.), *Indigenous-industry agreements, natural resources and the law*, London, Routledge, 2021, 287 p.

OPPENHEIM L. and LAUTERPACHT H., *International law: a treatise*, London, Longmans, Green & Co., vol.1, 1955, 1072 p.

ORAKHELASHVILI A. and WILLIAMS S., *40 years of the Vienna convention on the law of treaties*, London, British institute of international and comparative law, 2010, 242 p.

ORAKHELASHVILI A., *The interpretation of acts and rules in public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 594 p.

ORTINO F., *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 210 p.

OSMAN F. et YILDIRIM A.C., *Où va l'arbitrage international ? de la crise au renouveau*, Paris, Lexis Nexis, 2017, 476 p.

PADDEU F., *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 556 p.

PAPARINSKIS M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 556 p.

PAZ GONZÁLEZ I. de, *The social rights jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights: Shadow and light in international human rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 231 p.

PELC K.J., *Making and Bending International Rules: The Design of Exceptions and Escape Clauses in Trade Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 285 p.

PERELMAN C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, 203 p.

PERRONE N., *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors play by their Own Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2021, 242 p.

PETERSMANN C.-M., *Les sources du droit à l'eau en droit international*, Paris, Johanet, 2013, 130 p.

PICKER C.B. (ed.), *International economic law: the state and future of the discipline*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 337 p.

POULSEN L.S., *Bounded rationality and economic diplomacy: The politics of investment treaties in developing countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 247 p.

PRODROMOU Z., *The public order exception in international trade, investment, human rights and commercial disputes*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, 333 p.

QIAN X., *Water Services Disputes in International Arbitration : Reconsidering the Nexus of Investment Protection, Environment, and Human rights*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2020, 280 p.

RACHEL M., *The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 866 p.

RACINE J.-B., *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, 2016, 641 p.

RADI Y. (ed.), *Research handbook on human rights and investment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 558 p.

RADI Y., *Rules and practices of international investment law and arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, 508 p.

RAMA-MONTALDO M. (dir.), *Le droit international dans un monde en mutation. En hommage à au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, vol.I, 1994, 729 p.

RAVILLON L., BONUCCI N., KESSEDIAN C. (dir.), *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales - 40 years of the OECD guidelines for multinational enterprises*, Paris, Pedone, 2018, 212 p.

REINISCH A. and KRIEBAUM U. (eds.), *The Law of international relations: liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Pub, 2007, 505 p.

RIEDEL E.H., *The Human Right to Water*, Berlin, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, 220 p.

ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux : Perspectives croisées*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2017, 672 p.

ROBERT-CUENDET S., *Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 530 p.

ROMAN D. (dir.), « *Droits des pauvres, pauvres droits ?* » *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Paris, Mission de recherche Droit et justice, 2010, 472 p.

ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, 460 p.

ROMAN D. (dir), *Les droits sociaux, entre droits de l'homme et politiques sociales : Quels titulaires pour quels droits ?* Paris, L.G.D.J., 2012, 200 p.

ROMANO C., ALTER K.J. and SHANY Y. (eds.), *The Oxford handbook of international adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 975 p.

RUBINS N. and KINSELLA N.S., *International investment, political risk and dispute resolution: a practitioner's guide*, New York, Oceana Publishing, 2005, 769 p.

RUIZ FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2007, 253 p.

RUIZ-FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, 266 p.

RYNGAERT C., MOLENAAR E.J., NOUWEN S.M.H. and SOONS A.H.A. (eds.), *What's wrong with international law? liber amicorum A.H.A. Soons*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, 482 p.

SACERDOTI G., ACCONCI P., VALENTI M. and DE LUCA A. (eds.), *General interests of host states in international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 461 p.

SACHS L., JOHNSON L. and COLEMAN J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2017*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 512 p.

SACHS L.E., JOHNSON L.J. (eds.), *Yearbook on international investment law & policy 2015-2016*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 610 p.

SALACUSE J.W., *The three laws of international investment: national, contractual, and international frameworks for foreign capital*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 440 p.

SALMON J., *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 520 p.

SANTULLI C., *Droit du contentieux international*, 2e édition, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2015, 626 p.

SAUL B., KINLEY D.H. and MOWBRAY J., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: commentary, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 1292 p.

SAUVANT K.P. (ed.), *Yearbook on international investment law & policy 2011-2012*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 790 p.

SAUVANT K.P. and SACHS L.E. (eds.), *The effect of treaties on foreign direct investment: bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 732 p.

SCHACHERER S., *International Investment Law and Sustainable Development - Key cases from the 2010s*, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development (IISD), 2018, 79 p.

SCHARAW B., *The protection of foreign investments in Mongolia: treaties, domestic law, and contracts on investments in international comparison and arbitral practice*, Cham, Springer, 2018, 358 p.

SCHEFER K.N., *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, 2nd Revised edition, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, 672 p.

SCHILL S. (ed.), *International investment law and comparative public law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 836 p.

SCHILL S., TAMS C.J. and HOFMANN R. (eds.), *International investment law and development: Bridging the gap*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, 473 p.

SCHILL S.W., *The multilateralization of international investment law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 451 p.

SCHLÜTTER B., *Developments in customary international law: theory and the practice of the International Court of Justice and the international ad hoc criminal tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 369 p.

SCHOKKAERT J. and HECKSCHER Y., *International investments protection: Comparative law analysis of bilateral and multilateral interstate conventions, doctrinal texts and arbitral jurisprudence concerning foreign investments*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 739 p.

SCHWARZENBERGER G., *Foreign investments and international law*, London, Stevens & Sons, 1969, 237 p.

SCIOTTI-LAM C., *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 704 p.

SCOTT K., CLAUSSEN K., CÔTÉ C.-E. and KANEHARA A. (eds.), *Changing actors in international law*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2021, 415 p.

SEPÚLVEDA CARMONA M.M., *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 477 p.

SERAGLINI C. et ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, 948 p.

SERMET L., DIOUF A. et ANNOUSSAMY D., *Une anthropologie juridique des droits de l'homme : les chemins de l'océan Indien*, Paris, Archives contemporaines, 2009.

SFDI (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, 521 p.
SFDI (dir.), *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, 439 p.

SFDI (dir.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, 545 p.

SFDI (dir.), *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, 497 p.

SFDI (dir.), *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre?* Paris, Pedone, 1999, 140 p.

SHAN W. (ed.), *The legal protection of foreign investment: a comparative study*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 730 p.

SINCLAIR I.M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester, Manchester University Press, 1984, 270 p.

SORNARAJAH M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 452 p.

SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Fourth edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 604 p.

SOURGENS F.G., *A nascent common law: the process of decisionmaking in international legal disputes between states and foreign investors*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, 398 p.

SOURGENS F.G., DUGGAL K. and LAIRD I.A., *Evidence in international investment arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 325 p.

THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 2052 p.

TINIÈRE R. et ARLETTAZ J. (dir.), *Fragmentation en droit, fragmentation du droit*, Le Mans, L'Épilogue, 2014, 166 p.

TITI C. (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 370 p.

TLADI D. (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): disquisitions and disputations*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2021, 792 p.

TOMUSCHAT C., *Human rights: between idealism and realism*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, 414 p.

TRAKMAN L.E. and RANIERI N.W. (eds.), *Regionalism in international investment law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 534 p.

TREVES T., SEATZU F. and TREVISANUT S. (dir.), *Foreign investment, International Law and Common Concerns*, Abingdon, Routledge, 2014, 358 p.

TRINH H. Y., *The interpretation of investment treaties*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 384 p.

TRUYOL Y SERRA A. et KOLB R., *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Édition revue, augmentée et mise à jour., Paris, Pédone, 2007, 157 p.

TURGIS S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, 640 p.

UNCTAD, *Fair and equitable treatment*, New York, United Nations, 2012, 141 p.

UNCTAD, *International investment arrangements: Trends and emerging issues*, New York, United Nations, 2006, 94 p.

UNCTAD, *Bilateral investment treaties in the mid-1990s*, United Nations, New York, 1998, 305 p.

UNCTAD, *Employment*, New York, United Nations Publications, 2000, 76 p.

UNCTAD, *International investment agreements: Flexibility for development*, New York, United Nations, 2000, 200 p.

UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, New York, United Nations, 2004, 264 p.

UNCTAD, *International investment instruments: A compendium. Volume 1: Multilateral instruments*, New York, United Nations Publications, 1996, 371 p.

UNCTAD, *International Investment Instruments: A compendium. Volume 2: regional instruments*, New York, United Nations Publications, 1996, 576 p.

UNCTAD, *International investment instruments. 1: Multilateral instruments*, New York, United Nations, 1996, 371 p.

UNCTAD, *Social responsibility*, United Nations, New York, United Nations Publications, 2001, 102 p.

UNCTAD, *State Contracts*, United Nations Publications, 2004, 92 p.

UNCTAD, *Transparency*, New York, United Nations Publications, 2004, 128 p.

UNCTAD, *Trends in international investment agreements: an overview*, New York, United Nations Publications, 1999, 140 p.

SUPIOT A. et DELMAS-MARTY M. (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, 432 p.

VADI V., *Proportionality, reasonableness and standards of review in international investment law and arbitration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 316 p.

VADI V., *Public health in international investment law and arbitration*, London, Routledge, 2012, 224 p.

VAN HARTEN G., *Investment treaty arbitration and public law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 214 p.

VAN HARTEN G., *Sovereign choices and sovereign constraints: judicial restraint in investment treaty arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 182 p.

VAN HARTEN G., *The Trouble with Foreign Investor Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 224 p.

VANDEVELDE K.J., *Bilateral investment treaties: history, policy, and interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 562 p.

VANDEVELDE K.J., *The first bilateral investment treaties: U.S. postwar friendship, commerce and navigation treaties*, New York, Oxford University Press, 2017, 575 p.

VÁRADY T., JOVANOVIĆ M.A. and ZDRAVKOVIĆ A. (eds.), *Human rights in the 21st century*, The Hague, Eleven International Publishing, 2020, 335 p.

VILLIGER M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Leiden, M. Nijhoff, 2009, 1058 p.

VIRALLY M., *Le droit international en devenir : Essais écrits au fil des ans*, Paris, Presses Universitaires de France, 2015, 504 p.

VIRZO R. and INGRAVALLO I. (eds.), *Evolutions in the law of international organizations*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, 547 p.

VOEFFRAY F., *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 403 p.

VOSS J.O., *The impact of investment treaties on contracts between host states and foreign investors*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011, 363 p.

WAIBEL M. (ed.), *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*, Alphenaan den Rijn, Wolters Kluwer Law & Business, 2010, 614 p.

WEBB P., *International judicial integration and fragmentation*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 253 p.

WEIL P., *Ecrits de droit international : théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, 423 p.

WONGKAEW T., *Protection of legitimate expectations in investment treaty arbitration: a theory of detrimental reliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 282 p.

YOUNG K.G. (ed.), *Constituting economic and social rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 355 p.

ZARBIYEV F., *Le discours interprétatif en droit international contemporain : un essai critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 190 p.

ZERK J.A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 339 p.

ZIERO G.W., *Business, Compliance and Human Rights Law : the Effectiveness of Transnational private Regulations for Vulnerable Stakeholders*, London, Routledge, 2022, 248 p.

ZRILIC J., *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 288 p.

3. THÈSES

DUPUY F., *La protection de l'attente légitime des parties au contrat : Étude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, Thèse de doctorat en Droit privé soutenue le 1er janvier 2007, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 433 p.

GAMBARAZA M., *Le statut de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit soutenue le 18 décembre 2013, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 613 p.

PUTTI C., *Les obligations internationales des États en matière de droits économiques, sociaux et culturels : L'édification d'un régime obligataire spécifique aux droits à réalisation progressive*, Thèse de doctorat en droit public soutenue le 14 février 2020, Aix-Marseille Université, 592 p.

WEERAMANTRY J.R.G., *The interpretation of treaties by foreign investment arbitral tribunals*, Doctoral Thesis, Queen Mary, University of London, London, 2010, 327 p.

4. R.C.A.D.I.

ABI-SAAB G., « Cours général de droit international public », vol. 207 (1987), p. 9-463.

CHARPENTIER J., « Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des États (Volume 182) », *RCADI*, vol. 182 (1983), p. 143-245.

ENRIQUE ALVAREZ J., « The Public International Law Regime Governing International Investment », *RCADI*, vol. 344 (2009), p. 193-544.

HIGGINS R., « The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 176 (1982), p. 259-391.

JUILLARD P., « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, vol. 250 (1994), p. 9-216.

LEBEN C., « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements ».

NOLDE B., « Droit et technique des traités de commerce », *RCADI*, vol. 3 (1924), p. 291-477.

PISILLO MAZZESCHI R., « Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », vol. 333 (2008), p. 175-506.

SIMMA B., « From bilateralism to community interest in international law », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 250 (VI 1994), p. 217-384.

WEIL P., « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier », *RCADI*, vol. 128 (1969), p. 95-240.

YASSEEN M., « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *RCADI*, vol. 151 (1976), p. 1-114.

5. ARTICLES

a. ARTICLES DE REVUE

AAKEN A.V., « Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development Special Issue: Towards Better BITs - Making International Investment Law Responsive to Sustainable Development Objectives », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 15 (2014), n° 5-6, p. 827-861.

ABEL P., « Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration », *Brill Open Law*, (2018), n° 1, p. 61-90.

AGUSTI-PANAREDA J., EBERT F.C. and LECLERCQ D., « ILO Labor Standards and Trade Agreements: A Case for Consistency », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 36 (2014), n° 3, p. 347-380.

ALBERTSON P.C., « The Evolution of Labor Provisions in U.S. Free Trade Agreements: Lessons Learned and Remaining Questions: Examining the Dominican Republic - Central America – United States Free Trade Agreement (CAFTA-DR) Symposium: International Labor Standards », *Stanford Law and Policy Review*, vol. 21 (2010), n° 3, p. 493-512.

ALEXY R., « The Construction of Constitutional Rights », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), n° 1, p. 21-32.

ALSCHNER W., « The Impact of Investment Arbitration on Investment Treaty Design: Myth Versus Reality », *Yale Journal of International Law*, vol. 42 (2017), n° 1, p. 1-66.

ALSCHNER W. and SKOUGAREVSKIY D., « Mapping the Universe of International Investment Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 19 (2016), n° 3, p. 561-588.

ALSTON P., « “Core Labour Standards” and the Transformation of the International Labour Rights Regime », *European Journal of International Law*, vol. 15 (2004), n° 3, p. 457-521.

ALVAREZ J., « Are International Judges Afraid of Science? : A Comment on Mbengue », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34 (2011), n° 1, p. 81-98.

ALVAREZ J., « A BIT on Custom », *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 42 (2009), p. 17-80.

ALVAREZ J.E., « ISDS Reform: The Long View », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, (2021), p. 1-25.

ALVAREZ J.E., « ‘Beware: Boundary Crossings’ – A Critical Appraisal of Public Law Approaches to International Investment Law », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 (2016), n° 2, p. 171-228.

ANNAS G.J. and MARINER W.K., « (Public) Health and Human Rights in Practice », *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 41 (2016), n° 1, p. 129-139.

ANZILOTTI D., « La demande reconventionnelle en procédure internationale », *JDI*, (1930), n° 57, p. 857-877.

ARATO J., « Corporations as Lawmakers », *Harvard International Law Journal*, vol. 56 (2015), n° 2, p. 229-295.

ARATO J., « The Margin of Appreciation in International Investment Law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 54 (2014), n° 3, p. 545-578.

ARAUJO B.M., « Labour Provisions In Eu andUs Mega-Regional Trade Agreements: Rhetoric andReality », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67 (2018), n° 1, p. 233-253.

ARTHURS H., « Extraterritoriality by Other Means: How Labor Law Sneaks Across Borders, Conquers Minds, and Controls Workplaces Abroad Symposium: International Labor Standards», *Stanford Law and Policy Review*, vol. 21 (2010), n° 3, p. 527-554.

ASANTE S.K.B., « International Law and Foreign Investment: A Reappraisal », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), n° 3, p. 558-628.

ATHANASOVA D., BENOIT A.M. and OSTŘANSKÝ J., « The Legal Framework for Counterclaims inInvestment Treaty Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 31 (2014), n° 3, p. 357-391.

BALCERZAK F., « Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29 (2014), n° 1, p. 216-230.

BARAK A., « Proportionality and Principled Balancing », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), n° 1, p. 1-16.

BARNES M.-M., « The ‘Social License to Operate’: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019), n° 2, p. 328-360.

BEEN V. and BEAUVAIS J.C., « The Global Fifth Amendment - NAFTA’s Investment Protections andthe Misguided Quest for an International Regulatory Takings Doctrine», *New York University Law Review*, vol. 78 (2003), n° 1, p. 30-143.

BEN HAMIDA W., « L’arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence desprocédures et les conflits de juridictions », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51 (2005), n°1, p. 564-602.

BENSUSÁN G. and TILLY C., « Confronting Globalization: Lessons from Puebla », *New Labor Forum*, vol. 19 (2010), n° 3, p. 64-68.

BHAGWATI J., « Trade Liberalisation and ‘Fair Trade’ Demands: Addressing the Environmental and Labour Standards Issues », *The World Economy*, vol. 18 (2007), n° 6, p. 745-759.

BJORGE E., « Been There, Done That: The Margin of Appreciationand International Law », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4 (2015), n° 1, p. 181-190.

BJORKLUND A.K., « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis&Clark Law Review*, vol. 12 (2013), n°2, p. 461.

BLANTON R.G. and BLANTON S.L., « Labor Rights and Foreign Direct Investment: Is There a Raceto the Bottom? », *International Interactions*, vol. 38 (2012), n°3, p. 267-294.

BÖCKSTIEGEL K.-H., « Presenting Evidence in International Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 16 (2001), n°1, p. 1-9.

BOISSON DE CHAZOURNES L., MBENGUE M. M., DAS R. and GROS G.Y.J., « One Size does not Fit All—Uses of Experts before International Courts and Tribunals: An Insight into the Practice », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9 (2018), n°3, p. 477.

BOLGAR V., « L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17 (1965), n°2, p. 329-363.

BOOTH C., « Is There a Place for Human Rights Considerations in International Arbitration? », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 24 (2009), n°1, p. 109-115.

BORCHARD E., « The "Minimum Standard of the Treatment of Aliens » », *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, vol. 33 (1939), p. 51-74.

BORN G. and FORREST S., « Amicus Curiae Participation in Investment Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 34 (2019), n°3, p. 626-665.

BORN G., MORRIS D. and FORREST S., « “A Margin of Appreciation”: Appreciating Its Irrelevance in International Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 61 (2020), n°1, p. 65-134.

BOSE D., « David R Aven v Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 35 (2021), n°1-2, p. 20-28.

BOURDIEU P., « The specificity of the scientific field and the social conditions of the progress of Reason », *Social Science Information*, Vol. 14 (1975), n° 6, p. 19-47.

BRAY H.L., « ICSID and the Right to Water: An Ingredient in the Stone Soup: 2013 ICSID Review Student Writing Competition », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29 (2014), n°2, p. 474-483.

BRONCKERS M. and GRUNI G., « Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements », *Journal of International Economic Law*, vol. 24 (2021), n°1, p. 1-27.

BROWN R.C., « Promoting labour rights in the global economy: Could the United States' new model trade and investment frameworks advance international labour standards in Bangladesh? », *International Labour Review*, vol. 155 (2016), n°3, p. 383-406.

BUFFARD I. and ZEMANEK K., « The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma? », *Austrian Review of International and European Law Online*, vol. 3 (1998), n°1, p. 311-343.

BULTO T.S., « The emergence of the human right to water in international human rights law: invention or discovery? », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 12 (2011), n°2, p. 290-315.

BURKE-WHITE W. and STADEN A. von, « Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitrations », *Yale Journal of International Law*, vol. 35 (2010), n°2, p. 273-290.

BUSSE M., NUNNENKAMP P. and SPATAREANU M., « Foreign direct investment and labour rights: a panel analysis of bilateral FDI flows », *Applied Economics Letters*, vol. 18 (2011), n°2, p. 149-152.

CALAMITA N.J. and SARDINHA E., « The Bifurcation of Jurisdictional and Admissibility Objections in Investor-State Arbitration Special Issue: Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration », *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), n°1, p. 44-70.

CAMPLING L., HARRISON J., RICHARDSON B. and SMITH A., « Can labour provisions work beyond the border? Evaluating the effects of EU free trade agreements », *International Labour Review*, vol. 155 (2016), n°3, p. 357-382.

CAMPLING L., HARRISON J., RICHARDSON B. et SMITH A., « Un nouveau programme de recherche pour évaluer l'effet des dispositions relatives au travail contenues dans les accords de libre - échange européens », *Revue internationale du Travail*, vol. 155 (2016), n°3, p. 393-420.

CAPUANO A., « The Meaning of “Social Origin” in International Human Rights Treaties: A Critique of the CESCR’s Approach to “Social Origin” Discrimination in the ICESCR and its (Ir) relevance to National Contexts such as Australia », *New Zealand Journal of Employment Relations*, vol. 41 (2017), n°3, p. 91-112.

CARMONA M.S., « The obligations of ‘international assistance and cooperation’ under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A possible entry point to a human rights-based approach to Millennium Development Goal 8 », *The International Journal of Human Rights*, vol. 13 (2009), n°1, p. 86-109.

CARREAU D., FLORY T. et JUILLARD P., « Chronique de droit international public », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 38 (1992), n°1, p. 757-807.

CAVARE L., « La notion de juridiction internationale », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 2 (1956), n°1, p. 496-509.

CAZALA J., « Le *soft law* international entre inspiration et aspiration », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 66 (2011), n°1, p. 41-84.

CHAPMAN A.R., « A “Violations Approach” for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, vol. 18 (1996), n°1, p.23-66.

CHARNOWITZ S., « L'influence des normes internationales du travail sur le système commercial international. Aperçu historique », *Revue internationale du Travail*, vol. 126 (1987), n° 5, p. 635-657.

CHRISTIE G.C., « What Constitutes a Taking of Property under International Law? », *British Yearbook of International Law*, vol. 38 (1962), p. 307-338.

COHEN-JONATHAN G., « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen ; décision au fond du 19 janvier 1977 », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 23 (1977), n°1, p. 452-479.

COLE W.M., « Strong Walk and Cheap Talk: The Effect of the International Covenant of Economic, Social, and Cultural Rights on Policies and Practices », *Social Forces*, vol. 92 (2013), n°1, p. 165-194.

COMMISSION J.P., « Precedent in Investment Treaty Arbitration: The Empirical Backing », *Transnational Dispute Management (TDM)*, (2007), n°5, p. 1-7 (et 32 pages d'annexes).
COMPA L., « Corporate social Responsibility and Workers' Rights », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 30 (2009), p. 1-10.

COMPA L., « NAFTA's Labor Side Agreement and International Labor Solidarity », *Antipode*, vol. 33 (2001), n°3, p. 451-467.

COMPA L., « *The Multilateral Agreement on Investment and International Labor Rights: A Failed Connection* », *Cornell International Law Journal*, vol. 31(1998), n°3, p. 682-712.

COMPA L., « Enforcing Worker Rights under the NAFTA Labor Side Accord », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 88 (1994), p. 535-540.

CONDON B.J., « Does International Economic Law Impose a Duty to Negotiate? », *Chinese Journal of International Law*, vol. 17 (1er mars 2018), n°1, p. 73-110.

COSNARD H.-D., « Demande reconventionnelle : La notion de "lien suffisant avec la demande originaire" », *Revue Juridique de l'Ouest*, vol. 5 (1981), n° 1, p. 92-99.

COTULA L., « Human Rights and Investor Obligations in Investor-State Arbitration: Hesham Talaat M. Al-Warraq v The Republic of Indonesia, UNCITRAL Arbitration, Final Award, 15 December 2014 (Bernardo M. Cremades, Michael Hwang, Fali S. Nariman) », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 (2016), n°1, p. 148-157.

COYLE J.F., « *The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era* », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 51 (2013), n°2, p. 302-359.

CRAWFORD J., « Treaty and Contract in Investment Arbitration », *Arbitration International*, vol. 24 (2008), n°3, p. 351-374.

CROUCHER R., KELLY M. and MILES L., « A Rawlsian Basis for Core Labor Rights », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 33 (2012), n°2, p. 297-320.

DANG H., « *The Applicability of International Law as Governing Law of State Contracts* », *Australian International Law Journal*, vol. 17 (2010), n °1, p. 134-135.

D'ARGENT P., « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51 (2005), n°1, p. 27-55.

D'ASPREMONT J., « Softness in International Law: A self-serving Quest for New Legal Materials », *EJIL*, vol.19 (2008), n°5, p. 1075-1093.

DAVIES R.B. and VADLAMANNATI K.C., « A race to the bottom in labor standards? An empirical investigation », *Journal of Development Economics*, vol. 103 (2013), n °1, p. 1-14.

DE BRABANDERE E., « The (Ir) relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n °6, p. 847-866.

DE BRABANDERE E., « Jus Post Bellum and Foreign Direct Investment: Mapping the Debate Special Issue: Jus Post Bellum and Foreign Investment », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 16 (2015), n °4, p. 590-603.

DEMIRKOL B., « Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration International Law and Practice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 31 (2018), n °1, p. 59-92.

DESIERTO D.A. and DESIERTO D.A., « Investment Pricing and Social Protection: A Proposal for an ICESCR-adjusted Capital Asset Pricing Model », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28 (2013), n °2, p. 405-419.

DEWIT G., GÖRG H. and MONTAGNA C., « Should I stay or should I go? Foreign direct investment, employment protection and domestic anchorage », *Review of World Economics*, vol. 145 (2009), n °1, p. 93-110.

DIAS SIMÕES F., « Myopic Amici? The Participation of Non-Disputing Parties in ICSID Arbitration », *North Carolina Journal of International Law*, vol. 42 (2016), n °3, p. 791-822.

DICKSON-SMITH K.D., « Does the European Union Have New Clothes? Understanding the EU's New Investment Treaty Model », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 (2016), n °5, p. 773-822.

DIMASCIO N. and PAUWELYN J., « Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin », *American Journal of International Law*, vol. 102 (2008), n °1, p. 48-89.

DOLZER R., « Fair and Equitable Treatment: Today's Contours », *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12 (2014), n°1, p. 7.

DOLZER R., « The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37 (2005), n °4, p. 953-972.

DONOGHUE J.E., « The Corruption Trump in Investment Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (2015), n °3, p. 756-761.

DOUGLAS Z., « The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 29 (2014), n °1, p. 155-186.

DOUGLAS Z., « Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex », *Arbitration International*, vol. 22 (2006), n °1, p. 27-52.

DOUGLAS Z., « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *British Yearbook of International Law*, vol. 74 (2004), n °1, p. 151-289.

DUGGAL K.A.N. and DIAMOND N.J., « Human Rights and Investor–State Dispute Settlement Reform: Fitting a Square Peg into a Round Hole? », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12 (2021), n °2, p. 291-321.

DUGGAL K.A.N. and VAN DE VEN L.H., « The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves », *Arbitration International*, vol. 35 (2019), n °3, p.347-374.

DUMBERRY P., « State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 17 (2016),n °2, p. 229-259.

DUMBERRY P., « Protection of Investors’ Legitimate Expectations and Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 », *Journal of International Arbitration*, vol. 31 (2014), n °1, p. 47-74.

DUMBERRY P. and DUMAS-AUBIN G., « The Doctrine of “Clean Hands” and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 10 (2013), n °1.

EBERT F.C., « Labour provisions in EU trade agreements: What potential for channelling labour standards-related capacity building? », *International Labour Review*, vol. 155 (2016), n °3, p. 407-433.

EL BOUDOUHI S., « L’intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51 (2005), n°1, p. 542-563.

EL-KADY H. and DE GAMA M., « The Reform of the International Investment Regime: An African Perspective », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 34 (2019), n °2, p. 482-495.

EVANS T., « A human right to health? », *Third World Quarterly*, vol. 23 (2002), n °2, p.197-215.

FAHNER J.H. and HAPPOLD M., « Human Rights Defence in International Investment Arbitration: Exploring the limits of Systemic Integration », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 68 (2019), n °3, p. 741-759.

FAUCHALD O.K., « The Legal Reasoning of ICSID Tribunals - An Empirical Analysis », *European Journal of International Law*, vol. 19 (1er avril 2008), n °2, p. 301-364.

FIETTA S., « The “Legitimate Expectations” Principle under Article 1105 NAFTA », *The Journal of World Investment & Trade*, (2006), p. 423-432.

FOOTER M.E., « Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment », *Michigan State Journal of International Law*, vol. 18 (2009), n °33, p. 32-64.

FORTEAU M., « L'ordre public « transnational » ou « réellement international ». - L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI*, (2011), n °1, p. 3-49.

FOSTER C., « A new Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as “Internationalizes Public Law” », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64 (2015), n °2, p. 461-485.

FOSTER C.E., « Respecting regulatory measures: Arbitral method and reasoning in the Philip Morris v Uruguay tobacco plain packaging case », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 26 (2017), n °3, p. 287-297.

FRANCK D.S., « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review*, vol. 73 (2005), n °4, p. 1521-1624.

FRANK S., « Stabilisation Clauses and Foreign Direct Investment: Presumptions versus Realities », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 16 (2015), n °1, p. 88-121.

FRY J., « International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 18, p. 77-150.

GABISA H., « The Fate of International Human Rights Norms in the Realm of Bilateral Investment Treaties (BITs): Has Humanity Become a Collateral Damage », *International Lawyer*, (2015), n °2, p. 153-168.

GAGNÉ G. and MORIN J.-F., « The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT », *Journal of International Economic Law*, vol. 9 (1er juin 2006), n °2, p. 357-382.

GAILLARD E., « The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration », *Arbitration International*, vol. 35 (1er mars 2019), n °1, p. 1-19.

GARDE A. and ZRILIĆ J., « International Investment Law and Non-Communicable Diseases Prevention: An Introduction », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n °5, p. 649-673.

GATHII J. and ODUMOSU-AYANU I.T., « The Turn to Contractual Responsibility in the Global Extractive Industry », *Business and Human Rights Journal*, vol. 1 (j 2016), n °1, p.69-94.

GATHII J.T., « Imperialism, Colonialism and International Law », *Buffalo Law Review*, vol. 54 (2007), n °4, p. 1013-1066.

GILL J., « Is There a Special Role for Precedent in Investment Arbitration? », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (2010), n °1, p. 87-94.

GLÄßER U. and KUČEK C., « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration – A Balancing Act », *German Arbitration Journal*, vol. 18 (2020), n°3, p. 124-133.

GREWE C., « Les droits sociaux constitutionnels : propos comparatifs à l'aube de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 12 (2000), n°3-5, p. 85-92.

GRISEL F. et VINUALES J.E., « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 22 (2007), n °2, p. 380-432.

GRUSZCZYNSKI L., « The Trans-Pacific Partnership Agreement and the ISDS Carve-out for Tobacco Control Measures », *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6 (2015), n °4, p.652-658.

GUILLAUME G., « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2 (2011), n °1, p. 5-23.

GUZMAN A.T, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 38 (1998), p. 639-687.

HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2010, n°5, p.15-64.

HAMANN A., « L'encadrement de l'exécution des recommandations adoptées dans le règlement des différends de l'OMC », *RGDIP*, vol. 121 (2017), n °3, p. 727-758.

HAMIDA W.B., « Investment Treaties and Domestic Courts: A Transnational Mosaic Reviving Thomas Wälde's Legacy », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 9 (2012),n°1.

HAMIDA W.B., « La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *JDI*, (2008), n °4, p. 999-1033.

HAMIDA W.B., « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé ? », *International Law FORUM du droit international*, vol. 7 (2005), n°4, p. 261-272.

HARRISON J., « Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration: Perenco Ecuador Ltdv Republic of Ecuador, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental

Counterclaim, 11 August 2015 (Peter Tomka, Neil Kaplan, J Christopher Thomas) », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 (2016), n °3, p. 479-488.

HEISKANEN V., « The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United- States Claims Tribunal », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8 (2007), n °2, p. 215-231.

HELLIO H., « L'État, un justiciable de second ordre? À propos des demandes étatiques dans le contentieux transnational relatif aux investissements étrangers », *RGDIP*, vol. 3 (2009), p. 589-6620.

HENCKELS C., « A Duty to Consult Foreign Investors When Changing the Regulatory Framework? Implications for Non-Communicable Disease Prevention and Beyond », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n °5, p. 698-723.

HENCKELS C., « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », *Journal of International Economic Law*, vol. 19 (2016), n °1, p. 27-50.

HENCKELS C., « Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor–State Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4 (2013), n °1, p. 197-215.

HEPBURN J., « Domestic Investment Statutes in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 112 (2018), n °4, p. 658-706.

HERZ J.H., « *Expropriation of Foreign Property* », *American Journal of International Law*, vol. 35 (1941), n°2, p. 243-262.

HINOJOSA-MARTÍNEZ L.M., « The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17 (2016), n°1, p. 86-115.

HO J., « The Creation of Elusive Investor Responsibility », *AJIL Unbound*, vol. 113 (2019), p. 10-15.

HOFFMANN A.K., « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28 (2013), n °2, p. 438-453.

HUNTER M. and SILVA G.C.E., « Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitrations », *Journal of World Investment*, vol. 4 (2003), n °3, p. 367-378.

ISHIKAWA T., « Marco Gavazzi and Stefan Gavazzi v Romania: A New Approach to Determining Jurisdiction over Counterclaims in ICSID Arbitration? », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32 (2017), n °3, p. 721-728.

ISMAILOV O., « Interaction of International Investment and Trade Regimes on Interpreting Treaty Necessity Clauses: Convergence or Divergence », *Georgetown Journal of International Law*, (2017), n °2, p. 505-556.

- JACOB P., « L'exécution des décisions ALENA », *RGDIP*, vol. 121 (2017), n °3, p. 759-770.
- JARDÓN L., « The Interpretation of Jurisdictional Clauses in Human Rights Treaties », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 13 (2013), p. 99-143.
- JENSEN E.T., « The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights International Justice: Where We Stand, Where We Fall, and Where We Need to Be », *Georgetown Journal of International Law*, (2017), n °3, p. 735-778.
- JESSUP P.C., « Responsibility of States for Injuries to Individuals », *Columbia Law Review*, vol. 46 (1946), n °6, p. 903-928.
- JINKS D. and GOODMAN R., « How to Influence States : Socialization and International Human Rights Law », *Duke Law Journal*, vol. 54 (2004), n°3, p. 621- 703.
- KALDERIMIS D., « The Authority of Investment Treaty Tribunals to Issue Orders Restraining Domestic Court Proceedings », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 31 (2016), n °3, p. 549-575.
- KALICKI J., « Counterclaims by States in Investment Arbitration », *Investment Treaty News*, vol. 3 (2013), n °2.
- KAMMERHOFER J., « Systemic Integration, Legal Theory and the ILC », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 19 (2008), p. 157-182.
- KAUFMANN-KOHLER G., « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? : The 2006 Freshfields Lecture », *Arbitration International*, vol. 23 (2007), n°3, p. 357-378.
- KAUFMANN-KOHLER G., BOISSON DE CHAZOURNES L., BONNIN V. and MBENGUE M.M., « Consolidation of proceedings in investment arbitration: how can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 21 (2006), n °1, p. 59.
- KINGSBURY B., KRISCH N. et STEWART R. B., « L'émergence du droit administratif global », *Revue internationale de droit économique*, vol. 25 (2013), n°1, p. 37-58.
- KINNEAR M. and LE CANNU P.J., « Concluding Remarks: ICSID and African States Leading International Investment Law Reform », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 34 (2019), n°2, p. 542-551.
- KOLB R., « Selected Problems in the Theory of Customary International Law », *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), n °2, p. 119-150.
- KOLBEN K., « Integrative linkage: Combining public and private regulatory approaches in the design of trade and labor regimes », *Harvard International Law Journal*, vol. 48 (2007), p. 203.
- KRAJEWSKI M., « A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », *Business and Human Rights Journal*, vol. 5 (2020), n °1, p. 105-129.

KREINDLER R.H., « Approaches to the Application of Transnational Public Policy by Arbitrators », *Journal of World Investment*, vol. 4 (2003), n °2, p. 239-250.

KRIEBAUM U., « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration », *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 114 (2020), p. 149-155.

KRIEBAUM U., « The Right to Water Before Investment Tribunals », *Brill Open Law*, vol. 1 (2018), n°1, p. 16-36.

KRYVOI Y., « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21 (2012), n°2, p. 216-252.

KUCERA D., « Core labour standards and foreign direct investment », *International Labour Review*, vol. 141 (2002), n °1-2, p. 31-69.

KULICK A., « About the Order of Cart and Horse, Among Other Things: *Estoppel* in the Jurisprudence of International Investment Arbitration Tribunals », *European Journal of International Law*, vol. 27 (2016), n °1, p. 107-128.

KURTZ J., « A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 23 (2003), n °4, p. 713-789.

KURTZ J., « NGOs, the Internet and International Economic Policy Making: the Failure of the OECD Multilateral Agreement on Investment », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 3 (2002), p. 213-246.

LABORDE G., « The Case for Host State Claims in Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1 (2010), n °1, p. 97-122.

LANGFORD M., « Ambition That Overleaps Itself? A Response to Stephen Tully's Critique of the General Comment on the Right to Water », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 24 (2006), n °3, p. 433-459.

LANGFORD M., « Expectation of Plenty: Response to Stephen Tully », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 24 (2006), n °3, p. 473-479.

LANGFORD M., BEHN D. and LIE R.H., « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 20 (2017), n °2, p. 301-332.

LEAL-ARCAS R., « Mega-Regionals and Sustainable Development », *Renewable Energy Law and Policy Review (RELP)*, (2015), n °4, p. 248-264.

LEVINE J. and AMBAST A., « Responsibility Rising From the Rubble: Lessons From the Bangladesh Accord for Arbitration of Business and Human Rights Disputes », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 18 (2021), n °3, p. 1-23.

LEVINE J. and AMBAST A., « The Bangladesh Accord Arbitrations: Arbitrating Business and Human Rights Disputes », *Transnational Dispute Management (TDM)*, vol. 18 (1er avril 2021), n °3, p. 1-20.

LEVY C.S., « Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective », *Groningen Journal of International Law*, vol. 3 (29 mai 2015), n°1, p. 59-84.

LI T. and JIANG Z., « Human Rights, Justice, and Courts in IEL: A Critical Examination of Petersmann's Constitutionalization Theory », *Journal of International Economic Law*, vol. 21 (2018), n°1, p. 193-211.

LINDERFALK U., « Philip Morris Asia Ltd. v. Australia - Abuse of Rights in Investor-State Arbitration », *Nordic Journal of International Law*, vol. 86 (2017), n°3, p. 403-420.

LLAMZON A., « Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the "Unclean Hands" Doctrine in International Investment Law: Yukos as both Omega and Alpha », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (2015), n°2, p. 315-325.

MANN F., « The Theoretical Approach Towards the Law Governing Contracts between States and Private Person », *Revue Belge de droit international*, vol. 11 (1975), n°2, p. 562-568.

MANN F., « The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons », *British Yearbook of International Law*, vol. 35 (1959), p. 34-57.

MARBOE I., « Compensation and Damages in International Law : the Limits of « Fair Market Value » », *Journal of World Investment & Trade*, vol 7 (1), 2006, p. 723-759.

MARCOUX J.-M., « Informal instruments to impose human rights obligations on foreign investors: An emerging practice of legality? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 34 (mars 2021), n° 1, p. 109-126.

MARCOUX J.-M., « The Need to Make Sense of a Practice in Investment Arbitration: A Response to Eric De Brabandere », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n°6, p. 867-879.

MARCOUX J.-M., « Transnational Public Policy as a Vehicle to Impose Human Rights Obligations in International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n°6, p. 809-846.

MARCOUX J.-M., « Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019), n°3, p.496-515.

MARCOUX J.-M. and BJORKLUND A.K., « Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69 (2020), n°4, p. 877-905.

MARCOUX J.-M. and NEWCOMBE A., « Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru: Two Sides of a 'Social License' to Operate », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 33 (2018), n°3, p. 653-659.

MARX A., EBERT F. and HACHEZ N., « Dispute Settlement for Labour Provisions in EU Free Trade Agreements: Rethinking Current Approaches », *Politics and Governance*, vol. 5 (2017), n°4, p. 49.

MAYER P., « Contracts claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements », *JDI*, (2009), n °1, p. 72-96.

MAYER P., « La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'États. », *JDI*, vol. 5 (1986), n °1, p. 5-78.

MBENGUE M.M., « Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 34 (1er mai 2019), n °2, p. 455-481.

MBENGUE M.M., « Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime -An Introduction », *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 18 (2017), n °3, p. 371.

MBENGUE M.M., « *Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties)* », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 31 (2016), n °2, p. 388.

MBENGUE M.M., « National Legislation and Unilateral Acts », *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law*, (2012), p. 183.

MBENGUE M.M., « Scientific Fact-finding by International Courts and Tribunals », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012), n °3, p. 509.

MBENGUE M.M., « International Courts and Tribunals as Fact-Finders: The Case of Scientific Fact-Finding in International Adjudication », *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34 (2011), p. 53.

MBENGUE M.M. and D'ASPREMONT J., « Strategies of Engagement with Scientific Fact-finding in International Adjudication », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5 (2014), n °2, p.240.

MCGUINNESS M.J., « The Protection of Labor Rights in North America: A Commentary on the North American Agreement on Labor Cooperation Recent Development », *Stanford Journal of International Law*, (1994), n °2, p. 579-596.

MCLACHLAN C., « Investment Treaties and General International Law », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 57 (avril 2008), n °2, p. 361-401.

MCLACHLAN C., « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (C) of the Vienna Convention », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54 (2005), n °2, p.279-319.

MELILLO M., « Evidentiary Issues in Philip Morris v Uruguay: The Role of the Framework Convention for Tobacco Control and Lessons for NCD Prevention », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n °5, p. 724-752.

MILANO E. and ZUGLIANI N., « Capturing Commitment in Informal, *Soft Law* Instruments: A Case Study on the Basel Committee », *Journal of International Economic Law*, vol. 22 (2019), n °2, p. 163-176.

MITCHELL A.D. and O'BRIEN P., « If One Thai Bottle Should Accidentally Fall: Health Information, Alcohol Labelling and International Investment Law », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21 (2020), n °5, p. 674-697.

MOEHLECKE C., « The Chilling Effect of International Investment Disputes: Limited Challenges to State Sovereignty », *International Studies Quarterly*, vol. 64 (2020), n °1, p. 1-12.

MOLOO R. and KHACHATURIAN A., « The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law », *Fordham Law Review*, vol. 34 (2011), n °6, p. 1473-1501.

MUCHLINSKI P., « Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a "Multilateral Legal Order" », *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1 (2011), n °4, p. 1-25.

MUHAMMAD N., « A Comparative Approach to Margin of Appreciation in International Law », *The Chinese Journal of Comparative Law*, vol. 7 (2019), n °1, p. 212-240.

NEUMAYER E. and SOYSA I. de, « Globalization and the Right to Free Association and Collective Bargaining: An Empirical Analysis », *World Development*, vol. 34 (2006), n °1, p. 31-49.

NEWCOMBE A., « The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 20 (2005), n °1, p. 1-57.

NEWCOMBE A. and MARCOUX J.-M., « Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia: Imposing International Obligations on Foreign Investors », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (2015), n °3, p. 525-532.

NOLLKAEMPER A., « Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts », *American Journal of International Law*, (2007), n °4, p. 760-799.

NORTON P.M., « The Role of Precedent in the Development of International Investment Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 33 (2018), n °1, p. 280-301.

NOUVEL Y., « La recevabilité des demandes reconventionnelles devant la Cour internationale de Justice à la lumière de deux ordonnances récentes », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 44 (1998), n °1, p. 324-336.

OBERSTEINER T., « "In Accordance with Domestic Law Clauses": How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors? », *Journal of International Arbitration*, vol. 31 (2014), n °2, p. 265-288.

ODUMOSU-AYANU I., « Foreign Direct Investment Catalysts in West Africa: Interactions with Local Content Laws and Industry-Community Agreements », *North Carolina Central Law Review*, vol. 35 (2012), n °1, p. 65.

ODUMOSU-AYANU I.T., « Indigenous Peoples, International Law, and Extractive Industry Contracts », *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), p. 220-225.

ODUMOSU-AYANU I.T., « Governments, investors and local communities: Analysis of a multi-actor investment contract framework », *Melbourne Journal of International Law*, vol. 15 (2014), n °2, p. 473-514.

ODUMOSU-AYANU I.T., « Multi-Actor Contracts, Competing Goals and Regulation of Foreign Investment », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 65 (2014), p. 269.

OLIVEIRA J. and BRAZ T., « The Authority of Domestic Courts in Adjudicating International Investment Disputes: Beyond the Distinction Between Treaty and Contract Claims », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4 (2013), n °1, p. 175-195.

OLNEY W.W., « A race to the bottom? Employment protection and foreign direct investment », *Journal of International Economics*, vol. 91 (2013), n °2, p. 191-203.

O'MALLEY N., « The Procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration – As Applied in Practice », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8 (2009), n °1, p. 27-90.

ORTINO F., « Investment Treaties, Sustainable Development and Reasonableness Review: A Case Against Strict Proportionality Balancing », *Leiden Journal of International Law*, vol. 30 (2017), n °1, p. 71-91.

ORTINO F., « Legal Reasoning of International Investment Tribunals: A Typology of Egregious Failures », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012), n °1, p. 31-52.

ORTINO F., « The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model? », *International Law FORUM du droit international*, vol. 7 (2005), n°4, p. 243-250.

PAPARINSKIS M., « Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor–State Arbitration », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, (2021), p. 1-24.

PARCHAJEV D. and DAUJOTAS R., « Can Amici Curiae Rescue the Fading EU ISDS System? », *European Investment Law and Arbitration Review*, vol. 1 (2016), n °1, p. 115-132.

PARLETT K., « Parties' Engagement with Experts in International Litigation », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9 (2018), n °3, p. 440-452.

PATAUT E., « Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé », *Droit Social*, (2017), n° 10, p. 833.

PAULSSON J., « Arbitration Without Privity », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 10 (1er septembre 1995), n °2, p. 232-257.

PEKSEN D. and BLANTON R.G., « The impact of ILO conventions on worker rights: Are empty promises worse than no promises? », *The Review of International Organizations*, vol. 12 (2017), n °1, p. 75-94.

PERRONE N.M., « The “Invisible” Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime », *AJIL Unbound*, vol. 113 (2019), p. 16-21.

PETERSMANN E.-U., « The WTO constitution and human rights », *Journal of International Economic Law*, vol. 3 (2000), n°1, p. 19-25.

PORRAS I., « Constructing International Law in the East Indian Seas: Property, Sovereignty, Commerce and War in Hugo Grotius De Iure Praedae - The Law of Prize and Booty, or “On How to Distinguish Merchants from Pirates” », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31 (2006), n°3.

POTESTA M., « Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 28 (2013), n°1, p. 88-122.

RACHOVITSA A., « The principle of Systemic Intergration in Human Rights law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66 (2017), n°3, p. 557-588.

RAJPUT A., « Problems with the Jurisprudence of the Iran–US Claims Tribunal on Indirect Expropriation », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (2015), n°3, p. 589-615.

REED L., « The De Facto Precedent Regime in Investment Arbitration: A Case for Proactive Case Management », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 25 (2010), n°1, p. 95-103.

REINISCH A., « Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards? — The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 19 (2016), n°4, p. 761-786.

REISMAN W.M., « Canute Confronts the Tide: States versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (2015), n°3, p. 616-634.

REYNOSO I., « Spain’s Renewable Energy Saga: Lessons for international investment law and sustainable development », *Investment Treaty News Quarterly*, vol. 11 (2020), n°2.

RIDI N., « ‘Mirages of an Intellectual Dreamland’? Ratio, Obiter and the Textualization of International Precedent », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10 (2019), n°3, p. 361-395.

ROBERTS A., « Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States », *American Journal of International Law*, vol. 104 (2010), n°2, p. 179-225.

SALACUSE J.W. and SULLIVAN N.P., « Do BITs really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain », *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), n°1, p. 67-130.

SCHILL S.W., « Deference in Investment Treaty Arbitration: Re-conceptualizing the Standard of Review », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3 (2012), n° 3, p. 577-607.

SCHILL S.W., « Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration », *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 11 (2012), n° 2, p. 281-323 .

SCHILL S.W.S., « Tearing down the Great Wall - the new generation investment treaties of the people's republic of China », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 15 (2007), n° 1, p. 73-118.

VIDAK-GOJKOVIC, E., BLAIR C., MEUDIC-ROLE A., « The Medium Is the Message : Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration », *Journal of International Arbitration*, vol. 35 (2018), n° 4, p. 379-412.

YIANNIBAS K., « The Adaptability of International Arbitration : Reforming the Arbitration Mechanism to provide Effective Remedy for Business-related Human Rights Abuses », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 36 (2018), n° 3, p. 214-231.

b. CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS

AAKEN A.V. and LEHMANN T.A., « Sustainable development and international investment law », in ECHANDI R. and SAUVE P. (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 317-339.

ABI-SAAB G., « Les sources du droit international : essai de déconstruction », in RAMA-MONTALDO M. (dir.), *Le droit international dans un monde en mutation. En hommage à au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, vol.I, p. 29-49.

AFROUKH M., « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., BURGORGUE-LARSEN L. et TOUZE S. (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, p. 107-132.

ALOUPI N. et KLEINER C., « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif », in SFDI (dir.), *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, p. 15-46.

ALSCHNER W. and TUERK E., « The role of international investment agreements in fostering sustainable development », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 217-231.

AMBRUS M., « The European Court of Human Rights and Standards of Proof », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 235-253.

ASCENSIO H., « La notion de juridiction internationale en question » in *La juridictionnalisation du droit international*, in SFDI (dir.), *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, p. 163-202.

ATANASOVA D., « International norms: A Defence in Investment Treaty Arbitration? », in AKBABA M. and CAPURRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration*, New York, Routledge, 2019, p. 56-71.

BAADE B., « Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights », in BAADE B. (ed.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 92-108.

BADERIN M.A. and MCCORQUODALE R., « The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty years of Development », in BADERIN M.A. and MCCORQUODALE R. (eds.), *Economic, social and cultural rights in action*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 3-24.

BAIN E., « When Some Are More Equal Than Others: The need for a more substantive conception of “equality of the parties” in investment arbitration », in SACHS L.E. and JOHNSON L.J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2015-2016*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 292-326.

BENLOLO-CARABOT M., « Les droits sociaux dans l’union européenne », in ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 189-206.

BENTIROU-MATHLOUTHI R., « Le ralliement du Comité européen des droits sociaux du Conseil de l’Europe à la dynamique des ordres juridiques européens dans l’élaboration de ses décisions sur le bien-fondé en matière environnementale » in AILINCAI M., CHEVALLIER-GOVERS C., EDJAHARIAN-KANAA V., DUBOIS L. et SCHNEIDER C. (dir.), *Les Europes: de l’intérieur vers l’extérieur: mélanges en l’honneur du Professeur Catherine Schneider*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 107-119.

BERKES A., « Extraterritorial responsibility of the home States for MNCs’ violations of Human Rights », in RADI Y.(ed.), *Research handbook on human rights and investment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 304-343.

BERNER K., « Reconciling Investment Protection and Sustainable Development. A Plea for an Interpretative U-Turn », in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 175-203.

BETAÏLLE J., « Le concept d’effectivité, proposition de définition », in BRIMO S. et PAUTI C. (dir.), *L’effectivité des droits: regards en droit administratif*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2019, p. 21-37.

BONNITCHA J., « Democracy, Development and compensation under Investment Treaties : The Case of Transition from Authoritarian Rule », in SCHILL S., TAMS C. J. and HOFMANN R. (eds.), *International Investment Law and Development: Bridging the Gap*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 285-308.

HENKIN L., « The International Bill of Rights: The Universal Declaration and the Covenant’s », in BERNHARDT R., JOLOWICZ J.A (eds.), *International Enforcement of Human Rights*, Berlin, Springer-Verlag, 1987, p. 1-19.

BEULAY M., « L'évolution du droit international social », in THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 1/2, p. 59-90.

BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A., « Introduction », in BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. xix-xxiv.

BISMUTH R., « La contribution du droit du commerce international au droit des investissements », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 87-116.

BJORKLUND A.K., « Investment Treaty Arbitral Decisions as Jurisprudence Constante », in PICKER C.B. (ed.), *International economic law: the state and future of the discipline*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 265-280.

BOISSON DE CHAZOURNES, « Changes in the Balance of Rights and Obligations : Towards Investor Responsibility », in EL GHADBAN T., MAZUY C.-M. et SENEGACNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Pedone, 2018, p. 83-95.

BOISSON DE CHAZOURNES D., « Rules of Interpretation and Investment Arbitration - CEMEX v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15 », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U.(eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer LawInternational, 2015, p. 13-25.

BURKE-WHITE W. and STADEN A. von, « The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitrations », in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, oxford, Oxford University Press, 2010, p. 689-720.

CALAMITA N.J., « The Principle of Proportionality and the Problem of Indeterminacy in International Investment Treaties », in BJORKLUND A.K. (ed.), *Yearbook on international investment law and policy 2013-2014*, Oxford, Oxford Univeristy Press, 2015, p. 157-200.

CALAMITA N.J., « International human rights and the interpretation of international investment treaties: constitutional considerations », in BAETENS F. (ed.), *Investment Law within International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 164-184.

CAMBOT P., « Les droits sociaux fondamentaux en Espagne : la notion », in GAY L., MAZUYER E. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : entre droit nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 118-134.

CAZALA J., « Le respect des droits de l'homme comme justification de la violation d'un traité d'investissement », in BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse = Convergences and contradictions between investment law and human rights law: a litigation approach*, Paris, Pedone, 2017, p. 319-342.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in LOCHAK D. (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2012, p. 11-26.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Les droits sociaux : éléments de définition », in ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 15-27.

CHRISTIAN EBERT F., « Increasing the social sustainability of trade agreements in terms of labour standards: insights from the TPP experience », in *Sustainable Trade, Investment and Finance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 83-108.

CRAVEN M.C.R., « Some Thoughts on the Emergent Right to Water », in RIEDEL E. and ROTHEN P. (eds.), *The human right to water*, Berlin, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 37-47.

DA SILVA RAMOS, E., « Le contrôle juridictionnel des politiques publiques : l'« effectivité » des droits sociaux sous la Constitution brésilienne de 1988 », in ILIOPOULOS-STRANGAS J. et ROUX T. (dir.), *Perspectives nationales et internationales des droits sociaux. National and international perspectives on social rights*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 87-122.

D'ASPREMONT J., « International Customary Law: Story of a Paradox », in GAZZINI T. and BRABANDERE E.D. (eds.), *International investment law: the sources of rights and obligations*, Leiden, Nijhoff, 2012, p. 5-47.

DAUGAREILH I., « Avant-propos. L'impact de la mondialisation sur les droits fondamentaux de l'homme au travail », in DAUGAREILH I. (dir.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. XI-XXXVIII.

DAVIDIAN G., « Should Citizens Expect Procedural Justice in Nonadversarial Processes? Spotlighting the Regression of the Citizen Submissions Process from NAAEC to CAFTA-DR », in KONG H.L. and WROTH L.K. (eds.), *NAFTA and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 37-74.

DE BRABANDERE E., « Human rights and international investment law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 619-645.

DECAUX E. et KUCERA D., « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des investissements », in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 501-529.

DESIERTO D., « Deciding International Investment agreement applicability: the Development Argument in Investment », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 240-256.

DIMOPOULOS A., « EC Free trade agreements: an alternative model for addressing human rights in foreign investment regulation and dispute settlement? », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (dir.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 565-594.

DUMBERRY P. and DUMAS-AUBIN G., « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs », in SAUVANT K.P. (eds.), *Yearbook on international investment law & policy 2011-2012.*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 569-600.

DUMBERRY P. and STONE J., « International Law, Whether You Like It or Not: An Analysis of Arbitral Tribunal Practice Regarding the Applicable Law in Deciding State Contracts Disputes under the ICSID Convention in the Twenty First Century », in BJORKLUND A.K. (ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2012-2013*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 477-516.

DUPUY P.-M., « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in DUPUY P.-M., PETERSMANN E.-U. and FRANCONI F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 46-62.

DUPUY P.-M. AND KUBE V., « Human Rights Law in International Investment Arbitration », in GATTINI A., TANZI A. and FONTANELLI F. (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill | Nijhoff, 2018, p. 221-268.

DUPUY P.-M. AND VIÑUALES J.E., « Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress », in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. AND REINISCH A. (eds.), *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 1739-1767.

DUPUY R.J., « Conclusions générales », in SFDI (dir.), *Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum de négociation à l'autre ?*, Paris, Pedone, 1999, p. 131-137.

EBERT F.C., « Increasing the social sustainability of trade agreements in terms of labours standards: Insights from TPP experience », in GAMAGE C. and NOVITZ T. (eds.), *Sustainable trade, investment and finance: toward responsible and coherent regulatory frameworks*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 83-108.

ECHANDI R., « What Do Developing Countries Expect from the International Investment Regime? », in , 2011, p. 3-21.

EUDES M., « Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les instruments régionaux », in DECAUX E., DE SCHUTTER O. and TEXIER P. (dir.), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 41-57.

EWING-CHOW M. and LOSARI J.J., « Which Is to Be the Master? Extra-Arbitral Interpretative Procedures for IIAs », in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2015, p. 91-114.

FAHNER J.H., « Assessing Investor Misconduct in Mining Disputes-Legality Requirements, Clean Hands and Contributory Fault », in KENT C.H., LALANI S., PETROCHILOS G. and ZIEGLER A.R. (eds.), *Social license and dispute resolution in the extractive industries*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2021, p. 50-81.

FERCOT C., « Soft Law, droits de l'homme et effectivité », in AILINCAI M. (dir.), *Soft law et droits fondamentaux, op. cit.*, p. 55-73.

FERCOT C., « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés d'un droit à des conditions minimum minimales d'existence en droit comparé », in ROMAN D. M. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 49-65.

FOOTER M.E., « International Investment Law and Trade: the relation that never went away », in BAETENS F. (ed.), *Investment law within international law: integrationist perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 259-280.

GAILLARD E. and BANIFATEMI Y., « The long March towards a Jurisprudence constante on the Notion of Investment », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEGAIN M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 97-125.

GAMMAGE C., « Social norms in EU free trade agreements: justiciable or not? », in GAMMAGE C. and NOVITZ T. (eds.), *Sustainable Trade, Investment and Finance*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 50-82.

GAMMAGE C., « The concept of sustainability and its application in international trade, investment and finance », in *Sustainable Trade, Investment and Finance*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 1-29.

GARVER G., « Forgotten Promises: Neglected Environmental Provisions of the NAFTA and the NAAEC », in KONG H.L. and WROTH L.K. (eds.), *NAFTA and sustainable development: history, experience, and prospects for reform*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 15-36.

GHAI Y.P. and COTTREL J., « The role of courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights », in GHAI Y.P. et COTTREL J. (eds.), *Economic, social & cultural rights in practice: the role of judges in implementing economic, social & cultural rights*, London, Interights, 2004, p. 58-89.

GOLAY C., « Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels », in DECAUX E., DE SCHUTTER O. et TEXIER P. (dir.), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, p. 21-40.

HAGE J., WALTERMANN A. and AROSEMENA G., « Exceptions in International Law », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 11-34.

HAHN M., « WTO Rules and Obligations related to investment », in BUNGENBERG M., GRIEBEL J., HOBE S. and REINISCH A. (eds.), *International investment law: a handbook*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 653-670.

HAILBRONNER K. and GOGOLIN J., « Aliens », in WOLFRUM R. (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol.1, p. 285-294.

HAY E. and HULL C., « The Hull Formula. Exchange of Letters between Cordell Hull and the Mexican Government », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2017, p. 235-271.

HENCKELS C., « Scope Limitation or Affirmative Defence ? : The Purpose and Role of Investment Treaty Exception Clauses », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 363-374.

HENCKELS C., « The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor–State Arbitration », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 113-134.

HERRERA C.-M., « La justiciabilité des droits sociaux : concept juridique et évolution jurisprudentielle », in ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 103-117.

HERTEL S. and MINKLER L., « Economic Rights: The Terrain », in HERTEL S. and MINKLER L. (eds.), *Economic rights: conceptual, measurement, and policy issues*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 1-35.

HERTIG M., « Typologie des droits de l’homme », in HERTIG M. and HOTTELIER M. (dir.), *Introduction aux droits de l’homme*, Cowansville, Y. Blais, 2014, p. 39-54.

HIRCH M., « Investments Tribunals and Human rights: Divergent Paths », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 97-114.

JODOIN S., « Pathways of Influence in the NAFTA Regime and Their Implications for Domestic Environmental Policy Making in North America », in KONG H.L. and WROTH L.K. (eds.), *NAFTA and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 329-350.

JOHNSON T. and GIMBLETT J., « From gunboats to BITs: the evolution of modern international investment law », in ALVAREZ J.E. (eds.), *International investment law*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2017, p. 85-144.

JOUBIN-BRET A., « Protecting the Investor and Protecting the Environment: Conflicting Objectives in International Investment Agreements », in LEVASHOVA Y., LAMBOUY T. and DEKKER I.F. (eds.), *Bridging the gap between international investment law and the environment*, The Hague, Eleven international publishing, 2016, p. 31-51.

JULLIARD P., « L’accord multilatéral sur l’investissement : un accord de troisième type ? », in SFDI (dir.), *Un accord multilatéral sur l’investissement : d’un forum de négociation à l’autre ?*, Paris, Pedone, 1999, p. 47-78.

KALICKI D., EVSEEV J. and SILBERMAN M., « Legality of Investment », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 127-139.

KALICKI J.E., JOUBIN-BRET A. and KETCHESON J., « Investment Arbitration: Learning from Experience », in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 97-127.

KATROUGALOS G., « La généalogie des droits sociaux au niveau national et international », in ALIPRANTIS N. (dir.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux : défis à l’échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 13-34.

KENT A., « The Principle of Public Participation in NAFTA Chapter 11 Disputes », in KONG H.L. and WROTH L.K. (eds.), *NAFTA and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 267-301.

KAHN Ph., « Investissements internationaux et droits de l'homme », in HORCHANI F. (dir.), *Où va le droit de l'investissement: désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pedone, 2006, p. 95-109.

KARAMANIAN S., « Human Rights Dimensions of Investment Law » in DE WET E. and VIDMAR J. (eds.), *Hierarchy in international law: the place of human rights*, Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, p. 236-271.

KLARE K., « Critical Perspectives on Social and economic rights, democracy and separation of powers », in ALVIAR GARCÍA H., KLARE K. and WILLIAMS L.A. (eds.), *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*, First published., London New York, Routledge, 2015, p. 3-22.

KOURILSKY-AUGEVEN C., « Socialisation juridique et modèle culturel », in KOURILSKY-AUGEVEN C., *Socialisation juridique et conscience du droit: attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, Paris, LGDJ, 1997, p. 11-31.

KRAJEWSKI M., « Home State Regulation of Transnational Corporations to protect human Rights », in VÁRADY T., JOVANOVIĆ M.A. and ZDRAVKOVIĆ A. (eds.), *Human rights in the 21st century*, The Hague, Eleven International Publishing, 2020, p. 179-200.

KRAJEWSKI M., « International Investment Law and Human Rights: Beyond General Observations, Towards Greater Differentiation », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International Investment Law and its others*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 71-77.

KRIEBAUM U., « Les techniques interprétatives », in BEN HAMIDA W. et COULEE F. (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse = Convergences and contradictions between investment law and human rights law: a litigation approach*, Paris, Pedone, 2017, p. 305-315.

KRIEBAUM U., « Is the European Court of Human Rights an Alternative to Investor-State Arbitration? », in DUPUY P.-M., FRANCIONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 219-245.

KRIEBAUM U., « Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights », in REINISCH A. and KRIEBAUM U. (eds.), *The Law of international relations: liber amicorum Hanspeter Neuhold*, Utrecht, Eleven International Pub, 2007, p. 165-189.

LANGFORD M., BEHN D. and FAUCHALD O.K., « Backlash and State Strategies in International Investment Law », in AALBERTS T.E. and GAMMELTOFT-HANSEN T. (eds.), *The changing practices of international law*, 2020, p. 70-102.

LANGFORD M., COOMANS F. and ISA F.G., « Extraterritorial Duties in International Law », in LANGFORD M., VANDENHOLE W., SCHEININ M., GENUGTEN W.(eds.), *Global justice, state*

duties: the extraterritorial scope of economic, social, and cultural rights in international law, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 51-113.

LATTY F., « L'Etat demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'Etat », in *Towards Investor Responsibility* », in EL GHADBAN T., MAZUY C.-M. et SENEGACNIK A. (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? – The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018, p. 161-178.

LEBEN C., « Droit international des investissements : un survol historique », in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 1-77.

LEBEN C., « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'États », in LEBEN C. et KAHN P. (dir.), *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*, Paris, Litec, 2000, p. 119-175.

LEBEN C., « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in DECAUX E. et THIERRY H. (dir.), *L'évolution du droit international : mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p. 247-280.

LIBERTI L., « Investissements et droits de l'homme » in KAHN Ph. and WALDE Th.(dir.), *Les Aspects nouveaux du droit international des investissements- New Aspects of International Investment Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, p. 791-852.

NANTEUIL A. de (dir.), « Droit international des investissements et droit de l'OMC », in LEBEN C. (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 581-611.

LEGUM B. and PETCULESCU I., « GATT Article XX and international investment law », in ECHANDI R. and SAUVE P. (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 340-362.

LEPARD B.D., « Toward a New Theory of Customary International Human Rights Law », in LEPARD B.D. (ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 233-265.

LÉVESQUE C., « The inclusion of GATT Article XX exceptions in IIAs: a potentially risky policy », in ECHANDI R. and SAUVE P. (eds.), *Prospects in International Investment Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 363-370.

LIN Y.-J., « Achieving sustainable development objectives in international investment through the lens of treaty interpretation », in GAMMAGE C. and NOVITZ T. (eds.), *Sustainable trade, investment and finance: toward responsible and coherent regulatory frameworks*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 256-278.

MARBOE I., « Assessing Compensation and damages in expropriation versus non-expropriation cases » in BEHARRY C.L. (dir.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2018., p. 111-141.

MATRINGE J., « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in COHEN JONATHAN G. (dir.), *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1225-1245.

MBENGUE M., « Les obligations des investisseurs », in SFDI (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 295-337.

MBENGUE M.M., « Precedent », in D'ASPREMONT J., SINGH S. and MCBAIN G.C. (eds.), *Concepts for international law: contributions to disciplinary thought*, Paperback edition, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 708-718.

MBENGUE M.M., « Preamble », in WOLFRUM R. (ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol.1, p. 397-400.

MBENGUE M. M. and ZOUAPET A. K., « Ending the Splendid Isolation – Jus Cogens and International Economic Law », in Tladi D. (ed.), *Peremptory norms of general international law (jus cogens): disquisitions and disputations*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2021, p. 509-573.

MÉGRET F., « Mixed Claim Commissions and the Once Centrality of the Protection of Aliens », in DE LA RASILLA I. and VIÑUALES J.E. (eds.), *Experiments in International Adjudication*, 1^{re} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 127-149.

MERKOURIS P., « Introduction: Interpretation is science, Is an Art, Is a Science », in FITZMAURICE M., ELIAS O. and MERKOURIS P. (eds.), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years on*, Leiden ; Boston, Mass, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 1-14.

Millard E., « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., RIALS S. et SUDRE F. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 277-279.

MITCHELL A.D., MUNRO J., VOON T., SACHS L.E., JOHNSON L.J. and COLEMAN J., « Importing WTO General Exceptions into International Investment Agreements. Proportionality, Myths and Risks », in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2017*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2019, p. 305-355.

MONTEBHURUN N., « Arbitrage international et droit international des investissements : la question des devoirs de l'investisseur », in MARTIN-CHENUT K. et QUENAUDON R. de (eds.), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Pedone, 2016, p. 643-658.

NEWCOMBE A., « Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits? », in BROWN C. and MILES K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 187-200.

OLARTE– BACARES C., « Droits de l'homme et droit des investissements en Amérique latine : Interaction des procédures par la participation des particuliers », in TITI C. (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, Belgique, Bruylant, 2019, p. 83-113.

ORAKHELASHVILI A. and WILLIAMS S., « The Recent Practice on the Principles of Treaty Interpretation », in ORAKHELASHVILI A. and WILLIAMS S. (eds.), *40 years of the Vienna convention on the law of treaties*, London, British institute of international and comparative law, 2010, p. 117-154.

PAHUJA S., « Methodology : Writing about how we do Research », in DEPLANO R. and TSAGOURIAS N.K. (eds.), *Research methods in international law: A handbook*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 60-77.

PAULSSON J., « The Tipping Point », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2015, p. 85-95.

PAUWELYN J., « Defences and the Burden of Proof in International Law », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 88-107.

PELLET A., « Canons of Interpretation under the Vienna Convention », in KLINGLER J., PARKHOMENKO Y. and SALONIDIS C. (eds.), *Between the lines of the Vienna Convention? canons and other principles of interpretation in public international law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B. V, 2019, p. 1-12.

PELLET A., « Police Powers or the State's Right to regulate », in KINNEAR M., FISCHER R.G., ALMEIDA J.M., TORRES L.F. and BIDEgain M.U. (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, p. 447-462.

PELLET A., « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in DUPUY P.-M., ALLAND D., CHETAİL V., FROUVILLE O. de et VIÑUALES J.E. (dir.), *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 757-784.

PELLET A., « La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme. « Souveraineté du droit » contre souveraineté de l'Etat », in DECAUX E. et THIERRY H. (dir.), *Droit international et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 101-140.

PETERSMANN E.-U., « Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 137-194.

PHILIP C. et CARA J.-Y. de, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in SFDI (dir.), *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987, p. 3-43.

POLANCO LAZO R. and MELLA R., « Investment Arbitration and Human Rights cases in Latin America », in RADI Y. (dir.), *Research handbook on human rights and investment*, Cheltenham, UK ; Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2018., p. 41-92.

POLKINGHORNE M., VOLKERMER S.-M., « The Legality Requirement in Investment Arbitration », in BANIFATEMI Y. and GAILLARD E. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, Huntington, JurisNet, 2018, p. 65-95.

QUASEDA L.J., « Profils juridictionnels et effectivité des décisions du comité des droits sociaux », in ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, p. 165-177.

RADI Y., « Introduction: Taking stock of the Societal and Legal Interplay between Human Rights and Investment », in RADI Y. (ed.), *Research handbook on human rights and investment*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 1-11.

RADOVIC R., « Defending the undefendable: Asia's sovereignist battles against easy access to investment treaty arbitration », in NAKAGAWA J. (ed.), *Asian perspectives on international investment law*, Abingdon, Routledge, 2019, p. 55-82.

RAGNI C., « Standard of Review and the Margin of Appreciation before the International Court of Justice », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 319-336.

RAJPUT A., « Due Diligence in International Investment Law: From the Law of Aliens to Responsible Investment », in BAADE B (ed.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 273-287.

RASPAIL H., « L'effectivité des droits de l'homme et extension des obligations internationales », in DUBOUT É., TOUZE S. et ALOUPI N. (dir.), *Refonder les droits de l'homme: des critiques aux pratiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 2019, p. 117-150.

REINISCH A., « The Austrian Model BIT », in BROWN C. (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2013, p. 15-51.

REINISCH A., « The Impact of International Law on IIA Interpretation », in DE MESTRAL A. and LÉVESQUE C. (dir.), *Improving international investment agreements*, London, Routledge, 2013, p. 323-341.

RICHE D., « Retour sur la distinction entre sources matérielles et formelles du droit international chez Georges Scelles, Lazare Kopelmanas et Sir Gerald Fitzmaurice », in INSTITUT DES HAUTES ETUDES INTERNATIONALES (dir.), *Grandes pages du droit international*, Paris, Pedone, 2016, vol.2. Les sources, p. 409-444.

RIEDEL E., GIACCA G. et GOLAY C., « The Development of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law », in RIEDEL E., GIACCA G. et GOLAY C. (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 3-48.

ROBERT-CUENDET S., « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in ROBERT-CUENDET S. (dir.), *Droit des investissements internationaux. Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 247-297.

RODIERE P., « Les droits sociaux fondamentaux face à la constitution européenne », in GAY L., MAZUYER E. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : entre droit nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 233-254.

ROOT E., « The Basis of Protection to Citizens Residing abroad », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2017, p. 220-229.

RUBINS N., SINHA V. and ROBERTS B., « Approaches to Valuation in Investment Treaty Arbitration », in BEHARRY C.L. (dir.), *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2018, p. 171-204.

SACERDOTI G., « Investment Protection and Sustainable Development », in HINDELANG S. and KRAJEWSKI M. (eds.), *Shifting paradigms in international investment law: more balanced, less isolated, increasingly diversified*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 19-40.

SANDERS A., « The Impact of the ‘Ruggie Framework’ and the ‘United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights’ on Transnational Human Rights Litigation », in MARTIN J. and BRAVO K.E. (eds.), *The Business and Human Rights Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 288-315.

SARDINHA E., « The Right to Regulate: Towards a New Regulatory Paradigm under Recent FTA Investment Chapters? », in AKBABA M. and CAPURRO G. (eds.), *International challenges in investment arbitration: papers presented at the 1st Bucerius law journal conference on international investment law & arbitration held in Hamburg, Germany on 22 and 23 april 2016*, New York, Routledge, 2019, p. 72-106.

SATTOROVA M., « The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good », in HO J. and SATTOROVA M. (eds.), *Investors’ international law*, Oxford, Hart, 2021, p. 45-69.

SCHACHERER S. and MBENGUE M., « Africa and the Rethinking of International Investment Law. About the Elaboration of the Pan-African Investment Code », in ROBERTS A., STEPHAN P.B., VERDIER P.-H. and VERSTEEG M. (eds.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, vol.1, p. 548-570.

SCHILL S.W., « International Investment Law and Comparative Public Law—an Introduction », in SCHILL S.W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3-38.

SCHILL S.W.S., « The Impact of International Investment Law on Public Contracts », in AUDIT M. and SCHILL S.W. (eds.), *Transnational law of public contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 231-258.

SCHÖNSTEINER J., « Corporations and social rights », in BINDER C., HOFBAUER J., PIOVESAN F. and ÚBEDA DE TORRES A. (eds.), *Research handbook on international law and social rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, p. 340-354.

SCHREUER C., « International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration? Comments », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration?*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 71-74.

SCHREUER C., « A Doctrine of Precedent », in MUCHLINSKI P., ORTINO F. and SCHREUER C. (eds.), *The Oxford handbook of international investment law*, Oxford, Oxford university press, 2008, p. 1188-1206.

SCHWEBEL M. S., « Does the Consent of the Contracting Parties govern the Requirement of an Investment as specified in Article 25 of the ICSID Convention ? », in BANIFATEMI Y. and

GAILLARD E. (eds.), *Jurisdiction in investment treaty arbitration*, Huntington, JurisNet, 2018, p. 55-63.

SILICIANOS L.-A., « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in RUIZ-FABRI H. et SOREL J.-M. (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, p. 123-150.

SIMMA B. and KILL T., « Harmonizing Investment Protection and International Human rights: First Steps towards a Methodology », in BINDER B., KRIEBAUM U., REINISCH A., AND WITTICH S. (eds.), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 678-707.

SOREL J.-M. and BORÉ-EVENO V., « Article 31 », in CORTEN O. and KLEIN P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties.*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2011, vol.1, p. 805-837.

TAMAYO-ÁLVAREZ R., « How International Investment Agreements Can Better Contribute to Sustainable Development by Reflecting the U.N. Global Compact Principles », in GONZALEZ-PEREZ M.A. and LEONARD L. (eds.), *Advances in Sustainability and Environmental Justice*, Emerald Group Publishing Limited, 2015, vol.16, p. 145-157.

TANZI A., « Public Interest Concerns in International Investment Arbitration in the Water Services Sector », in TREVES T., SEATZU F. and TREVISANUT S. (dir.), *Foreign investment, International Law and Common Concerns*, Abingdon, Routledge, 2014, p. 318-335.

THIELBÖRGER P., « The Human Right to Water versus Investor Rights: Double Dilemma or Pseudo-Conflict », in DUPUY P.-M., FRANCONI F. and PETERSMANN E.-U. (eds.), *Human rights in international investment law and arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 487-510.

THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A., « Introduction générale », in THOUVENIN J.-M. et TREBILCOCK A. (dir.), *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013, vol. 1/, p. 25-28.

TOUZE S., « La notion de prévention en droit international des droits de l'homme », in DECAUX E. et TOUZE S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, Paris, Pedone, 2015, p. 19-36.

TRAKMAN L.E. and SHARMA K., « Jumping Back and Forth between Domestic Courts and ISDS », in HINDELANG S. and KRAJEWSKI M. (eds.), *Shifting Paradigms in International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 316-338.

VALTICOS N., « Contrôle. Aperçu général », in DUPUY R.J. (eds.), *A Handbook on International Organizations*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 461-484.

VAN HOOFF G.J.H., « The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of some Traditional Views », in ALSTON P. and TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1984, p. 97-110.

VANDUZER A., « Sustainable Development Provisions in International Trade Treaties. What Lessons for International Investment Agreements? », in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET

A. (eds.), in KALICKI J.E. and JOUBIN-BRET A. (eds.), *Reshaping the investor-state dispute settlement system: journeys for the 21st century*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 142-176.

VIÑUALES J.E., « Seven Ways of Escaping a Rule: Of Exceptions and Their Avatars in International Law », in BARTELS L. and PADDEU F. (eds.), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 65-87.

VON BOGDANDY A. and VENZKE I., « The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals », in ROMANO C., ALTER K.J. and SHANY Y. (eds.), *The Oxford handbook of international adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 504-521.

WAIBEL M., « International Investment Law and Treaty Interpretation », in HOFMANN R. and TAMS C.J. (eds.), *International investment law and general international law: from clinical isolation to systemic integration?*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 29-52.

WÄLDE T.W., « Interpreting Investment Treaties: Experiences and Examples », in BINDER B., KRIEBAUM U., REINISCH A., AND WITTICH S. (eds.), *International investment law for the 21st century: essays in honour of Christoph Schreuer*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 724-781.

WEBER A., « L'idée des droits sociaux constitutionnels en République fédérale d'Allemagne », in GAY L., MAZUYER E. et NAZET-ALLOUCHE D. (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux : entre droit nationaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 21-29.

WELTS L., « Form over Substance: Procedural Hurdles to the NAAEC Citizen Submission Process », in KONG H.L. and WROTH L.K. (eds.), *NAFTA and Sustainable Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 123-146.

WERNER W. and GRUSZCZYNSKI L., « Introduction », in GRUSZCZYNSKI L. and WERNER W. (eds.), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 1-16.

WESTON H.B., « The Charter of Economic Rights and Duties and the Deprivation of Foreign-owned Wealth », in ALVAREZ J.E. (ed.), *International investment law*, Leiden Boston, Brill Nijhoff, 2017, p. 780-828.

WILLIAMS L.A., « Resource questions in social and economic rights enforcement. A Preliminary view », in ALVIAR GARCÍA H., KLARE K. and WILLIAMS L.A. (eds.), *Social and economic rights in theory and practice: critical inquiries*, London, Routledge, 2015, p. 43-64.

WILLIAMS Z.P., « Investor-State Arbitration in the Extractive Industries », in SACHS L.E., JOHNSON L. and COLEMAN J. (eds.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2017.*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 206-217.

WOLFRUM R., « Sources of International Law », in WOLFRUM R.(ed.), *The Max Planck encyclopedia of public international law.*, Oxford, Oxford University Press, 2012, vol.9, p. 299-313.

XU S., WU Y., YIA H.H., SACHS L.E. and JOHNSON L.J., « Investment Law's Roots in Customary International Law. Why Investment Law and Trade Diverge Regarding the Right to Regulate », in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015-2016*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 226-260.

YASUAKI O., « A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in the Twenty-first Century: A Way to Overcome West-centric and Judiciary-centric Deficits in International Legal Thoughts », in MACDONALD R.S.J. and JOHNSTON D.M. (eds.), *Towards world constitutionalism: issues in the legal ordering of the world community*, Leiden, Nijhoff Publ, 2005, p. 151-189.

YOTOVA R., « Systemic Integration: An Instrument for Reasserting the State's Control in Investment Arbitration? », in KULICK A. (ed.), *Reassertion of Control over the Investment esiclTreaty Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 182-208.

ZHENG L., « Rethinking the role of labour provisions under Asian international investment regime. A possible linkage with FTAAP? », in NAKAGAWA J. (ed.), *Asian perspectives on international investment law*, Abingdon, Routledge, 2019, p. 114-145.

c. ARTICLES DE JOURNAUX EN LIGNE, DOCUMENTS DE TRAVAIL DE RECHERCHE ET BILLETS DE BLOG

AISBETT E., « Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation », *Munich Personal RePEc Archive*, MPRA Paper No. 2255 (2007), p. 1-48.

BISIANI L., CISNEROS N., YILMER B. ANDDONDE R., « Application of International Investment Agreements by Domestic Courts », *Tradelab Clinic*, (2011), p. 1-68.

COMPA L., GOTTWALD E. ANDVOGT J.S., *Wrong Turn for Workers' Rights: The U.S.-Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling-and what to do about it*, Washington, DC, International Labor Rights Forum, 2018.

DELANEY J., FINKEL K. and CONTOS K., « Part II of a Trilogy: Investor claims in response to the State's protective measures during the Covid-19 pandemic », *Global Arbitration News*, (30 mars 2021).

DELANEY J., FINKEL K. and HARUTYUNYAN M., « Part I of a Trilogy: State measures in response to the COVID-19 pandemic », *Global Arbitration News*, (5 mars 2021).

DUMBERRY P., « The Emergence of a Consistent Case Law: How NAFTA Tribunals have Interpreted the Fair and Equitable Treatment Standard », *Kluwer Arbitration Blog*, (30 October 2013).

GATHII J.T., « Incorporating the Third Party Beneficiary Principle in Natural Resource Contracts », *SSRN Electronic Journal*, (2014), p. 1-37.

KALDERIMIS D., « Systemic Integration and International Investment Law – Some Practical Reflections », *Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference Working Paper No. 2012/46*, (2012), p. 1-34.

KENNEDY K.C., « A WTO Agreement on Investment: A Solution in Search of a Problem? », *SSRN Electronic Journal*, (2003), p. 1-77.

KINGSBURY B. ANDSCHILL S.W., « *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law* », *SSRN Electronic Journal*, (2009), p. 1-53.

KRAJEWSKI M., « Ensuring the Primacy of Human Rights in Trade and Investment Policies - Model Clauses for a UN Treaty on Transnational Corporations, Other Businesses and Human Rights », *SSRN Electronic Journal*, (2017), p. 1-32.

MOLOO R., « A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law », *SSRN Electronic Journal*, (2010), p. 1-10.

NEUMAYER E., SPESS L., « Do Bilateral Investment Treaties increase Foreign Direct Investment to Developing countries ? » *Working paper, London School of Economics, London*, (2005), p. 1-30.

PAINÉ J., « Cairn Energy v India: Retroactive Taxation, Fair and Equitable Treatment and the General Principles Method », *EJIL: TALK! Blog of the European Journal of International Law*, (2021).

PAULSSON J., « Arbitration in Three Dimensions », *SSRN Electronic Journal*, (2010), p. 1-35.

PERERA S., « Revisiting the expropriation Hydra: Constructing a more legitimate Face », *Kluwer Arbitration Blog*, (26 August 2016).

PRISLAN V. and ZANDVLIET R., « Mainstreaming Sustainable Development into International Investment Agreements: What Role for Labor Provisions? », *Grotius Centre Working Paper 2014/023-IEL*, (2014), p. 1-22.

PRISLAN V. and ZANDVLIET R., « Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development », *Grotius Centre Working Paper 2013/003-IEL*, p. 1-60.

ROSE-ACKERMAN S. and TOBIN J., « Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties », *SSRN Electronic Journal*, (2005), p. 1-51.

SATTOROVA M., « *International Investment Treaties and the Promise of Good Governance: Normand Institutional Design, Internalisation, and Domestic Rule-Making* », *SSRN Electronic Journal*, (2014), p. 1-17.

6. ARRÊTS ET DÉCISIONS DES COURS ET TRIBUNAUX

a. ARRÊTS ET AVIS DE LA CPJI ET DE LA CIJ

Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (Question préliminaire) (Italie c. France, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ, 15 Juin 1954, Rec. 1954, p. 19.

Affaire de l'usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond) (Allemagne c. Pologne), arrêt CPJI, 13 septembre 1928, fond, série A, n° 17.

Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company (Nouvelle requête: 1962) (Belgique c. Espagne. Deuxième Phase), Arrêt, CIJ, 5 février 1970, Rec. 1970, p. 3.

Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt, CPJI, 30 août 1924 Série A, n° 2.

Affaire du vapeur « Wimbledon » (Grande-Bretagne, France, Italie, Japon) v. Allemagne), arrêt, CIJ, 17 août 1923, Série A, n° 1.

Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon ; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, CIJ, 31 mars 2014, Rec. 2014, p. 226.

Compatibilité de certains décrets-lois dantziens avec la constitution de la Ville libre 1935, Avis consultatif, CPJI, 4 décembre 1935, Rec. Series A/B., p. 41.

Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), Compétence, arrêt, CIJ, 2 février 1973, Rec. 1974, p. 49.

Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt, CIJ, 25 juillet 1974, Rec. 1974, p. 175.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif ; CIJ, 9 Juillet 2004, Rec. 2004, p. 136.

Détroit de Corfou (fond), (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), Arrêt, CIJ, 9 avril 1949, Rec. 1949, p. 4.

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador c. Honduras), requête du Nicaragua à fin d'intervention, arrêt, CIJ, 13 septembre 1990, Rec. 1990, p.92.

Échanges de populations grecques et turques, Avis consultatif, CPJI, 21 février 1925, série B, n° 10.

Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ, Rec. 2018, p. 292.

La Grand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), Arrêt, CIJ, 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 466.

Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili), arrêt, CIJ, 1er octobre 2018, Rec. 2018, p. 507.

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), Arrêt, CIJ, 24 mai 1980, Rec. 1980, p. 3.

Plateau continental (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), requête de Malte à fin d'intervention, arrêt, CIJ, 14 avril 1981, Rec. 1981, p. 3.

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), arrêt, CIJ, 6 novembre 2003, Rec. 2003, p. 161.

Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, CIJ, 25 septembre 1997, Rec. 1997, p. 7.

b. ARRÊTS DE LA COUR EDH

Osman c. Royaume-Uni, arrêt (GC), 28 octobre 1998, Requête 23452/94.

Tătar c. Roumanie, arrêt, 27 janvier 2009, Requête 67021/01.

c. DÉCISIONS ET SENTENCES DE COMMISSIONS DE RÉCLAMATIONS MIXTES

Commission générale de réclamations États-Unis-Mexique :

Georg W. Hopkins (U.S.A.) v. United Mexican States, Award, 31 March 1926, RIAA, vol. IV, pp. 41-47.

Mecham and Mecham, Jr. (U.S.A.) v. United Mexican States, Award, 2 April 1927, RIAA, vol. IV, p. 440-444.

Neer and Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Decision, 15 October 1926, RIAA, vol. IV., p. 60-66.

Commission franco-mexicaine de réclamation :

Georges Pinson (France) c. Mexique, Décision, 19 octobre 1928, RSA, vol. V., p. 327-466.

d. DECISIONS ET SENTENCES DES TRIBUNAUX ARBITRAUX D'INVESTISSEMENT

9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019.

Ablacat and Others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Dissenting Opinion of Professor Georges Abi-Saab, 4 August 2011.

Adel A. Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case ARB/11/33, Award, 3 November 2015.

ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, 9 January 2003.

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010.

Aguas Argentinas S.A and others v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 19 May 2005.

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case N° ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005.

Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005.

Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/17, Decision on Liability, 30 Juillet 2010, Separate opinion of arbitrator Pedro Nikken, 9 April 2015.

Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. and Others. v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/03/17, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, 17 March 2006.

Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia, ICSID Case No ARB/02/3, Letter from President of Tribunal Responding to Petition 29 January 2003.

Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19 May 2010.

Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Award on Jurisdiction, 25 September 1983.

Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988.

Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC Case No. V 116/2010, Award, 19 December 2013.

Antoine Goetz & Consorts and SA Affinage des Metaux v Burundi, ICSID Case No ARB/01/2, Award, 21 June 2012.

Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, 25 August 2014.

Apotex Inc. v. The Government of the United States of America, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on jurisdiction and admissibility, 14 June 2013.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, 27 Juin 1990.

AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic, UNCITRAL, 30 July 2010.

Azurix Corp. v Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.

Bankswitch Ghana Ltd. v. The Republic of Ghana, PCA Case No. 2011-10, UNCITRAL Arbitration Rules 1976, Award Save as to Costs, 11 April 2014.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, 27 August 2009.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 novembre 2017.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, QC, 12 September 2017.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Procedural Order No. 6 Regarding the Application by the Columbia Center on Sustainable Investment (“CCSI”) to File a Written Submission, 21 July 2016.

Belenergia S.A. v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 6 August 2019.

Bernardus Henricus Funnekotter and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/05/6, Award, 22 April 2009.

BG Group PLC v. Argentina, Final Award, Ad hoc (UNCITRAL), 24 December 2007.

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019.

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015.

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015. Dissenting Opinion of Professor Donald McRae, 10 mars 2015.

Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, uncitral, Award on Jurisdiction and Liability, 27 Ocotber 1989.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2 February 2007.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008.

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3, Final Award, 27 December 2016.

Borders Timbers and Others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case N° ARB/10/25, Procedural Order N°2, 26 June 2012.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Procedural Order No. 5 Regarding the Association of Human Rights and Environment of Puno, Peru (“DHUMA”), and Dr. Carlos López PhD, Senior Legal Adviser to the International Commission of Jurists Application to File a Written Submission, 21 July 2016.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)), Decision on Ecuador’s Counterclaims, 7 February 2017.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 14 December 2012.

Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Government of India, PCA Case No. 2016-7, Award, 21 December 2020.

CEF Energia B.V. c la République italienne, Affaire d’arbitrage de la CCS V (2015/158), 16 January 2019.

Československa obchodní Banka, A.S. v. Slovak Republic, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case no. ARB/97/4? 24 May 1999.

Charanne B.V. and Construction Investments S.À.R.L. v. the Kingdom of Spain (SCC V 062/2012), Final Award, 21 January 2016 (Translation by Mena Chambers).

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award, 2 August 2010.

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Procedural Order No. 8, 18 April 2011.

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2007-02/AA277, Partial Award on the Merits, 30 March 2010.

Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, Opinion of Philippe Grandjean, MD, 22 November 2013.

Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, Second partial Award on Track II, 30 August 2018.

Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company vs. The Republic of Ecuador, UNCITRAL Arbitration Rules, PCA Case No. 2009-23, Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 27 February 2012.

Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, 6 December 2016.

CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award , 12 May 2005.

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

CMS Gas Transmission Company v. The Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Award 21 November 2000.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Award, 20 August 2007.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Decision on Annulment, 3 July 2002.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic), Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007, 10 August 2010.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 21 November 2000.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (former Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 July 2002.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, Decision of the Ad Hoc Committee on

the Request for Supplementation and Rectification of its Decision Concerning Annulment of the Award, 28 May 2003.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3 (Annulment Proceedings), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007 (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rules), 4 November 2008.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3 (Annulment Proceedings), Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award rendered on 20 August 2007, 10 August 2010.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, award, 20 August 2007.

Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, 17 February 2000.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3 September 2013.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3 September 2013. Dissenting Opinion of Georges Abi-Sab, 19 February 2015.

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, 10 March 2014. Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab, 10 March 2014.

Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire, ICSID Case No. ARB/03/08, Award, 10 January 2005.

Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, Affaire CIRDI No. ARB/00/6, Décision sur la compétence, 16 juillet 2001.

Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, Affaire CIRDI No. ARB/00/6, Sentence arbitrale, 22 décembre 2003.

Continental Casualty Company v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

Continental Casualty Company v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, 22 February 2006.

Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No. 2012-2, Award, 15 March 2016.

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016.

Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on jurisdiction, Liability and partial Decision on Quantum, 19 fevrier 2019.

Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Procedural Order No. 2 on Amici Curiae Application for Leave to File Non-Disputing Party Submissions, 7 November 2019.

David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award, 18 September 2018.

Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen, Award, ICSID Case no. ARB/05/17, 6 February 2008.

DF International S.A., SAUR International S.A. and Le'on Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008.

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008.

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 September 2021.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009.

EDF International S.A., SAUR International S.A. and Leon Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/23, Award, 11 June 2012.

Eiser Infrastructure Limited and Energia solar Luxembourg S.À R.I. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.

Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012.

Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017.

Elsamex v. Republic of Honduras, ICSID Case No. ARB/09/4, Award, 16 November 2012.

Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Decision on Annulment, 5 september 2007.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (also known as: Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic), Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 30 July 2010.

Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/30, Award, 4 December 2020.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005.

Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R1., et al. v. Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/150, Final Award and Partial Dissenting Opinion of Arbitrator Raül Vinuesa, 14 November 2018.
Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, Award, ICSID Case no. ARB/03/25, 16 August 2007.

Frontier Petroleum Services Ltd. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Final Award, 12 November 2010.

Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania, ICSID Case No. ARB/15/31, Procedural Order No. 19, 7 December 2018.

Gami Investments Inc. v. Mexico, UNCITRAL, Award, 15 November 2004.

GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16, 3Award, 31 March 2011.

Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award, 16 June 2010.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Award, 8 June 2009.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Decision on Application and Submission by Quechian Indian Nation, 16 September 2005.

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6, Award, 27 August 2019.

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014.

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America, UNCITRAL, Award, 12 January 2011.

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010.

Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March, 2015.

Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13, Decision on the Admissibility of the Respondent's Third Objection to Jurisdiction and Admissibility of Claimants' Claims, 26 July 2013.

Hesham Talaat Al-Warraq v. The Republic of Indonesia, UNCITRAL, Award on Respondent's Preliminary Objections to Jurisdiction and Admissibility of the Claims, 21 June 2012.

Hesham Talaat Al-Warraq v. The Republic of Indonesia, UNCITRAL, Final Award, 15 December 2014.

Hochtief AG v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/31, Award 29 December 2014.

Impregilo S.p.A v. Argentine Republic (I), ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011.

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

Impregilo SpA v. Argentine Republic, Final Award, ICSID Case No. ARB/07/17, 21 June 2011.

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Arbitral Award, 26 January 2006. Separate Opinion of Thomas Wälde, 1 December 2005.

Invesmart v. Czech Republic, UNCITRAL (1976), Award, 26 June 2009.

Ioan Micula et al. v. Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013.

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, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008.

Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007.

Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. the Kingdom of Spain (Arbitration SCC V2013/153), Award, 12 July 2016.

Itisaluna Iraq LLC and others v. Republic of Iraq, ICSID Case No. ARB/17/10, Award, 3 April 2020.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010.

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, 6 August 2004.

Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, 2 July 2013.

Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Decision on Article VII.2 of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, 7 May 2012.

Krederi Ltd v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/14/17, Award, 2 July 2018.

Les Laboratoires Servier, S.A.A., Biofarma, S.A.S., Arts et Techniques du Progres S.A.S. v. Republic of Poland, UNCITRAL, Award (redacted), 14 February 2012.

LG&E Energy Corp and ors v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB 02/1 3 October 2006.

LG&E Energy Corp and ors v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB 02/1 3 October 2006, paras. 213-266.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 19 October 2009.

Magyar Farming Company LTD, Kintyre KFT, and Inícia ZRT v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 July 2019.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 APRIL 2009.

Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009. Dissenting Opinion of Judge Mohamed Shahabuddeen, 19 February 2009.

Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18, Award, 7 February 2011.

Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April 2015.

Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 July 2018.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award, 16 December 2002.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), Award, 16 December 2002. Dissenting Opinion of Jorge Covarrubias Bravo, 3 December 2002.

Masdar Solar and Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018.

Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 mars 2010.

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, 4 October 2013.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Respondent's Counter-Memorial, 22 May 1998.

Metalpar SA and Buen Aire SA v. Argentina, Award on the Merits, ICSID Case No. ARB/03/5, 6 June 2008.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to intervene as "Amicus Curiae", 15 January 2001.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Joint Motion to the Tribunal regarding the Petitions for Amicus Curiae Status, 3 January 2003

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, 8 April 2013.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004.

National Grid PLC v. Argentina, Award, Ad hoc (UNCITRAL), 3 November 2008.

NextEra Energy Global Holdings B.V and NextEra Energy Spain Holdings B.V v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019.

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited («Bapex») and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation («Petrobangla»), ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013.

Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, 5 October 2012.

OI European Group BV v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015.

Oil Field of Texas, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, IUSCT Case No. 43, Award No. 258-43-1, 8 October 1986.

OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/36, Award, 6 Sept 2019.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1st June 2012.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 September 2007.

Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on remaining issues of jurisdiction and on liability, 12 September 2014.

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 August 2015.

Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Procedural order NO. 4, 24 March 2015.

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), Award, 8 July 2016.

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), Decision on Jurisdiction, 2 July 2013.

Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, 8 July 2016.

Philippe Gruslin v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/99/3, Award, 27 November 2000.

Phoenix Action LTD. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Award, 4 August 2010.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, 27 August 2008.

Pope and Talbot, Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001.

PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007.

Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012.

Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/10/17, Award, 26 February 2014.

Renta 4 S.V.S.A, Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation, SCC No. 24/2007, Award, 20 July 2012.

Republic of Ecuador v. United States of America, UNCITRAL Arbitration Rules PCA Case No. 2012-05, Award, 29 September 2012.

Resolute Forest Products Inc. v Government of Canada, PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 30 July 2018.

Romak S.A. (Switzerland) v . The Republic of Uzbekistan, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award, 26 November 2009.

RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. V. 079/2005, Award on Jurisdiction, 1 October 2007.

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 Juillet 2008.

RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/34, Award, 18 December 2020.

RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability, and Certain Issues of Quantum, 30 Dec 2019.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Partial Award, 13 November 2000.

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2006.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009.

Salini Costruttori S.p. A. and Italstrade S. p. A. v. The Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004.

Saluka Invs. B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL-PCA, Partial Award, 17 March 2006.

Saur International S.A. c. République argentine, Affaire CIRDI No. ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité, 6 juin 2012.

Sempra Energy International v. Argentina, Decision on Argentina's Application for Annulment of the Award, ICSID Case No. ARB/02/16, 29 June 2010.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (Rule 54), 5 March 2009.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Opinion of José E. Alvarez, 12 September 2005.

Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Rejoinder Opinion of Anne-Marie Slaughter and William Burke-White, 18 September 2005.

Sergei Paushok v. Government of Mongolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 August 2004.

Siemens AG v. Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No. ARB/02/8, 6 February 2007.

South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Dissenting Opinion of Osvaldo Cesar Guglielmino , 22 november 2018.

South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Separate Opinion of Prof. Francisco Orrego Vicuña, 22 novembre 2018.

South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018.

South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivian, PCA Case No. 2013-15, Objections to Jurisdiction, Admissibility and Counter-memorial on the Merits, 31 March 2015.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, 14 April 1988.

Spyridon Roussalis v Romania, ICSID Case No ARB/06/1, Award, 7 December 2011.

Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, 2 December 2019.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Award, 9 April 2015.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Annulment, 5 May 2017.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 August 2006.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Order in Response to NGO Petition for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, 12 February 2007.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/19, Order in Response to Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, 19 May 2005.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 , Award, 29 May 2003.

Telefónica S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/20, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 May 2006.

Tenaris S.A. and Talta-Trading E Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016.

Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, 10 November 2017.

Texaco-Calasiatic c. Gouvernement Libyen, Sentence arbitrale au fond, 19 janvier 1977.

The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru [I], ICSID Case No. UNCT/13/1, Partial Award on Jurisdiction, 15 July 2016.

Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, 13 March 2015.

Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, and alii., IUSCT Case No.7, Award No. 141-7-2, 29 June 1984.

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

Total S. A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 21 December 2010.
Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015.

United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits, 24 May 2007.

United Parcel Service of America, Inc. v. Canada, Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, 17 October 2001.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case no. ARB/07/26, 19 December 2012.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016.

Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Award of the Tribunal, 9 October 2014.

Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016.

Vladislav Kim and others v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, 8 March 2017.

Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, 1 June 2009.

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000.

Wena Hotels Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 December 2000.

Wena Hotels Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment, 5 December 2002.

Windstream Energy LLC, v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Award, 27 September 2016.

World Duty Free Company v Republic of Kenya, ICSID Case No. Arb/00/7, Award, 4 October 2006.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, Award, 18 July 2014.

e. DÉCISIONS DE COURS NATIONALES

U.S Supreme Court, Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922).

U.S. Supreme Court, Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104 (1978).

7. CONSTATATIONS, OBSERVATIONS, RAPPORTS DES ORGANES QUASI-JURIDICTIONNELLES

a. OBSERVATIONS GÉNÉRALES DU CODESC

General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2020, E/C.12/GC/25.

Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, 2013.

Observation générale n° 10 relative au rôle des institutions nationales des droits de l'homme dans la protection des DESC, E/C.12/1998/25.

Observation générale n° 2 relative aux mesures d'assistance internationales, d'assistance technique, 1990, document E/1990/23.

Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, 2017, E/C.12/GC/24.

Observation générale n° 3 relative à la nature des obligations des États, 1990, document E/1991/23.

Observation générale n° 4 relative au droit à un logement suffisant, 1991, document E/1992/23.

Observation générale n° 6 relative des droits économiques, sociaux et culturels des personnes âgées, 1995, document E/1996/22.

Observation générale n° 7 relative au droit à un niveau de vie suffisant, 1997, document E/1998/22.

Observation générale n° 8 relative à l'application du PIDESC, 1997, document E/C.12/1997/8.

Observation générale n° 9 relative à l'application du PIDESC au niveau national, 1998, E/C.12/1998/24.

Observation générale n° 5 relative aux personnes souffrant d'un handicap, 1994, document E/1995/22. 132.

Observation générale n°1 relative aux rapports des États, 1989, document E/1989/22.

Observation générale n°11 relative au plan d'action pour l'enseignement primaire, 1999, E/C.12/1999/4.

Observation générale n°12 relative au droit à une nourriture suffisante, 1999, E/C.12/1999/5.

Observation générale n°13 relative au droit à l'éducation, 1999, E/C.12/1999/10.

Observation générale n°14 relative au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, E/C.12/2000/4.

Observation générale n°15 relative au droit à l'eau, 2002, E/C.12/2002/11.

Observation générale n°16 relative au droit égale de l'homme et de la femme au bénéfice des DESC, 2005, E/C.12/2005/4.

Observation générale n°17 relative au droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur, 2006, E/C.12/GC/17.

Observation générale n°18 relative au droit au travail, 2006, E/C.12/GC/18.

Observation générale n°19 relative au droit à la sécurité sociale, 2008, E/C.12/GC/19.

Observation générale n°20 relative à la non discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2009, E/C.12/GC/20.

Observation générale n°21 relative au droit de chacun de participer à la vie culturelle, 2009, E/C.12/GC/21.

Observation générale n°22 sur le droit à la santé sexuelle et procréative (art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 2016, E/C.12/GC/22.

Observation générale n°23 sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), 2016, E/C.12/GC/23.

b. CONSTATATIONS DES PANELS D'EXPERTS

Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement Arbitral Panel Established Pursuant To Chapter Twenty In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR Final Report of The Panel, 14 June 2017.

Report panel of experts proceedings constituted under 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, 20 January 2021.

c. RAPPORTS DES BUREAUX ADMINISTRATIFS NATIONAUX (ALENA)

Canada National Administrative Office, Review of public communication CAN 98-1(Part I), Report issued pursuant to the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Human Resources Development, 11 December 1998 (Part I).

Canada National Administrative Office, Review of public communication CAN 98-1(Part I), Report issued pursuant to the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Human Resources Development, 12 March 1999 (Part II).

Canada National Administrative Office, Review of public communication CAN 2003-1, Report issued pursuant to the North American Agreement on Labor Cooperation (Puebla), Human Resources Development, 12 April 2005.

International Labor Organization, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labor Conference, 101st Session, 2012.

National Administrative Office of Mexico for the North American Agreement on Labor Cooperation, Report on Review of Public Submission No.9501 / NAO MEX, Mexico, Federal District (Sprint), 31 May 1995 (NAO staff translation).

Office of Trade and Labor Affairs, Public Report Review on NAO Submission No. 2015-04 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Chedraui Stores), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 8 July 2016.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 6 April 2001.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2003-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation, Bureau of International Labor Affairs (Puebla), U. S. Department of Labor, 3 August 2004.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 2005-03 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Hidalgo), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 August 2007.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9701 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Gender Discrimination), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 12 January 1998.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 28 April 1998.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 9703 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Itapsa), Bureau of International Labor Affairs, U. S. Department of Labor, 31 July 1998 (Revised 21 August 1998).

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940001 and NAO Submission No. 940002 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Honeywell & General Electric), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 12 October 1994.

U.S National Administrative Office, Public Report Review on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 April 1995.

d. CONSULTATIONS MINISTÉRIELLES (ALENA)

Agreement on Ministerial Consultations on U.S. NAO Submissions 9702 and 9703 (Gender Discrimination & Han Young), 18 May 2000.

Ministerial Consultations Joint Declaration between the Department of Labor of the United States of America, the Secretariat of Labor and Social Welfare of the United Mexican States,

and the Labour Program of the Government of Canada Resolving Issues Raised in U.S. NAO Public Communication US 2003-01 and Canadian NAO Public Communication CAN 2003-1 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Puebla), 24 April 2008.

U.S National Administrative Office, Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 2000-01 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Auto Trim/Custom Trim), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 11 June 2002.

U.S National Administrative Office, Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 9702 under the North American Agreement on Labor Cooperation (Han Young), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 21 October 1998.

U.S National Administrative Office, Report on Ministerial Consultations on NAO Submission No. 940003 under the North American Agreement on Labor Cooperation (sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 7 June 1996.

8. DEMANDES ET MEMOIRES DES PARTICULIERS

a. DEMANDES ET MÉMOIRES D'AMICUS CURIAE

Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia, ICSID Case No ARB/02/3, NGO Petition to Participate as Amicus Curiae (29 January 2003).

Aguas Del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Petition of La Coordinadora Para La Defensa Del Agua Y Vida, La Federación Departamental Cochabambina De Organizaciones Regantes, Semapa Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Oscar Olivera, Omar Fernandez, Father Luis Sánchez, and Congressman Jorge Alvarado to the Arbitral Tribunal, 29 August 2002.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Amicus curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment - Puno and Carlos Lopez (Non-disputing Parties), 9 May 2016.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Amicus curiae Brief submitted by the Association of Human Rights and the Environment -Puno and Dr. Carlos López PhD, 9 May 2016.

Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, Petition for Amicus Curiae, 27 November 2006.

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Petition for Participation as Non-Disputing Parties, 22 October 2010.

Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/18/43, Petition for Amicus Participation, 29 JUN 2020.

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Non-Disputing Party Submission of Canada, 27 February 2020.

Eli Lilly and Company v. Government of Canada (ICSID Case No. UNCT/14/2), Submission of Amicus Curiae Brief on the Merits of the Dispute, 12 February 2016.

Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae Submission by Dr. Burcu Kilic, Professor Brook K. Baker, Professor Cynthia Ho and Mr. Yaniv Heled, 12 February 2016.

Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae Submissions by the Canadian Generic Pharmaceutical Association, 12 February 2016.

Eli Lilly and Company v. Government of Canada, UNCITRAL Rules, Case No. UNCT/14/2, Amicus Curiae submissions Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic & Centre for Intellectual Property Policy, 12 February 2016.

Glamis Gold LTD. v United States of America, NAFTA and UNCITRAL rules, Application for Leave to file a Non-Disputing Party Submission by the National Mining Association, 13 October 2006.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Non-Disputing Supplemental Submission of Quechan Indian Nation, 16 October 2006.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Amicus Curiae Application of Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States, 30 September 2005.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Non-Disputing Parties Sierra Club and Earthworks, 16 October 2006.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA pursuant to the UNCITRAL Arbitration Rules, Submission of Quechan Indian Nation, 19 August 2005.

Gramercy Funds Management LLC and Gramercy Peru Holdings LLC v. Republic of Peru, ICSID Case No. UNCT/18/2, United States of America Written Submission pursuant to Article 10.20.2 of the TPA, 21 June 2019.

Lone Pine Resources Inc, v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2, Submission of Mexico pursuant NAFTA article 1128, 16 August 2017.

Lone Pine Resources Inc, v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2, Submission of the United States of America, 16 August 2017.

Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, Submissions of the United Steelworkers, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and the British Columbia Federation of Labour, 26 September 2008.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Amended Petition of Communities for a Better Environment, the Bluewater Network of Earth Island Institute, and the Center for International Environmental Law to Appear Jointly as Amici Curiae, 13 October 2000.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Amicus Curiae Submissions by the International Institute for Sustainable Development, 9 March 2004.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Petition to the Arbitral Tribunal submitted by The International Institute for Sustainable Development, 25 August 2000.

Methanex Corporation v. United States of America, 1976 UNCITRAL Arbitration Rules, Petitioner's Final Submissions regarding the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for Amicus Curiae Status, 16 October 2000.

Methanex Corporation v. United States of America, Submission of Non-Disputing Parties (Bluewater Network and Others), 9 March 2004).

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, El Salvador's Comments Regarding Amicus Curiae Submission, 2 September 2014.

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Submission of Amicus Curiae on the Merits of the Dispute, 25 July 2014.

Pac Rim v. El Salvador, Application for Permission to proceed as Amici Curiae, 2 mars 2011.
Philip Morris Brands Sarl and Others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Written Submission by the World Health Organization and the WHO Framework Convention on Tobacco Control Secretariat, 28 January 2015.

Piero Foresti and Others v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/01, Petition for Limited Participation as Non-disputing Parties, 17 July 2009.

United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Canada, Amicus curiae Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 20 October 2005.

United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Canada, UNCITRAL Rules, Petition to the Arbitral Tribunal. Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians, 10 May 2001.

**b. DEMANDES AUPRES DES BUREAUX ADMINISTRATIFS
NATIONAUX (ALENA)**

Office of Trade and Labor Affairs, US OTLA Submission No. 2018-01(Labor Law Reform II).

Public Communication to the U.S. National Administrative Office (NAO) under the North American Agreement on Labor Cooperation (NAALC) on Labor Law Matters Arising in the Territory of Mexico: Violations of NAALC Labor Principles and Obligations regarding the

Union Representation Election at Duro Bag Manufacturing Corp., Rio Bravo, Tamaulipas submitted by American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations. (AFL-CIO) and Paper, Allied-Industrial, Chemical & Energy Workers International Union (PACE International Union), 29 June 2001.

Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapters 16 (Labor) and 20 (Dispute Settlement) of the Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA) concerning the Failure of the Government of Guatemala to enforce its Labor Laws and comply with its Commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work submitted by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) and others, 23 April 2008.

Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapters 16 (Labor) and 20 (Dispute Settlement) of the Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA) concerning the Failure of the Government of Honduras to enforce its Labor Laws and comply with its Commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work submitted by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) and others.

Public Submission to the Office of Trade & Labor Affairs (OTLA) Under Chapters 17 (Labor) and 21 (Dispute Settlement) of the Colombia-United States Trade Promotion Agreement Concerning the Failure of the Government of Colombia to Comply with Chapter 17 of The Colombia-United States Trade Promotion Agreement Submitted By : the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) Central Unitaria de Trabajadores (CUT) Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) Corporación Colombiana Para la Justicia y el Trabajo (COLJUSTICIA) Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (SINTRAINAGRO) Unión Sindical Obrera (USO), 16 May 2016.

Public Submission to the Office of Trade and Labor Affairs (OTLA) under Chapters 15 (Labor) of the US-Bahrain Free Trade Agreement Concerning the Failure of the Government of Bahrain to Effectively Enforce its Labor Laws and Comply with its Commitments under article 15.1 of the US-Bahrain Free Trade Agreement Submitted by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) with a Statement of the General Federation of Bahrain Trade Unions, 21 April 2011.

Public Submission to the Office of Trade and Labor Affairs (OTLA) under Chapters 16 (Labor) and 20 (Dispute Settlement) of the Dominican Republic - Central America Free Trade Agreement (DR-CAFTA) Concerning the Failure of the Government of Guatemala to Effectively Enforce its Labor Laws and Comply with its Commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work Submitted by the American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL-CIO) and Union of Port Quetzal Company Workers (STEPQ) Union of Izabal Banana Workers (SITRABI) Union of Int'l Frozen Products, Inc. Workers (SITRAINPROCSA) Coalition of Avandia Workers Union of Fribo Company Workers (SITRAFRIBO) Federation of Food and Similar Industries Workers of Guatemala (FESTRAS 23) April 2008.

Submission to the US National Administrative Office (Currently the Office for the Implementation of Trade Agreements) under the North American Agreement on Labor Cooperation. Submitted by United Steelworkers, 9 November 2006 (Coahuila).

U.S National Administrative Office, Follow-up Report on NAO Submission No. 940003 (Sony), Bureau of International Labor Affairs U. S. Department of Labor, 4 December 1996.
U.S National Administrative Office, U.S. NAO Submission 9801 (Flight Attendants), Decision Letter, 19 October 1998.

U.S National Administrative Office, U.S. NAO Submission 9801 (Flight Attendants), Original Submission, 17 August 1998.

U.S National Administrative Office, U.S. NAO Submission 9802 (Tomato/Child Labor).

U.S National Administrative Office, U.S. NAO Submission No. 2005-01 (Labor Law Reform I).

9. RAPPORTS ET DOCUMENTS DE SUIVI DE MISE EN OEUVRE DES CONSTATATIONS ET AUTRES DOCUMENTS SIMILAIRES

Colombian Action Plan related to Labor Rights, 7 April 2011.

Eighteen-Month Review of Implementation of Recommendations in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2011-03 (Dominican Republic), 22 April 2015.

Fifth Periodic Review of Implementation of Recommendations in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2011-03 (Dominican Republic), 5 October 2016.

First Periodic Review of Progress to Address Issues Identified in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2015-01 (Peru), 16 December 2016.

First Periodic Review of Progress to Address Issues Identified in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2016-02 (Colombia), 8 January 2018.

Labor Rights Monitoring and Action Plan as Mutually determined by the Government of the United States and the Government of Honduras, 9 December 2015.

Lettre de demande de consultations (Guatemala), 30 juillet 2010.

Mutally agreed Enforcement Action Plan between the Government of the United States and the Government of Guatemala (« Enforcement Plan »), 25 April 2013.

Progress under the U.S. – Honduras Labor Rights Monitoring and Action Plan, 14 March 2016.

Second Periodic Review of Progress to Address Issues Identified in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2015-01 (Peru), 18 April 2018.

Sixth Periodic Review of Implementation of Recommendations in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2011-03 (Dominican Republic), 16 May 2018.

The Colombian Labor Action Plan: A Five-Year Update, 11 April 2016.

Twenty-Four-Month Review of Implementation of Recommendations in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2011-03 (Dominican Republic), 30 December 2015.

U. S. Department of Labor, Standing Up for Workers: Promoting Labor Rights through Trade, Special Report, February 2015.

U.S. Department of Labor Statement on the Status of the Implementation of the U.S.-Honduras Labor Rights Monitoring and Action Plan, 12 October 2018.

10. TRAITÉS

a. TRAITÉS CONSTITUTIFS D'INSTITUTIONS INTERNATIONALES

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30/10/1947 (date d'entrée en vigueur : 01/01/1948).

Accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce : Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay - Marrakech, 15/04/1994.

Charte de l'Organisation des États américains, neuvième Conférence internationale des États américains, 30/14/1948 (date d'entrée en vigueur : 13/12/1951).

Charte des Nations Unies, 26/06/1945, (date d'entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements, 11/10/1988 (date d'entrée en vigueur : 12/04/1988).

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18/03/1965 (date d'entrée en vigueur : 14/10/1966).

Traité sur l'Union Européenne, 7 février 1992 (date d'entrée en vigueur : 01/11/1993) (Traité de Maastricht).

Zone de libre-échange continentale africaine, 21/03/2018 (date d'entrée en vigueur : 01/01/2021).

b. TRAITÉS DE PROTECTION DE DROITS DE L'HOMME

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 27 juin 1981 (date d'entrée en vigueur : 21/10/1986).

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de l'Union européenne, 09/12/1989.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 07/12/2000 (date d'entrée en vigueur : 01/12/2009).

Charte sociale européenne, version révisée du 3/05/1996 (date d'entrée en vigueur : 1999).
Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22/11/1969 (date d'entrée en vigueur : 18/07/1978).

Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25/06/1998 (date d'entrée en vigueur : 30/10/2001).

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 04/11/1950 (date d'entrée en vigueur : 3/11/1953).

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21/12/1965 (date d'entrée 04/01/1969) (AGNU RES 2106 A (XX)).

Convention OIT (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 09/01/1948 (date d'entrée en vigueur : 04/01/1950).

Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 01/01/1949 (date d'entrée en vigueur : 22/01/1952).

Convention OIT (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 01/07/1949 (date d'entrée en vigueur : 18/07/1951).

Convention OIT (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 29/06/1951 (date d'entrée en vigueur : 23/05/1953).

Convention OIT (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 25/06/1957 (date d'entrée en vigueur : 17/01/1959).

Convention OIT (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 25/05/1958 (15/1960).

Convention OIT (n° 138) sur l'âge minimum d'admission l'emploi, 26/06/1973 (date d'entrée en vigueur : 19/06/1976).

Convention (n° 143) sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 24/06/1975 (date d'entrée en vigueur : 9/12/1978).

Convention OIT (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux, 27 juin 1989.

Convention OIT (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 17/06/1999 (date d'entrée en vigueur : 19/11/2000).

Convention OIT (n°98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 01/01/1949 (date d'entrée en vigueur.

Convention relative aux droits de l'enfant, 20/11/1989 (date d'entrée en vigueur (02/09/1990)).

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination l'égard des femmes, 18/12/1979 (date d'entrée en vigueur : 03/09/1981).

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 18/12/1990 (date d'entrée en vigueur : 01/01/2003).

Déclaration universelle des droits de l'homme, 10/12/1948 (AGNU RES 217 A (III)).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (16/12/1966 (date d'entrée en vigueur : 03/01/1976) (AGNU RES 2200 A (XXI))).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16/12/1966 (date d'entrée en vigueur : 23/03/1976) (AGNU RES. 2200 A (XXI)).

Protocole additionnel à la Charte sociale européenne sur système de réclamations collectives, 9 novembre 1995 (date d'entrée en vigueur : 01/01/1998).

Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme, traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador), 17/11/1988 (date d'entrée : 16/11/1999).

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 10/12/2008 (date d'entrée : 05/05/2013), (AGNU RES 63/11).

c. AUTRES TRAITÉS DIFFÉRENTS DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États, 23/05/1969 (date d'entrée en vigueur : 27/01/1980).

La Convention de Lomé IV, 04/11/1999.

Traité de Versailles, 28/06/1919 (date d'entrée en vigueur : 10/01/1920).

11. ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT

a. TRAITÉS BILATERAUX D'INVESTISSEMENT (TBI)

Comprehensive Economic Partnership Agreement between the Republic of Indonesia and the EFTA States, 16/12/2018., 2018.

Cooperation and Investment Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana 13/12/2018, 2018.

Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, 01/12/2018, 2018.

Agreement between The Government of The Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Mutual Protection of Investments, 2018.

Treaty between the Republic of Belarus and the Republic of India on Investments, 24/09/2018.

Enhanced Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and the Atomic Energy Community and their member states and the Republic of Armenia, 2017.

Intra-MERCOSUR investment facilitation Protocol, 07/04/2017 (date of entry into force: 30/07/2019).

Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 03/12/2016, 2016.

Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the Republic of Turkey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 03/11/2016.

Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Kyrgyz Republic, 22/04/2016 (date of entry into force: 01/10/2017).

Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Government of the Kirgыз Republic, 22/04/2016.

Investment Cooperation and Facilitation Agreement Between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Malawi, 25/06/2015.

Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la protection des investissements, 20/04/2015 (date of entry into force : 11/10/2017).

Agreement between the Government of the Republic of San Marino and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Protection of Investments, 25/09/2015 (date of entry into force: 25/02/2016), 2015.

Agreement on Investment under the Framework Agreement on Comprehensive Economic Cooperation between the Association of Southeast Asian Nations and the Republic of India, 12/11/2014.

Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 03/06/2014 (date of entry into force: 17/04/2015).

Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Federal Republic of Nigeria, 08/04/201.

Agreement between the Republic of Turkey and Government of the Republic of Cameroon for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 24/04/2012.

Agreement between the of the Czech Republic and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Protection of Investments, 17/05/2011 (date of entry into force: 09/02/2012).

Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Armenia for the Promotion and Protection of Investments 17/10/2001 (date of entry into force: 01/02/2003).

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Protection of Investments, 22/11/2018, date of entry into force: 10/04/2019).

Agreement between The Swiss Confederation and the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 07/06/2010 (date of entry into force: 15/05/2012).

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan 12/01/2010 (date of entry into force: 21/12/2012).

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Barbade concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 29/05/2009.

Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Protection of Investments, 22/11/2018, date of entry into force: 10/04/2019).

Agreement on Encouragement and Reciprocal protection of Investments between the Kingdom of Netherlands and the Dominican Republic, 03/03/2006 (date of entry into force: 01/10/2007). Agreement between Japan and the Kingdom of Cambodia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 14/06/2007 (date of entry into force: 31/07/2008).

Accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre le royaume des Pays-Bas et la République du Burundi, 24/05/2007 (date d'entrée en vigueur 01/08/2009).

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 12/12/2006 (date of entry into force: 27/03/2011).

Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union and the Government of the Republic of Mozambique on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 18/07/2006 (date of entry into force: 01/09/2009).

Agreement between the Belgo-Luxemburg economic Union and the Government of the Kingdom of Bahrain for the reciprocal Promotion and Protection of Investments, 11/07/2006.

Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Belarus on the Promotion and Protection of Investments, 08/06/2006 (date of entry into force: 10/04/2008).

Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia on the Promotion and Protection of Investments, 23/02/2006 (date of entry into force: 03/05/2007).

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Guatemala for the Promotion and Protection of Investments, 16/01/2006 (date of entry into force: 01/12/2012).

Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the People's Democratic Republic of Algeria on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 13/01/2005 (date of entry into force: 25/02/2007).

Agreement on the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Armenia 05/10/2004 (date of entry into force: 20/03/2007).

Agreement Between the Government of The Republic of Finland and the Government of the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Protection of Investments, 03/03/2004(date of entry into force: 05/02/2005).

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Yemen for the Promotion and Protection of Investments, 30/05/2003 (date of entry into force: 01/07/2004).

Agreement between the Republic of Finland the Republic of El Salvador for the Promotion and Protection of Investments, 20/05/2002 (date of entry into force: 20/02/2003).

Agreement between the Government of the Republic of Finland and the Government of the Republic of Cuba on the Promotion and Protection of Investments, 17/12/2001.

Agreement between the Republic of Austria and Georgia for the Promotion and Protection of Investments, 01/10/2001 (date of entry into force: 01/03/2004).

Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Government of Belize for the Promotion and Protection of Investments, 17/07/2001 (date of entry into force: 01/02/2002).

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Macedonia on the Promotion and Protection of Investments, 28/03/2001 (date of entry into force: 14/04/2002).

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Slovenia for the Mutual Promotion and Protection of Investments, 07/03/2001 (date of entry into force: 01/02/2002), 2001.

Agreement between the Republic of Austria and the People's Republic of Bangladesh for the Promotion and Protection of Investments, 21/12/2000 (date of entry into force: 01/12/2001).

Agreement between the Government of the Republic of Finland and Bosnia and Herzegovina on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 01/11/2000 (date of entry into force: 08/12/2001).

Agreement between the Republic of Austria and Bosnia and Herzegovina for the Promotion and Protection of Investments, 02/10/2000 (date of entry into force: 20/10/2002).

Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Azerbaijan for the Promotion and Protection of Investments, 04/07/2000 (date of entry into force: 28/05/2001).

Agreement between the Republic of Austria and the Republic of Cuba for the Promotion and Protection of Investments, 19/05/2000 (date of entry into force: 25/11/2001).

Agreement between the Government of the United Arab Emirates and Government of the Republic of Belarus on the Promotion and the reciprocal Protection of Investments.

Agreement between the Government of the Argentine Republic and the Government of New Zealand for the promotion and Reciprocal Protection of Investments.

Agreement between the Federal Republic of Germany and Brunei Darussalam concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Foreign Investments.

Agreement between the Republic of Chile and the Republic of Austria on the Promotion and Mutual Protection of Investments 08/09/1997 (date of entry into force: 22/10/2000).

Agreement between the Republic of Chile and the Republic of Austria for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 08/09/1997, (date of entry into force: 22/10/2000).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Armenia for the Promotion and Protection of Investment, 08/05/1997 (date of entry into force: 29/03/1999).

2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty.

2021 Model FIPA (Canada).

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 15/02/2004 (date of entry into force: 08/12/2007).

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et l'Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la Serbie-et-Montenegro, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 29/09/2005 (date d'entrée en vigueur : 29/11/2008).

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République de Madagascar, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 29/09/2005 (date d'entrée en vigueur: 29/11/2008).

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République de Madagascar, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 30/11/2005 (date d'entrée en vigueur : 16/01/2010).

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République de Nicaragua, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 27/05/2005.

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République togolaise, d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 06/06/2009.

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République de Guatemala d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements 14/04/2005 (date d'entrée en vigueur 01/09/2007).

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République fédérale démocratique d'Éthiopie d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements 26/10/2006.

Accord entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise d'une part, et la République démocratique d'autre part concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements 17/02/2005 (date d'entrée en vigueur : 26/10/2006).

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise, 'une part, et la République démocratique du Congo, d'autre part, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 17/02/2005.

Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise, d'une part, et la République du Pérou, d'autre part, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 12 octobre 2005 (date d'entrée en vigueur : 12/09/2008).

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise, d'une part, et la République du Rwanda, d'autre part, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 16/04/2007.

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise, d'une part, et la République du Soudan, d'autre part, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 07/11/2005.

Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements 08/09/2016 (date d'entrée en vigueur : 24/02/2017).

Accord entre le Canada et la République de Cameroun concernant la promotion et la protection des investissements, 03/03/2014 (date d'entrée en vigueur : 16/12/2016).

Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements 01/09/2014 (date d'entrée en vigueur : 27/04/2015).

Accord entre le Canada et la République de la Côte d'Ivoire concernant la promotion et la protection des investissements 30/11/2014 (date d'entrée en vigueur : 14/12/2015).

Accord entre le gouvernement du Royaume du Maroc et le gouvernement de la République du Congo, 30/04/2018.

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République d'Estonie sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements, 14/05/1992 (date d'entrée en vigueur : 25/09/1995).

Accord entre le gouvernement de la République libanaise et le gouvernement de la République du Tchad sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 15/06/2004.

Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, 11/04/2019.

Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, 11/04/2018.

Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between Canada and the Republic of Guinea, 27/05/2015 (date of entry into force: 27/03/2017).

Agreement between Canada and the Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments, 20/07/2010 (date of entry into force: 14/03/2012).

Agreement between Canada and Mali for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 28/11/2014 (date of entry into force: 08/06/2016).

Agreement between Canada and the Federal Republic of Nigeria on promotion and Reciprocal Protection of Investments, 06/05/2014.

Agreement between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan, 28/06/2009 (date of entry into force: 14/12/2009).

Agreement between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and the Protection of Investments, 14/11/2006 (date of entry into force (20/06/2007)).

Agreement between Canada and the State of Kuwait for the Promotion and Protection of Investments, 26/09/2011 (date of entry into force: 19/02/2014).

Agreement between Canada and Ukraine on Economic Cooperation, 24/10/1994 (date of entry into force: 24/10/1994).

Agreement between Japan and Georgia for the Liberation, Promotion and Protection of Investments, 29/01/2021.

Agreement between Japan and Kenya for the Promotion and Protection of Investment, 23/10/2014 (date of entry into to force 25/10/2015).

Agreement between Japan and Mongolia for an Economic Partnership, 10/02/2015 (date of entry into force: 07/06/2016).

Agreement between Japan and the Hashemite Kingdom of Jordan for the Promotion and Protection of Investment, 27/11/2018.

Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments, 26/01/2015 (date of entry into force: 14/04/2017).

Agreement between Japan and the Republic of Iraq for the Promotion and Protection of Investment, 01/02/2017 (date of Entry into force 05/10/2017).

Agreement between Japan and the Republic of Armenia for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 14/02/2018 (date of entry into force 15/05/2019).

Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 12/09/2011 (date of entry into force: 11/09/2015).

Agreement between Japan and the Republic of Peru for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 21/11/2008 (date of entry into force: 10/12/2009).

Agreement between Japan and the Republic of Uzbekistan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investments, 15/08/2008 (date of entry into force: 24/09/2009).

Agreement between Japan and the State of Kuwait 10/02/2015 (date of entry into force: 07/06/2016).

Agreement between Japan and the Sultanate of Oman for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 19/06/2015 (date of entry into force: 21/07/2017).

Agreement between Japan and the United Arab Emirates for the Promotion and Protection of Investment, 30/04/2018.

Agreement between Japan and Ukraine for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 05/02/2015 (date of entry into force: 26/11/2015).

Agreement between New Zealand and the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen, and Matsu, 10/07/2013 (entrée en vigueur le 01/12/2013).

Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and Montenegro on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 07/06/2006.

Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and the Republic of Botswana on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 07/06/2006.

Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and the Republic of Panama on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 26/03/2009.

Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and the Republic of Qatar on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. 06/11/2007 (date of entry into force: 30/04/2014).

Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and the Republic of Tadjiskistan on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 12/02/2009.

Agreement between the Belgium-Luxembourg-Economic Union on the one hand, and the Sultanate of Oman on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 16/12/2008.

Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership, 17/07/2018 (date of entry into force: 01/02/2019).

Agreement between the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Qatar for on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 14/11/2017.

Agreement between the Government of Hungary and the Government of the Republic of Cabo Verde for the promotion and Reciprocal Protection of Investments, 28/03/2019.

Agreement between the Government of Bosnia and Herzegovina and the Government of the Italian Republic for the Promotion and Protection of Investments, 19/05/2000 (date of entry into force: 10/02/2005).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Eastern Republic of Uruguay for the Promotion and Protection of Investments, 29/10/1997 (date of entry into force: 02/06/1999).

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments, 10/02/2016 (date of entry into force: 06/09/2016).

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 09/01/2013 (date of entry into force: 12/05/2014).

Agreement between the Government of Canada and the government of the Republic of Moldova for the Promotion and Protection of Investments, 12/06/2018.

Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 17/05/2013 (date of entry into force: 09/12/2013).

Agreement Between the Government of Hungary and the Government of the Kyrgyz Republic for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 29/09/2020.

Agreement between the Government of Japan and Government of the Independent State of Papua New Guinea for the Promotion and Protection of Investment, 17/01/2014 (date of entry into force: 17/01/2014).

Agreement between the Government of Japan and Government of the Republic of Mozambique on the Reciprocal Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 01/06/2013 (entré en vigueur le 29/08/2014).

Agreement between the Government of Japan and Government of the Republic of the Union of Myanmar for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 17/01/2014 (entré en vigueur le 17/01/2014).

Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Kenya for the Promotion and Protection of Investment, 28/08/2016, (date of entry into to force 14/09/2017).

Agreement between the Government of Mongolia and the Government of the Republic of Singapore on Promotion and the Protection of Investments, 24/07/1995 (date of entry into force: 07/01/1996).

Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the People's Republic of China on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 15/01/2001.

Agreement between the Government of the Hong Kong Special administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the United Arab Emirates for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 16/06/2019.

Agreement between the Government of the Italian Republic and the Government of the Republic of Moldova on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 19/09/1997 (date of entry into force 26/08/2001).

Agreement between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments, 15/11/1991 (date of entry into force: 15/11/1991).

Agreement between the Government of the Republic of China (Taiwan) and the Government of Saint Vincent and the Grenadines for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 17/12/2009 (date of entry into force: 01/02/2010).

Agreement between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the Republic of Trukey concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 28/07/2014.

Agreement between the Government of the Republic of Kazakhstan and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Mutual Protection of Investments, 21/11/2018.

Agreement between the Government of the Republic of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 22/03/2002 (date of entry into to force: 01/01/2003).

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Kingdom of Cambodia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 21/10/2018.

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the State of Palestine on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 05/09/2018.

Agreement between the Kingdom of Morocco and Japan for the promotion and protection of investment, 08/01/2020.

Agreement between the Republic of Azerbaijan and the Republic of Hungary for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 18/05/2007 (date of entry into force: 26/02/2008).

Agreement between the republic of Finland and Montenegro on the Promotion and Protection of Investments, 14/11/2008 (date of entry into force: 29/04/2010).

Agreement between the republic of Finland and Serbia and Montenegro on the Promotion and Protection of Investments, 23/05/2005 (date of entry into force: 29/10/2005).

Agreement between the Republic of Guatemala and the Republic of Trinidad and Tobago on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 19/01/2016 (date of entry into force: 30/08/2017).

Agreement between the Republic of Rwanda and the United Arab Emirates on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 01/11/2017.

Agreement between the Slovak Republic and the Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 19/01/2016 (date of entry into force 30/08/2017).

Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, the Promotion and the Protection of Investments, 01/02/2017 (date of entry into force: 05/10/2017).

Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 3/06/2014 (date of Entry into force 17/04/2015).

Agreement between the Swiss Confederation and the Oriental Republic of Uruguay for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 07/10/1988 (date of entry into force: 22/04/1991).

Agreement between the United Arab Emirates on the one hand, and the Belgium-Luxembourg-Economic Union and the Republic of Panama on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 26/03/2009.

Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, 30/11/2018 (date of entry into force: 01/07/2020).

Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates, 16/04/2018.

Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Costa Rica and the Kingdom of the Netherlands, 21/05/1999 (date of entry into force: 01/07/2001).

Agreement on Labour Cooperation between Canada and Jordan, 28/06/2009 (date of entry into force: 01/10/2012).

Agreement on Labour Cooperation between Canada and the Republic of Colombia, 21 November 2008 (15 August 2011).

Agreement on Labour Cooperation Between Canada and the Republic of Honduras, 05/10/2013 (date of entry into force: 01/11/2014).

Agreement on Labour Cooperation Between Canada and the Republic of Panama, 14/04/2010.

Agreement on Labour Cooperation between Canada and the Republic of Peru, 29/05/2008 (date of entry into force: 01/08/2009).

Agreement on Labour Cooperation Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Chile, 6 February 1997 (date of entry into force: 5/05/1997).

Agreement on Labour Cooperation Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Chile, 06/02/1997 (date of entry into force: 05/07/1997).

Agreement on Labour Cooperation Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica, April 2001 (date of entry into force: November 2002).

Algiers Accords, Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by Government of the Islamic Republic of Iran, 19/01/1981.

Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/01/2016).

Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part, 27/06/2014 (entrée en vigueur le 01/07/2016).

Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part, 27/06/2014 (date of entry into force: 01/07/2016).

Australia-Indonesia Comprehensive Economic Partnership Agreement, 04/03/2019.

Belarus - United States of America BIT (1994).

Belgium-Luxembourg Economic Union Model BIT 2019, 28/03/2019.

Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates, 12/11/2017.

Bilateral Agreement for the Promotion and the Protection of Investments between the Government of the Republic of Colombia and the Government of the United Arab Emirates, 12/11/2017.

Bilateral Investment Treaty between the Government of the Kyrgyz Republic and the Government of the Republic of India, 14/06/2019.

Canada - Côte d'Ivoire Foreign Investment Promotion and Protection Agreement, 30/11/2014 (date of entry into force: 14/12/2015).

Canada-Colombia Agreement on Labour Cooperation, 21/11/2008 (date of entry into force: 15/08/2011).

Canada-Costa Rica Agreement on Labour Cooperation, 04/2001 (date of entry into force: 11/2002).

Canada-Panama Agreement on Labour Cooperation, 14/05/2010 (date of entry into force: 04/2013).

Canada-Peru Agreement on Labour Cooperation, 29/05/2008, (date of entry into force: 01/08/2009).

Colombia Model BIT, 2017.

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), 08/03/2018 (date of entry into force: 30/12/2018).

Comprehensive Economic Cooperation Agreement between India and Singapore, 29/06/2005 (date of entry into force: 01/08/2005).

Comprehensive Economic Partnership Agreement between The EFTA States and the Republic of Ecuador, 25/06/2018.

Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the United Arab Emirates, 15/03/2019.

Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 22/03/2019.

Economic Partnership Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the SADC EPA States, of the other part, 10/06/2016.

ECOWAS Supplementary Act A/SA.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for their Implementation with ECOWAS, 19/12/2008 (date of entry into force: 19/01/2009).

ECOWAS Supplementary Act A/SA.3/12/08 Adopting Community Rules on Investment and the Modalities for their Implementation with ECOWAS, 19/12/2008 (Date of entry into force: 19/01/2009).

India Model BIT 2015, 28/12/2015.

Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, 27 octobre 2016.

International Institute for Sustainable Development (IISD) Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, 2005.

Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of The People's Republic of China, 15/09/1993 (date of entry into force: 15/10/1993).

Investment agreement between the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, 18/11/2016.

Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore, 04/11/2016.

Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Republic of Singapore, of the Other Part, 15/10/2018.

Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 15/10/2018.

Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the One Part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 30/06/2019.

Modèle d'accord du Royaume du Maroc pour la promotion et la protection réciproque des investissements, 01/06/2019.

Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 26 December 1933 (date of entry into force: 26 December 1934).

North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC) Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America.

North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC) Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, 17/12/1992 (date of entry into force: 01/01/1994).

Pacific Agreement on Closer Economic Relations Plus, 14/06/2017.

Regional Comprehensive Economic Partnership (ASEAN (Association of South-East Asian Nations), Australia, Japan, Korea, Republic of, New Zealand), 15/11/2020.

Southern African Development Community (SADC) Model BIT Template with commentary, 2012.

The Netherlands Model BIT 2019, 22/03/2019.

The North American Agreement on Labour Cooperation (NAALC), 13/09/2018 (date of entry into force: 01/1994).

The Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the State of Qatar, 06/11/2016.

Treaty between The United States of America and the Argentine Republic concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 14/11/1991 (date of entry into force: 20/10/1994).

Treaty between The United States of America and the Republic of Egypt concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 11/03/1986 (date of entry into force: 27/06/1992).

Treaty between The United States of America and the Republic of Kazakhstan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19/05/1992 (date of entry into force: 12/01/1994).

Treaty between The United States of America and the Republic of Tunisia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 15/05/1990 (date of entry into force: 07/02/1993).

Treaty between The United States of America and The Republic of Moldova concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 21/04/1993 (date of entry into force: 26/11/1994).

Treaty between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 20/09/1991 (date of entry into force: 01/05/1993).

Treaty between the United States of America and the government of the Republic of Rwanda concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 19/02/2008 (date of entry into force: 01/01/2012).

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 04/11/2005 (date of entry into force: 31/10/2006).

Treaty between The United States of America and the Republic of Albania concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 11/01/1995 (date of entry into force: 04/01/1998).

Treaty between The United States of America and the Republic of Armenia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 23/09/1992 (date of entry into force: 29/03/1996).

Treaty between The United States of America and the Republic of Azerbaijan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 01/08/1997 (date of entry into force: 02/08/2001).

Treaty between The United States of America and the Republic of Bahrain concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 29/09/1999 (date of entry into force: 30/05/2001).

Treaty between The United States of America and the Republic of Bulgaria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 23/09/1992 (date of entry into force: 02/06/1994).

Treaty between The United States of America and the Republic of Croatia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 3/07/1996 (date of entry into force: 20/06/2001).

Treaty between The United States of America and the Republic of Estonia concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 19/04/1994 (date of entry into force: 16/02/1997).

Treaty between the United States of America and the Republic of Haiti Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 13/12/1983.

Treaty between the United States of America and the Republic of Poland concerning Business and Economic Relations, 21/03/1990 (date of entry into force: 06/08/1994).

Treaty between The United States of America and the Republic of Salvador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 10/03/1999.

Treaty between United States of America and the Czech Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment 22/10/1991 (date of entry into force: 19/12/1992).

b. ACCAORDS DE LIBRE-ECHANGE (ALE)

Free Trade Agreement between the EFTA States and Georgia, 27/06/2016 (date of entry into force: 01/09/2017).

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Sultanate of Oman on the Establishment of a Free Trade Area, 19/01/2006 (date of entry into force: 01/01/2009).

Agreement between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area, 24/11/2000 (date of entry into force: 17/12/2001).

Australia-Chile Free Trade Agreement, 30/07/2008 (date of entry into: 06/03/2009).

Australia-Peru Free Trade Agreement, 12/02/2018.

Australia-United States Free Trade Agreement, 18/05/2004 (date of entry into force: 01/01/2005).

Canada-Colombia Free Trade Agreement, 21/11/2008 (date of entry into force: 15/08/2011).

Canada-Peru Free-Trade Agreement, 29/05/2008 (date of entry into force: 01/08/2009).

Comprehensive Trade and Economic Agreement between Canada and the European Union, 30/10/2016.

EU - United Kingdom Trade and Cooperation Agreement, 30/12/2020.

Free Trade Agreement between Australia and the Republic of Korea, 08/04/2014 (date of entry into force: 12/12/2014).

Free Trade Agreement between Canada and Peru, 29/05/2008 (date of entry into force: 01/08/2009).

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Chile, 05/12/1996 (date of entry into force: 05/07/1997).

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Honduras, 05/11/2013 (date of entry into force: 01/10/2014).

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea, 22/09/2014 (date of entry into force: 01/01/2015).

Free trade agreement between Canada and the Republic of Panama, 14/05/2010 date of entry into force: 01/04/2013).

Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA), 05/08/2004 (date of entry into force: 01/01/2009).

Free Trade Agreement between New Zealand and the Republic of Korea, 23/03/2015 (date of entry into force: 20/12/2015).

Free Trade Agreement between Singapore and the United States of America, 06/05/2003 (date of entry into force: 01/01/2004).

Free Trade Agreement between the Eurasian Economic union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the Other Part, 29/05/2015 (date of entry into force: 05/10/2016).

Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea (signé le 06 octobre 2010) (date of entry into force 01 July 2011).

Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea, 06/10/2010 (date of entry into force: 01/07/2011).

Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China, 17/06/2015 (date of entry into force: 20/12/2015).

Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Chile, 05/12/1996 (date of entry into force: 05/07/1997).

Free Trade Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica, 23/04/2001 (date of entry into force: 01/11/2002)

Free Trade Agreement Between the Government of Chile and the Government of the United States of America, 06/06/2003 (date of entry into force: 01/01/2004).

Free Trade Agreement between the Kingdom of Bahrain and the United States of America, 14/09/2004 (date of entry into force (11/01/2006)).

Free Trade Agreement between the Kingdom of Morocco and the United States of America, 15 June 2004 (date of entry into force: 01 January 2006).

Free Trade Agreement between the Republic of Colombia and the Republic of Korea, 21/02/2013 (date of entry into force: 15/07/2016).

Free Trade Agreement between the Republic of Korea and the Republics of Central America, 21/02/2018.

Free Trade Agreement between the United States and Panama, 28/06/2007 (date of entry into force: 31/10/2012).

Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea, 30/06/2007 (date of entry into force: 15/03/2012).

Free Trade Agreement between the United States of America and Peru, 12/04/2006 (date of entry into force 01/02/2009).

Malaysia - Australia Free Trade Agreement, 22/05/2012 (date of entry into force: 01/01/2013).
Peru - United States Trade Promotion Agreement, 12/04/2006 (date of entry into force: 01/02/2009).

Protocol on Investment to the New Zealand-Australia Closer Economic Relations Trade Agreement, 16/02/2011 (date of entry into force: 01/03/2013).

Singapore-Sri Lanka Free Trade Agreement, 23/01/2018 (date of entry into force 01/05/2018).
Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Colombia, Peru and Ecuador, of the other part, 6/06/2012 (date of entry into force 01/06/2013).

Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy, of one Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part, 30/12/2020.

Trade and Investment Framework Agreement between the Government of The United States of America and the Government of the Republic of Fiji, 15/10/2020.

United States- Colombia Trade Promotion Agreement, 22/11/2006, (date of entry into force: 15/05/2012).

12. LOIS NATIONALES

a. LOIS D'INVESTISSEMENT

Law on the Encouragement of Investment in Palestine (Law No. (1) of 1998 and its amendments (merged law)), 2004.

The Law of Ukraine on the Regime of Foreign Investments, 1996.

Law No. 04/L-220 (2014) on Foreign Investment in Kosovo.

Act 865 Ghana Investment Promotion Centre Act, 2013.

Azerbaijan Law No. 57 of 1992 on the Protection of Foreign Investments, 1992.

Bolivia, Plurinational State of Ley de Promoción de Inversiones, 2014.

Bulgaria Investment Promotion Act 1997.

Cabo Verde External Investment Code Law No. 89/IV/93, 1993.

Cambodia Law on Investment, 1994.

Charte des Investissements du Cameroun, 2002.

Charte des investissements du Congo (Loi n°6-2003 du 18 janvier 2003).

Chilean Framework Law for Foreign Investment (Law No. 20 848 (2015)).

Code des investissements du Sénégal (Loi No. 2004-06 (2004)).

Code monétaire et financier français. Version consolidée au 25 octobre 2019.

Decree No. 732 the Legislative Assembly of the Republic of El Salvador; 1999.

Ethiopia Investment Proclamation No. 769/2012, 2012.

Federated States of Micronesia Foreign Investment Act (Law No. 10-49 of 1997).

Foreign Investment Act of the Federated States of Micronesia (Law No. 10-49 of 1997).

Foreign Investment Act of Cuba (Law No. 118 of 29 March 2014).

Foreign Investment Act of Tonga (Act (No. 22 of 2002).

Foreign Investment Act of Trinidad and Tobago (Act No. 16 of 1990).

Foreign Investment Law in the Kingdom of Saudi Arabia Royal (Decree No. M/1), 2000.

Foreign Investment Law of Montenegro (Official Gazette No. 18/11, 2011).

Foreign Investment Law of the People's Republic of China, 2019.

Foreign Private Investment (Promotion and Protection) Act of Pakistan (Act No. XLII of 1976).

Foreign Private Investment Promotion and Protection Act (Act No. 11 of 1980).

Gambia Investment and Export Promotion Agency Act, 2015.

Guyana Investment Act No. 1 of 2004.

Investment Code of Burundi (Law No. 1/24 of 2008).

Investment Law of Egypt (Law No. 72 of 2017).

Iraq Investment Law No (13) of 2006.

Kenyan Foreign Investments Protection Act, 1964.

Lao People's Democratic Republic Law on Investment Promotion (Law No. 14/NA), 2016.

Law N° 2007-036 dated 14th January 2008 relating to Investment law in Madagascar.

Law No. 25/79 on Foreign Investments in Maldives, 1979.

Law No. 53-Z of the Republic of Belarus on Investments, 2013.

Law No. 373-II (2003) on Investments in Kazakhstan.

Law No. 473-10 of Georgia on the investment activity promotion and guarantees, 1996.

Law No.116 of 2013 Regarding the Promotion of Direct Investment in the State of Kuwait, 2013.

Law of the Republic of Indonesia Number 25 of 2007 Concerning Investment.

Law of The Republic of Moldova on Investments in Entrepreneurial Activity No. 81-XV, 2004.

Law of The Republic of Uzbekistan on Guarantees and Measures of Protection of Foreign Investors' Rights Law No. N 611-I, 2019.

Law on Domestic and Foreign Private Investment in Afganistan, 2005.

Law on Investment Activities of Turkmenistan, 1992.

Law on Strategic Investments in the Republic of Albania, 2016.

Law on the Policy of Foreign Direct Investment in Bosnia and Herzegovina, 18 May 1998.

Liberia Investment Act of 2010.

Libya Law on Investment Promotion No. 9, 2010 (1378 p.d.), 2010.

Loi constitutionnelle sur l'investissement étranger productif République bolivarienne de Venezuela, 2017.

Loi L/2015/No.008/AN Portant code des investissements de la République de Guinée, 2015.

Loi N° 004/2002 du 21 février 2002 portant code des Investissements de la République démocratique du Congo.

Loi n° 2012-052 portant Code des Investissements en Mauritanie, 2012.

Loi n° 2016-71 du 30 septembre 2016, portant loi de l'investissement de la Tunisie, 2016.

Loi n°2016-09 du 3 août 2016 relative à la promotion de l'investissement en Algérie, 2016.

Loi n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été adoptée le 21 février 2017.

Loi-Cadre No. 18-95 formant Charte De l'investissement du Maroc, 1995.

Mexico Foreign Investment Law, 1993.

Mongolia Law on Investment, 2013.

Mozambique Law on Investment (Law No. 3/93 of 1993).

Myanmar Investment Law, 2016.

Namibia Investment Promotion Act (Law No. 199 of 2016).

Ordonnance No. 2012-487 portant Code des Investissements en Côte d'Ivoire, 2012.

Papua New Guinea Investment Promotion Act (Act No. 1992, 1992).

Paraguay Ley de Inversiones Ley No. 117/91 (1992).

Philippines Foreign Investment Act of 1991 (Republic Act No. 7042).

Private Investment Law of Angola Law no. 10/18 of June 26th, 2018.

Qatar Law on Organization of Foreign Capital Investment in the Economic Activity (Law No. 13 of 2000).

Republic of Lithuania Law on Investments No. VIII-1312, 7 July 1999 (as amended by 2 November 2004 No IX-2527).

Russian Federal Law on Foreign Investments Law No. N 160-FZ (amended), 1999.

South Africa Protection of Investment Act (Act No. 22 of 2015).

The Investment Law No. (13) of Iraq, 2006.

The Law of The Democratic People's Republic of Korea on Foreign Investment, 1992.

The Law of the Republic of Armenia on Foreign Investments (Law No. AL-115), 1994.

The Law of the Republic of Tajikistan on Investments, 2007.

The South Sudan Investment Promotion Act, 2009.

Uganda Investment Code Act (1991).

Vanuatu Foreign Investment Promotion Act No.15 of 1998.

b. LES LOIS SUR LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES

Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains (Allemagne), 11 June 2021.

Loi n°2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des des entreprises donneuses d'ordre (France), 21 février 2017.

Modern Slavery Act 2015 (Royaume-Uni), 26 March 2015.

Modern Slavery Act No. 153 (Australie), 2018.

13. LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT

a. CONTRATS D'INVESTISSEMENT

ADA Commercial Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and ADA Commercial Inc., 05 April 2008 (Libéria).

Addax Bioenergy Sierra Leone Ltd. Memorandum of Understanding and Agreement between the Government of the Republic of Sierra Leone and Addax Bioenergy Sierra Leone Ltd., 09 February 2010 (Sierra Leone).

Akewa Group of Companies. Contract to Manage Timber Sale, Area: A-3, 21 July 2010 (Libéria).

Alpha Logging & Wood Processing Incorporated. Forest management contract Area 'a' in Lofa and Gbarpolu Counties between the Republic of Liberia represented by the Forestry

Development Authority and Alpha Logging & Wood Processing Incorporated, 06 October 2006 ((Libéria).

Amata S.A., UMF III, Contrato de Concessão Florestal (e aditivos de 2012, 2013, 2015), 30 Septembre 2008 (Brésil).

Bargor & Bargor Enterprise. Contract to manage Timber Sale Area: A-7, 27 June 2008 (Libéria).

Benevides Madeiras Ltda. EPP, UMF I, Contrato de Concessão Florestal N° 1, 30 November 2016 (Brésil).

CLC Industries PLC. Land Rent Contractual Agreement made between Ministry of Agriculture and rural Development and CLC Industries PLC, 26 December 2009 (Ethiopia).

Contract Farming between Varun Agriculture Sarl. and Associations of 13 Plains in the Sofia Region, 26 January 2009 (Madagascar).

Contrat d'exclusivité pour l'utilisation de terre entre la Communauté rurale de Koukane et AgroAfrica S.A., 3 juillet 2008 (Sénégal).

Cooperation Agreement between Khanbogd and other subdivisions of Umnugobi Province and Oyu Tolgoi LLC., 01 April 2015 (Mongolia).

Crystal Agro Company Limited. Agreement for Plantation of Cassava Crop Agro-Industry Crops Trees Crops and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Crystal Agro Company Limited, 17 July 2006 (Cambodge).

Equatoria Teak Company Ltd. Management and Development of Teak Plantation Agreement between the Government of Western Equatoria and the Government of Southern Sudan on One Party and Teak Company Ltd. on the other, 28 June 2006 (Soudan du Sud).

Euro Liberia Logging Company. Forest Management Contract, Area F, 17 September 2009 (Libéria).

Friendship and Cooperation Agreement between 36 Indigenous Communities of the TCO Itika Guasu and Repsol YPF E&P Bolivia SA (document en langue espagnol. Selon le commentaire en anglais sur [OpenCommunity contracts.org](https://opencommunitycontracts.org)), 29 December 2010 (Bolivie). <https://opencommunitycontracts.org/contract/36-indigenous-communities-of-the-tco-itika-guasu-repsol-ypf-ep-bolivia-sa-2010-friendship-and-cooperation-agreement/> consulté le 25 août 2023.

Geblo Logging Inc. Forest management contract Area 'I' in Gedeh & Sinoe counties between the Republic of Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Geblo Logging Inc., 17 September 2009 (Libéria).

Global Agricultural Development (Cambodia) Co Ltd. Agreement of Teak Tree (Tectona Grandis), and Processing Factory between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Global Agricultural Development (Cambodia) Co. LTD, 15 March 2006 (Cambodge).

Golden Veroleum (Liberia) Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Golden Veroleum (Libéria), 16 August 2010 (Libéria).

Goldtree SL Limited and Goldtree Holdings. Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Sierra Leone and Gold Tree (sl) Ltd., 26 August 2010 (Sierra Leone).

Growest Building Trading Co. Ltd. Agreement on the Investment of Plantation Development for Rubber Teak Tree (*Tectona Grandis*) and Acacia between the Ministry of Agriculture, Forestry and Fisheries and Growest Building Trading Co. Ltd., 17 July 2008 (Cambodge).

Gtleste Biotech. Memorandum of Understanding, 15 January 2008 (Timor de Leste).

Heng Yue (Cambodia) International Company Limited. Contract on the Investment in Acacia and Sugar Cane Plantation, 11 August 2011 (Cambodge).

Industrial Madeireira Flona do Jamari Ltda., UMF I, Contrato de Concessão Florestal (e termos aditivos de 2010, 2012, 2013, 2014, 2015 e 2017), 16 Octobre 2008 (Brésil).

Khaou Chuly Development Co, Ltd. Contract on the Investment of Rubber and Agro-industry Plantation, 8 October 2008 (Cambodge).

Lease Agreement between Chiefdom Council of Maforki Chiefdom and West Agricultural Limited, 18 November 2011 (Sierra Leone).

Lease Agreement between Chiefdom Council of Sorogbema Chiefdom and Aristeus Palm Oil Limited, 8 September 2011 (Sierra Leone).

Liberia Forest Products Incorporated. Investment Agreement between the Republic of Liberia and Liberia Forest Products Inc., 21 December 2007 (Libéria).

Liberia Tree & Trading Company, Inc. Forest management contract Area 'c' in River Cess County between the Republic of Liberia represented by the Forestry Development Authority and Liberia Tree & Trading Company, Inc., 06 October 2008 (Libéria).

Libinc Oil Palm Inc. Concession Agreement between the Republic of Liberia and Libinc Oil Palm Inc., 28 December 2007 (Libéria).

Memorandum of Agreement Co-Management of Land Utilization Between of Sajingan Kecil Hamlet Community and Agronusa Investama Co., 24 October 2008 (Indonesia).

Memorandum of Agreement Conflict Resolution of Land Utilization between Community Members of Senujuh Village and Wilmar Sambas Plantation, Co., 15 October 2008 (Indonesia).

Memorandum of Understanding between Elders, Community Leaders and Residents of Tarlo Town, Blayah Town, Nuhn Town and Qlakojoyay represented by their Town Chiefs, Women Leaders and Youth Leaders and Equatorial Palm Oil Company/LIBINC, 5 february 2016 (Liberia).

Memorandum of understanding between Rio Tinto Exploration PTY Limited and Northern Land Council, December 2001 (Australie).

Nile Trading & Development. Lease Agreement, 11 March 2008 (Soudan du Sud).

Protocole d'accord entre la Communauté rurale de Fanaye et Senethanol S.A., 30 mars 2011 (Sénégal).

Sakhalin Indigenous Minorities development Plan, December 2010 (Russia).

SG Sustainable Oils Cameroon PLC. establishment Convention between the Republic of Cameroon and SG Sustainable Oils Cameroon PLC., 17 September 2009 (Cameroun).

Sime Darby Plantation (Liberia) Inc. Amended and restated Concession Agreement between the Republic of Liberia and Sime Darby Plantation (Liberia) Inc., 03 June 2009 (Libéria).

Société Centrafricaine Forestière. Convention définitive d'aménagement-exploitation entre le Ministère des Eaux, Forêts, Chasses et Pêches, charge de l'Environnement et la Société Centrafricaine Forestière (SCAF), 03 décembre 2007 (Centrafrique).

Tree Farms Sudan Ltd. Land Title Agreement, 2008 (Soudan du Sud).

b. CONTRATS D'INVESTISSEMENT (ACCORDS SOCIAUX)

Ahafo social responsibility agreement between the Ahafo Mine Local Community and Newmont Ghana Gold, 29 May 2008 (Ghana).

Argyle Diamond Mine Participation Agreement (Indigenous Land Use Agreement), 4 August 2005 (Australia).

Clause Sociale 1/2 du Cahier des charges du contrat de concession forestière garantie 25/05 FOLAC (Société Forestière du Lac), 4 novembre 2011 (République démocratique du Congo).

Complaint Resolution Agreement (I) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC., 9 May 2017 (Mongolia).

Complaint Resolution Agreement (II) between Khanbogd Herders, Khanbogd Soum Government and Oyu Tolgoi LLC., 9 May 2017 (Mongolia).

Impact Benefit Agreement between True North Gems Greenland A/S, the Municipality of Kommuneqarfik Sermersooq and Greenland Government under Mineral Exploitation Licence 2014/21, 16 June 2014 (Greenland).

Memorandum of Understanding and Contract Incorporating Social Agreement between the Du, Wolee and Nyennue Communities in Du-Wolee Township, Kpanyan County District, Sinoe County and Golden Veroleum (Liberia) Inc., 11 June 2016 (Liberia).

Provisional Memorandum of Understanding Incorporating Social Agreement (Golden Veroleum (Liberia) Inc.), 22 August 2014.

Social Agreement between the Alpha Logging and Wood Processing Company and the Community Forestry Development Committee (CFDC) of Forest Management Contract, (CMC) Area-A Lofa County, 7 December 2016 (Liberia).

Social Agreement for Communities Affected by Logging Concession Forest Management Contract (FMC) Area « “P” » Maryland, River Gee, Grand Kru Counties, 9 octobre 2015 (Liberia).

Social Agreement between the Geblo Logging Inc. and the community Forestry Development Committee (CFDC) of Forest Management Contract (FMC) Area-I, Sinoe County, 5 June 2016 (Liberia).

Social Agreement between the International Consultant Capital (ICC) and the Community Forestry Development Committee (CFDC) of Forest Management Contract (FMC) Area-K, Grand Gedeh County, 17 April 2016 (Liberia).

The Mary River Projet Inuit Impact and Agreement between Qikiqtani Inuit Association and Baffinland Iron Mines Corporation entered into pursuant to Article 26 of the Nunavut Land Claims Agreement, 9 June 2013 (Canada).

14. RÈGLES DE PROCÉDURE ARBITRALE

Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), version révisée en 2010.

Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage (CPA), 2012.

Règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, 2013.

Règlements du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Règlements CIRDI), 10 avril 2006.

The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, 2019.

15. RESOLUTIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES, DÉCLARATIONS ET AUTRES DOCUMENTS

Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 FDI (Screening Regulation), European Commission, 25 March 2020.

Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Human Rights Council, 14 July 2014 (A/HRC/RES/26/9).

Résolution du Parlement européen du 13 juin 2012 sur l'accord commercial entre l'Union européenne, d'une part, et la Colombie et le Pérou, d'autre part (2012/2628(RSP)).

16. RAPPORTS

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la fragmentation et de la diversification du droit international. Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international. A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, 2006.

World Investment Report, UNCTAD, 2015.

Final report in the status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. Report of Committee on the enforcement of Human Rights Law, Sixty-Sixth Conférence ILA, 1994.

Investment Policy Framework for Sustainable Development, UNCTAD, 2015.

L'égalité des parties devant les tribunaux internationaux d'investissement. Résolution de l'Institut du droit International, Session de La Haye, 31 août 2019.

Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies. Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie (Conseil des Droits de l'homme, A/HRC/17/31, 21 mars 2011).

Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, 2008 (Human Rights Council, A/HRC/8/5).

Réflexions sur l'intérêt général. Rapport public du Conseil d'Etat, 1999.

Report 109-318 on the United-States-Bahrain Free Trade Implementation Act, 109th Congress (2005-2006), House of Representatives (U.S Congress), 6 December 2005.

Standing Up for Workers: Promoting Labor Rights through Trade, Special Report of the U. S. Departement of Labor, February 2015.

17. WEBSITES

a. DROITS DE L'HOMME

Business and Human Rights Center : <http://www.business-humanrights.org>

Business and Human Rights Journal : <http://www.cambridge.org/core/journals/business-and-human-rights-journal>

Center for Economic and Social Right : <http://www.cesr.org>

Center for International Environmental Law : <http://www.ciel.org>

Center for International Legal Cooperation (La Haye) : <Http://www.cilc.nl>

Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux : <http://credof.parisnanterre.fr>

Centre for Human Rights (Université de Prétoria) : <http://www.chr.up.ac.za>

Comité Européen des Droits sociaux (jurisprudence) : <http://hudoc.esc.coe.int>

Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples : <http://www.african-court.org>

Cour Européenne des Droits de l'Homme (jurisprudence) : <http://hudoc.echr.coe.int>

Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme : <http://www.corteidh.or.cr>

Departement américain du Travail : <http://www.dol.gov>

Haut- Commissariat aux Droits de l'Homme (Base des données sur les traités) : <http://tbinternet.ohchr.org>

Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme : <http://www.ohchr.org>

Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme (Jurisprudence) : <http://juris.ohchr.org>

Organisation Mondiale de la Sante : www.who.int

Organisations International du Travail : <http://www.ilo.org>

b. DROIT DES INVESTISSEMENTS

Afronomics : <http://www.afronomicslaw.org>

Centre International de Règlement des Differends Investisseur Etats (Banque Mondiale) : <http://icsid.worldbank.org>

CNUCED : <http://investmentpolicy.unctad.org> ; <http://unctad.org>

Columbia Center for Sustainable Investment : <http://ccsi.columbia.edu> ; <http://www.openlandcontracts.org> ; <http://opencommunitycontracts.org>

Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale de Paris : <http://iccwbo.org>

Cour Permanente d'Arbitrage : [Http://pca-cpa.org](http://pca-cpa.org)

Global Arbitration News : [Http://globalarbitrationnews.com](http://globalarbitrationnews.com)

IA Reporter : [Http://www.iareporter.com](http://www.iareporter.com)

Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm : [Http://sccinstitute.com](http://sccinstitute.com)

Institut International pour le Développement Durable (International Institute for Sustainable Development) : <http://www.iisd.org>

Italaw : [Http://www.italaw.com](http://www.italaw.com)

Jus Mundi : [Http://jusmundi.com](http://jusmundi.com)

Kluwer Arbitration Blog : [Http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com)

Transnational Dispute Management : [Http://www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com)

c. DROIT GENERAL

Blog du Journal Européen du Droit International : <https://www.ejiltalk.org>

Congrès américain : <http://www.congress.gov>

Conseil d'État français : www.conseil-etat.fr

Cour de Justice de l'Union européenne (jurisprudence) : <http://curia.europa.eu>

Cour internationale de Justice : <http://www.icj-cij.org/fr>

Organisation Mondiale de la Sante : www.who.int

Service juridique des Nations Unies : <http://legal.un.org>

d. AUTRES

Media TV5 Monde : <https://information.tv5monde.com/info/le-gouvernement-francais-s-oppose-au-rachat-de-carrefour-par-le-groupe-canadien-couche-tard>

European Food Agency News : <https://www.efanews.eu/item/21622-golden-power-verisem-sale-to-syngenta-blocked.html>

INDEX

A

admission · 5, 20, 56, 60, 68, 82, 86, 94, 102, 163, 169, 180, 196, 199, 214, 215, 216, 218, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 242, 284, 298, 299, 301, 309, 310, 326, 331, 334, 340, 341, 343, 344, 368, 414, 436, 445, 456, 460, 503, 504, 505, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 559, 567

Amicus Curiae · 94, 297, 298, 299, 301, 304, 306, 307, 310, 313, 314, 315, 316, 330, 331, 332, 334, 349, 350, 445

ANACT · 182, 183, 184, 186, 187, 190, 193, 230, 232, 234, 235, 236, 237, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 250, 251, 252, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 288, 290, 567

C

CCI · 215, 451, 553

CDI · 41, 130, 131, 144, 321, 325, 460, 461, 464, 506, 558

CIJ · 28, 56, 130, 148, 215, 217, 218, 222, 230, 339, 365, 430, 440, 488, 508

CIRDI · 21, 23, 24, 27, 66, 74, 129, 137, 140, 146, 152, 215, 330, 353, 355, 404, 419, 451, 504, 550, 551, 553, 555, 560

clean hands · 213, 339

CODESC · 5, 11, 12, 16, 17, 25, 207, 208, 209, 210, 211, 346, 349, 514

commissions mixtes · 44

contrôle · 5, 10, 11, 17, 25, 28, 88, 89, 99, 119, 127, 144, 185, 190, 193, 211, 230, 232, 233, 234, 235, 250, 251, 252, 255, 256, 257, 258, 259, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 284, 288, 289, 290, 301, 326, 400, 426, 432, 450, 451, 454, 455, 458, 459, 460, 467, 469, 482, 486, 495, 497, 517, 549, 561, 567

D

droit à l'eau · 94, 146, 207, 336, 353, 355, 356

droit à la santé · 17, 200, 208, 307, 349

droit à la terre · 308

droit à un niveau de vie suffisant · 13, 14, 17, 207

droits de l'Homme · 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 18, 24, 25, 26, 27, 32, 52, 58, 59, 61, 65, 75, 76, 77, 81, 84, 86, 87, 89, 91, 93, 95, 99, 100, 101, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 122, 123, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 157, 164, 165, 166, 169, 170, 173, 175, 178, 181, 184, 186, 191, 192, 193, 194, 200, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 218, 220, 221, 223, 229, 230, 231, 232, 235, 237, 240, 242, 248, 250, 257, 259, 264, 266, 267, 268, 270, 274, 275, 282, 284, 287, 292, 294, 297, 299, 301, 305, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 327, 328, 329, 333, 334, 336, 339, 340, 343, 344, 346, 349, 350, 353, 354, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 365, 372, 435, 439, 454, 457, 470, 477, 481, 496, 497, 498, 499, 501, 510, 511, 512, 514, 515, 516, 521, 523, 529, 531, 541, 561, 566

droits des tiers · 97, 127, 169, 172, 176, 200, 201, 332, 361, 527, 533, 546

droits des travailleurs · 78, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 91, 93, 98, 100, 102, 113, 114, 183, 189, 230, 236, 237, 248, 253, 258, 260, 261, 265, 275, 281, 283, 284, 285, 287, 304, 335, 517, 518, 523, 565, 567

droits sociaux · 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 68, 69, 71, 72, 75, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 121, 122, 123, 125, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 141, 142, 144, 146, 147, 148, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 200, 201, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 219, 221, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 242, 244, 250, 251, 258, 259, 261, 262, 265, 267, 273, 274, 275, 276, 281, 282, 284, 285, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 299, 300, 301, 302, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 331, 334, 335, 337, 338, 339, 340, 341, 353, 356, 359, 360, 361, 362, 373, 374, 390, 400, 425, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 445, 447, 450, 459, 460, 461, 462, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 473, 474, 480, 482, 488, 492, 496, 497, 498, 499, 501, 503, 504, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517,

518, 519, 526, 527, 529, 532, 533, 534, 541, 542, 544,
546, 547, 552, 560, 561, 562, 565, 566, 567, 568, 569
due diligence · 5, 332, 350, 422, 423, 512, 513

E

eau · 4, 17, 23, 94, 146, 196, 197, 198, 200, 205, 206, 207,
208, 209, 210, 211, 212, 298, 301, 305, 306, 320, 321,
327, 332, 334, 336, 339, 344, 346, 349, 353, 355, 356,
439, 463, 476, 477, 479, 481, 483, 484, 485, 519, 527,
529, 530
effectivité · 6, 7, 15, 16, 17, 26, 27, 28, 31, 32, 33, 36, 37,
39, 69, 81, 84, 86, 87, 96, 99, 114, 119, 121, 127, 130,
137, 153, 156, 169, 170, 171, 173, 178, 184, 185, 188,
190, 193, 194, 213, 227, 231, 234, 235, 236, 244, 250,
251, 252, 254, 258, 266, 268, 273, 276, 281, 284, 286,
288, 289, 292, 293, 294, 295, 308, 327, 340, 341, 355,
362, 383, 435, 438, 439, 473, 474, 496, 498, 526, 540,
544, 552, 565, 566, 567
attentes légitimes · 212, 403, 404, 405, 406, 408, 409, 410,
411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421,
424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 434, 477,
482, 487, 496, 512, 543, 544, 558, 568
erga omnes · 147, 220, 321, 339
Estoppel · 210, 212, 567
expropriation · 22, 64, 65, 67, 69, 89, 121, 303, 313, 315,
317, 323, 348, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370,
371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381,
382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392,
393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 408,
409, 419, 429, 434, 438, 461, 471, 474, 475, 477, 478,
482, 483, 486, 491, 506, 568

I

illégalité de l'investissement · 338, 339, 510
intérêt général · 24, 33, 61, 81, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92,
93, 94, 95, 111, 115, 117, 123, 129, 135, 158, 161, 164,
274, 292, 294, 314, 326, 360, 362, 363, 364, 366, 368,
369, 370, 371, 373, 374, 378, 379, 380, 381, 382, 383,
384, 385, 390, 400, 402, 403, 406, 408, 409, 410, 411,
413, 415, 417, 419, 424, 425, 426, 432, 434, 435, 436,
438, 440, 441, 443, 444, 445, 450, 452, 453, 456, 457,

458, 459, 460, 468, 469, 470, 472, 478, 480, 488, 498,
517, 526, 534, 542, 544, 565, 568
intérêt public · 67, 89, 91, 94, 178, 224, 297, 315, 323, 350,
365, 366, 371, 372, 388, 398, 420, 446, 465, 474, 506,
515
interprétation systémique · 143, 152, 200, 319, 320, 321,
323, 358, 360, 393, 405

J

jus cogens · 322, 339, 357, 509, 510

L

licence sociale · 123, 334, 347, 350, 505, 508, 512

M

mécanisme quasi-juridictionnel · 231, 251, 258, 265, 267,
274

N

NOEI · 67

O

obligation de protéger · 239, 334, 339, 514, 529, 532
obligation de respecter · 221, 333, 520
obligations de l'investisseur · 125, 219, 332, 508, 510,
514, 515, 519, 520, 523, 553, 554
obligations sociales · 22, 26, 32, 100, 160, 164, 168, 182,
335, 435, 441, 450, 473, 502, 514, 517, 518, 519, 520,
522, 523, 524, 525, 526, 529, 532, 539, 542, 543, 551,
560
OIT · 11, 12, 76, 79, 101, 105, 106, 108, 109, 113, 144,
147, 165, 168, 185, 186, 192, 194, 240, 244, 245, 262,
263, 264, 279, 281, 282, 285, 286, 332, 333, 339, 351,
496, 508, 531
OMS · 207, 241, 302, 315, 438, 491, 492, 493, 496, 569
OTLA · 245, 246, 248, 249, 258, 260, 261, 262, 263, 264,
272, 278, 282, 283

P

pétition · 146, 214

peuples autochtones · 196, 198, 203, 308, 312, 315, 333, 345, 349, 350, 352, 511, 518

Peuples autochtones · 562

populations locales · 4, 123, 125, 163, 168, 302, 310, 330, 349, 479, 506, 519, 520, 521, 522, 523, 527, 528, 529, 545, 547, 548, 552

procédure · 11, 19, 21, 33, 35, 43, 45, 48, 51, 52, 57, 65, 66, 84, 91, 95, 120, 191, 196, 198, 199, 203, 211, 214, 217, 222, 223, 225, 228, 237, 241, 242, 243, 244, 247, 249, 250, 252, 257, 259, 265, 266, 267, 269, 271, 273, 275, 276, 278, 282, 285, 287, 289, 295, 297, 298, 299, 302, 308, 310, 317, 330, 331, 332, 334, 338, 339, 342, 344, 351, 352, 353, 359, 365, 396, 404, 409, 438, 439, 442, 474, 475, 485, 491, 494, 496, 498, 503, 506, 528, 531, 546, 554

R

responsabilité sociale de l'entreprise · 166, 169

S

santé · 4, 9, 10, 13, 15, 17, 23, 61, 62, 78, 79, 80, 87, 91, 98, 100, 101, 103, 106, 111, 122, 134, 160, 177, 179, 180, 181, 185, 186, 187, 196, 198, 199, 200, 202, 205, 206, 207, 208, 211, 238, 242, 254, 261, 271, 279, 301, 303, 304, 305, 307, 313, 315, 321, 326, 335, 339, 349, 379, 381, 386, 391, 419, 424, 441, 444, 445, 448, 456, 465, 468, 481, 483, 484, 486, 489, 491, 494, 495, 497, 505, 516, 517, 519, 520, 525, 531, 540, 548, 549, 554, 555

SCC · 137, 152, 419, 423, 428, 455

Social · 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 22, 26, 33, 39, 69, 72, 76, 77, 79, 80, 81, 86, 88, 90, 91, 92, 93, 95, 98, 101, 104, 105, 112, 114, 115, 116, 117, 122, 124, 129,

135, 146, 147, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 164, 166, 167, 168, 189, 190, 207, 208, 210, 231, 250, 255, 257, 258, 263, 281, 292, 302, 304, 310, 323, 324, 326, 330, 333, 336, 347, 350, 360, 362, 364, 372, 402, 433, 438, 440, 441, 443, 445, 450, 452, 456, 457, 458, 459, 460, 462, 463, 468, 469, 470, 472, 474, 478, 480, 483, 488, 498, 508, 510, 515, 517, 518, 520, 521, 522, 523, 525, 526, 529, 530, 534, 540, 542, 543, 544, 546, 549, 552, 565, 568

socialisation · 2, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 68, 69, 70, 75, 81, 95, 96, 97, 98, 108, 110, 127, 128, 129, 135, 136, 153, 154, 159, 160, 164, 171, 172, 173, 193, 213, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 317, 318, 333, 334, 340, 341, 342, 348, 351, 360, 361, 362, 363, 435, 437, 499, 518, 533, 540, 544, 562, 565, 566, 567, 568

soumission · 19, 57, 189, 214, 224, 247, 283, 299, 301, 303, 311, 331, 343

standards · 15, 17, 18, 19, 20, 65, 70, 73, 74, 78, 79, 91, 92, 98, 99, 101, 103, 104, 108, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 124, 126, 145, 148, 151, 154, 155, 157, 158, 159, 162, 165, 166, 168, 180, 182, 184, 186, 190, 192, 193, 209, 231, 237, 252, 259, 262, 271, 272, 282, 314, 315, 317, 332, 333, 351, 359, 363, 404, 405, 434, 437, 450, 451, 453, 468, 470, 471, 482, 483, 491, 517, 540, 543, 555, 556, 559

suivi · 12, 16, 32, 105, 186, 192, 211, 232, 246, 250, 252, 253, 261, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 273, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 287, 288, 289, 290, 366, 392, 410, 496, 528, 530, 531, 549, 567

T

traitement juste et équitable · 20, 67, 70, 86, 126, 313, 315, 363, 364, 368, 402, 403, 404, 405, 406, 410, 412, 414, 415, 434, 471, 568

traitement national · 20, 51, 60, 62, 63, 65, 316, 346, 347, 401, 442, 444, 446, 447, 448

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|----|
| REMERCIEMENTS | 1 |
| LISTE DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES | 4 |
| SOMMAIRE..... | 8 |
| INTRODUCTION..... | 9 |
| PREMIÈRE PARTIE..... | 43 |
| LA SOCIALISATION RELATIVE DU DROIT CONVENTIONNEL DES INVESTISSEMENTS..... | 43 |
| TITRE 1. LE TRAITEMENT INTÉGRÉ DES DROITS SOCIAUX DANS LE DROIT SUBSTANTIEL | 47 |
| CHAPITRE 1. LA DIMENSION SOCIALE DE LA SOURCE MATÉRIELLE DU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS | 49 |
| SECTION I. LE BESOIN REDUIT DU TRAITEMENT DES CONSIDERATIONS SOCIALES AVANT L'ADOPTION DES TBI | 51 |
| <u>Paragraphe 1. La protection imparfaite des investissements par le droit coutumier</u> | 53 |
| A. Le contexte colonial | 53 |
| B. Le contexte non colonial | 54 |
| <u>Paragraphe 2. L'intérêt modeste pour les préoccupations sociales</u> | 58 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 61 |
| SECTION 2. LE BESOIN ACCRU DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX DEPUIS L'ADOPTION DES TBI | 63 |
| <u>Paragraphe 1. Le caractère ambivalent de la socialisation</u> | 67 |
| La socialisation indirecte du | 69 |
| A. droit conventionnel | 69 |
| B. La socialisation tardive du droit international des investissements | 73 |

| | |
|--|-----|
| <u>Paragraphe 2. La prise en compte d'une forme indirecte de la socialisation imposée par le caractère ambivalent de la socialisation</u> | 79 |
| A. L'exclusion de certains aspects de la relation entre l'État d'accueil et les travailleurs étrangers de l'analyse de la socialisation | 79 |
| 1. La pratique conventionnelle relative aux aspects exclus de l'analyse | 80 |
| 2. L'analyse de la justiciabilité des droits concernés | 82 |
| B. La prise en compte de l'intérêt général à caractère social | 84 |
| 1. Le caractère dynamique du contenu de l'intérêt général droit international des investissements | 86 |
| a. Le contexte théorique de l'émergence de l'intérêt général | 86 |
| b. L'intérêt général en droit international des investissements | 87 |
| 2. Le lien intrinsèque entre droits sociaux et intérêt général en droit international des investissements | 89 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 94 |
| Conclusion du chapitre 1 | 95 |
| CHAPITRE 2. LA PORTÉE LIMITÉE DE LA SOCIALISATION DU DROIT CONVENTIONNEL | 96 |
| SECTION 1. LES LIMITES DE LA SOCIALISATION LIEES AUX DEFAUTS REDACTIONNELS | 97 |
| <u>Paragraphe 1. L'absence d'uniformité des sources formelles des droits sociaux</u> | 98 |
| A. La diversité des sources des obligations sociales de l'État | 99 |
| 1. L'imprécision relative aux législations sociales nationales | 99 |
| 2. L'imprécision relative aux sources des droits sociaux internationalement reconnus | 101 |
| B. La diversité des sources de responsabilité sociale des entreprises | 106 |

| | |
|---|-----|
| <u>Paragraphe 2. Le caractère interétatique dominant des références aux droits</u> | |
| <u>sociaux</u> | 109 |
| A. La justification économique des insuffisances rédactionnelles | 110 |
| 1. La théorie de la « race to the bottom » | 110 |
| 2. Les implications de la perception de la « race to the bottom » sur la rédaction des références relatives aux droits sociaux | 114 |
| a. Le caractère secondaire de la protection des droits sociaux..... | 115 |
| b. Le caractère interétatique conditionnant l’effectivité de la clause | 119 |
| B. La conséquence des limites rédactionnelles sur la place du tiers | 121 |
| 1. La supposition des effets positifs sur le titulaire des droits..... | 122 |
| 2. L’absence du traitement des effets négatifs de l’investissement sur les populations..... | 124 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 127 |
| SECTION 2. LES LIMITES DE LA SOCIALISATION LIEES A L’INTERPRETATION | |
| ARBITRALE | 128 |
| <u>Paragraphe 1. Les difficultés pratiques de l’interprétation des accords</u> | |
| <u>d’investissement</u> | 129 |
| A. L’incertitude de l’impact interprétatif des références relatives aux droits sociaux dans les accords d’investissement | 132 |
| 1. L’impact interprétatif possible des références relatives aux droits sociaux dans les..... | 133 |
| <i>accords d’investissement</i> | 133 |
| a. La diversification de l’objet et du but du traité | 134 |
| b. L’évolution de l’objet et du but du traité | 135 |
| 2. La réserve dictée par la pratique arbitrale relative à l’objet et au but du traité | 136 |

| | |
|---|-----|
| B. L’impact interprétatif des règles internationales de protection des droits sociaux externes aux accords d’investissement | 142 |
| 1. Les difficultés d’ordre juridique relatives aux caractéristiques des droits sociaux | 143 |
| a. L’exigence d’applicabilité des droits sociaux | 143 |
| b. L’exigence relative à la pertinence des traités de protection de droits sociaux | 147 |
| 2. Les difficultés d’ordre pratique liées à l’attitude des tribunaux | 151 |
| <u>Paragraphe 2. La prise en compte des difficultés pratiques de l’interprétation des accords d’investissement</u> | 154 |
| A. L’influence potentielle des références relatives aux droits sociaux sur l’objet et le but des accords d’investissement | 155 |
| B. L’impact de la socialisation sur l’étendue du champ d’application de la protection de l’investissement | 160 |
| 1. La socialisation implicite à travers l’aménagement du droit de l’État réglementer | 160 |
| 2. La socialisation explicite à travers les obligations sociales de l’investisseur | 165 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 169 |
| Conclusion du Chapitre 2 | 170 |
| Conclusion du Titre 1 | 171 |
| TITRE 2. LE TRAITEMENT SPÉCIFIQUE DU CONTENTIEUX RELATIF AUX DROITS SOCIAUX | 172 |
| CHAPITRE 3 : LE TRAITEMENT CONVENTIONNEL DU CONTENTIEUX DES DROITS SOCIAUX | 174 |
| SECTION 1. LA QUALIFICATION DE LA SPECIFICITE DE TRAITEMENT CONVENTIONNEL DES DIFFERENDS RELATIF AUX DROITS SOCIAUX | 175 |
| <u>Paragraphe 1. L’ambiguïté de la qualification du traitement des différends relatifs aux droits sociaux dans les TBI</u> | 176 |

| | |
|---|-----|
| <u>Paragraphe 2. La confirmation d'une qualification relative de la spécificité de traitement du contentieux des droits sociaux</u> | 181 |
| A- L'évolution des obligations sociales justiciables dans les accords commerciaux globaux | 182 |
| L'évitement d'un mécanisme juridictionnel de droits de l'homme | 186 |
| B- 186 | |
| 1. Le traitement spécifique du contentieux des droits sociaux | 186 |
| 2. Le défaut d'adaptation du mécanisme contentieux au caractère subjectif des droits sociaux | 190 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 194 |
| SECTION 2 – L'IMPLICATION CONTENTIEUSE DU TRAITEMENT SPECIFIQUE DES LITIGES RELATIFS AUX DROITS SOCIAUX | 195 |
| <u>Paragraphe 1. L'introduction pratique du problème</u> | 196 |
| A- Les éléments factuels pertinents de l'affaire | 196 |
| B- Les interrogations relatives à la défense des droits sociaux dans le contentieux arbitral relatif à l'investissement | 199 |
| <u>Paragraphe 2. Les obstacles découlant du défaut de traitement du contentieux des droits sociaux dans l'arbitrage d'investissement</u> | 204 |
| A. Les obstacles à caractère substantiel | 204 |
| 1. L'hypothèse de la réticence de l'État fondée sur les caractères juridiques des normes de droits sociaux | 205 |
| 2. L'hypothèse de la réticence de l'État fondée sur le principe de l'Estoppel..... | 210 |
| B. Les obstacles à caractère procédural..... | 213 |
| 1. L'obstacle procédural relatif aux demandes reconventionnelles. | 214 |
| 2. L'obstacle procédural relatif à l'admission d'un amicus curiae..... | 221 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 227 |
| Conclusion du chapitre | 228 |
| CHAPITRE 4. LA FONCTION PRÉVENTIVE DU TRAITEMENT SPÉCIFIQUE DU CONTENTIEUX DES DROITS SOCIAUX DES TRAVAILLEURS | 229 |
| SECTION 1. LA PREVENTION DES VIOLATIONS DES DROITS SOCIAUX PAR LE CONTROLE QUASI-JURIDICTIONNEL | 232 |

| | |
|--|-----|
| <u>Paragraphe 1. L’effectivité procédurale des droits sociaux</u> | 236 |
| A. L’effet de tremplin à l’expression des droits des travailleurs | 237 |
| B. La dynamique d’évolution du mécanisme vers le modèle juridictionnel | 244 |
| 1. Les leçons tirées de la pratique de l’ANACT | 245 |
| 2. La prise en compte des leçons de l’ANACT | 248 |
| <u>Paragraphe 2. L’effectivité substantielle des droits sociaux</u> | 251 |
| A. La tolérance de la dimension « d’orientation» du contrôle dans la pratique de l’ANACT..... | 253 |
| B. L’affirmation de la dimension « d’orientation » du contrôle dans la pratique post-ANACT | 259 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 266 |
| SECTION 2. LA PREVENTION DES VIOLATIONS DES DROITS SOCIAUX PAR LE SUIVI DES CONSTATATIONS | 267 |
| <u>Paragraphe 1. L’efficacité progressive du suivi</u> | 269 |
| A. L’absence d’une obligation d’exécuter la constatation du manquement | 270 |
| B. L’effet compensateur du suivi | 274 |
| 1- Le facteur économique de l’efficacité du suivi | 275 |
| 2- Le facteur politique de l’efficacité du suivi..... | 277 |
| a. L’efficacité relative du suivi dans la pratique de l’ANACT | 278 |
| b. L’efficacité renforcée du suivi dans la pratique post ANACT | 282 |
| <u>Paragraphe 2. L’efficacité perfectible du suivi</u> | 286 |
| Conclusion du chapitre | 290 |
| Conclusion du titre II | 291 |
| Conclusion de la première partie | 292 |
| DEUXIÈME PARTIE. | 294 |
| LA SOCIALISATION PERFECTIBLE DU CONTENTIEUX ARBITRAL RELATIF AUX INVESTISSEMENTS | 294 |
| TITRE 3. L’ÉVALUATION DE L’IMPACT DES ARGUMENTS DE DÉFENSE DES DROITS SOCIAUX | 297 |

CHAPITRE 5. L'EFFICACITÉ RELATIVE DE LA SOCIALISATION

DIRECTE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT 298

SECTION I. L'APPRECIATION POSITIVE DE LA SOCIALISATION DU CONTENTIEUX

D'INVESTISSEMENT 299

Paragraphe 1 : L'introduction du régime juridique des droits sociaux dans le contentieux arbitral 300

A. La présentation étendue du régime juridique des droits sociaux dans les mémoires des *amici curiae* 301

1. La démonstration de la qualité de titulaires de droits sociaux 304

a. L'affirmation d'un intérêt factuel des *amici* dans le litige 304

b. La présentation des droits sociaux menacés par l'activité d'investissement..... 309

2. La défense des obligations étatiques relatives aux droits sociaux..... 313

a. La tendance au positionnement en faveur des prétentions étatiques... 313

b. La tendance à la diversification des arguments de droits sociaux..... 315

B. La présentation sommaire des moyens de défense des droits sociaux par l'État 321

1. Le moyen de défense fondé sur l'argument relatif à la mise en œuvre des obligations sociales 322

2. Les moyens de défense tirés du droit international général 327

Paragraphe 2. La tentative d'extension du régime juridique des droits sociaux 332

A. La recherche du rejet des prétentions de l'investisseur 333

1. Les arguments relatifs à l'incompétence du tribunal arbitral 333

2. Les arguments relatifs au fond du litige 336

B. La mise en jeu de la responsabilité de l'investisseur 337

1. L'existence d'un fondement conventionnel ou contractuel à la mise en jeu de la responsabilité de l'investisseur..... 338

2. L'absence de fondement conventionnel ou textuel à la mise en jeu de la responsabilité de l'investisseur 341

Conclusion de la section 344

SECTION 2. L'EFFICACITÉ INCERTAINE DE LA SOCIALISATION DU CONTENTIEUX

ARBITRAL RELATIF AUX INVESTISSEMENTS..... 345

| | |
|---|-----|
| <u>Paragraphe 1. L'efficacité incertaine des arguments des tierces parties</u> | 346 |
| A. L'incertitude entretenue par le silence des tribunaux arbitraux | 346 |
| 1. Les motifs de qualification positive du silence des tribunaux..... | 346 |
| 2. Les manifestations neutres de la portée relative des arguments des amici | 351 |
| B. L'incertitude résidant dans la faiblesse des fondements textuels | 353 |
| <u>Paragraphe 2 : Le rejet de la défense de l'État</u> | 357 |
| A. La faiblesse de la défense de l'État tributaire de la présentation formelle de l'argumentation | 357 |
| B. La faiblesse de la défense de l'État tributaire de la qualité de l'argumentation | 361 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 364 |
| Conclusion du chapitre | 365 |
| CHAPITRE 6. LA DÉFINITION PROGRESSIVE DES MOYENS DE SOCIALISATION INDIRECTE DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT | 366 |
| SECTION 1. L'ENJEU DE LA PROTECTION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE DE L'ÉTAT DANS L'APPLICATION DU STANDARD DU TRAITEMENT JUSTE ET ÉQUITABLE | 371 |
| <u>Paragraphe 1. Le contenu extensible de la règle du traitement juste et équitable</u> | 372 |
| <u>Paragraphe 2. L'enjeu du respect pouvoir réglementaire dans la doctrine des attentes légitimes</u> | 375 |
| SECTION 2. LA PERFECTIBILITE DE LA PROTECTION DE L'INTERET GENERAL SOCIAL DANS L'ANALYSE DES ATTENTES LEGITIMES DE L'INVESTISSEUR | 378 |
| <u>Paragraphe 1. Les manifestations du respect du pouvoir réglementaire souverain</u> | 379 |
| A. La tentative de circonscription du comportement étatique fondateur des attentes légitimes | 380 |
| 1. L'émergence d'une approche volontariste de l'existence des attentes légitimes..... | 382 |
| 2. L'exigence par défaut de la spécificité de l'engagement | 386 |

| | |
|--|------------|
| B. La prégnance de la dualité factorielle dans l'établissement de la violation des attentes légitimes | 390 |
| <u>Paragraphe 2. La nécessité de traitement du problème de constance d'application des solutions arbitrales</u> | 395 |
| A. La nécessaire définition de critères d'établissement de la violation des attentes légitimes | 396 |
| B. La nécessaire clarification de la source formelle des attentes légitimes | 400 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 402 |
| Conclusion du chapitre 6 | 403 |
| Conclusion du Titre 3 | 403 |
| TITRE 4 : LE RENFORCEMENT DE L'IMPACT DES ARGUMENTS DE DÉFENSE DES DROITS SOCIAUX | 405 |
| <u>CHAPITRE 7 : L'UTILITÉ PROBATOIRE DE LA PRATIQUE ÉTATIQUE DE RESPECT DES DROITS SOCIAUX</u> | 407 |
| SECTION 1. LA NEUTRALITE DES REGLES PROBATOIRES VIS-A-VIS DES ARGUMENTS DE DEFENSE DES DROITS SOCIAUX | 409 |
| <u>Paragraphe 1. L'enjeu de la charge de la preuve pour la protection du pouvoir réglementaire étatique</u> | 410 |
| A. L'enjeu de la remise en cause du pouvoir réglementaire | 412 |
| B. L'enjeu de l'appréciation de l'indisponibilité de la preuve | 416 |
| <u>Paragraphe 2. Une intensité du contrôle indifférence à la charge des obligations sociales</u> | 419 |
| A. L'apport aléatoire de la marge nationale d'appréciation à l'allègement de la charge de la preuve de l'État | 420 |
| 1- Une importation discutée | 422 |
| 2- Une application minoritaire | 424 |
| B. La non-pertinence de l'exception de nécessité sociale | 429 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 437 |
| SECTION 2. LA DEMONSTRATION DU COMPORTEMENT RAISONNABLE DE L'ÉTAT. | 438 |

| | |
|---|-----|
| <u>Paragraphe 1. L'identification du comportement raisonnable</u> | 440 |
| A. Les traits généraux du comportement raisonnable | 442 |
| 1. La caution des autorités nationales aux contestations populaires | 442 |
| a. La forme législative..... | 443 |
| b. La forme contractuelle | 445 |
| 2. La prise en compte de l'intérêt de l'investisseur | 448 |
| B. Le comportement normal à prouver | 450 |
| 1. Le comportement normal dans la relation contractuelle | 450 |
| 2. Le comportement raisonnable dans la relation exclusivement conventionnelle | 454 |
| <u>Paragraphe 2. La preuve du comportement raisonnable</u> | 457 |
| A. La manifestation du comportement raisonnable dans la mise en œuvre d'un traité international | 458 |
| B. La fonction probatoire de la pratique des traités de protection des droits sociaux | 462 |
| 1. La méthodologie de l'utilité probatoire de la Convention-cadre OMS... | 462 |
| 2. L'application de la méthodologie aux traités de protection des droits sociaux | 465 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 467 |
| Conclusion du chapitre | 468 |
| CHAPITRE 8. LA PRATIQUE ÉTATIQUE AU SOUTIEN DE L'EFFECTIVITÉ SUBSTANTIELLE DES DROITS SOCIAUX | 469 |
| SECTION 1. LA PRATIQUE INTERNE DE LA RESPONSABILISATION JURIDIQUE DE L'INVESTISSEUR EN MATIÈRE DE DROITS SOCIAUX | 470 |
| <u>Paragraphe 1. La rareté des obligations internationales de l'investisseur</u> | 471 |
| A. La sanction du comportement de l'investisseur | 472 |
| B. L'absence d'obligations internationales non conventionnelles de l'investisseur | 478 |
| 1. Le droit coutumier | 479 |
| 2. Les principes généraux du droit international | 481 |

| | |
|---|-----|
| <u>Paragraphe 2. Les obligations sociales nationales de l'investisseur</u> | 483 |
| A. Les obligations sociales de l'investisseur dans les lois nationales | 484 |
| B. Les obligations contractuelles de l'investisseur en matière de droits sociaux | 488 |
| 1. Les obligations de l'investisseur | 488 |
| 2. La place des titulaires de droits sociaux..... | 494 |
| a. Une place ordinaire dans les contrats d'investissement..... | 494 |
| b. Une place particulière dans les accords sociaux | 497 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 500 |
| SECTION 2. L'IMPACT DE LA PRATIQUE ETATIQUE DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX | 501 |
| <u>Paragraphe 1. Les implications de la pratique étatique sur la responsabilité des titulaires des obligations internationales</u> | 501 |
| A. Le fondement à l'examen de la responsabilité de l'investisseur pour violation des droits sociaux | 502 |
| B. La justification du comportement étatique | 509 |
| <u>Paragraphe 2. Les implications de la pratique étatique sur la compétence du tribunal</u> | 513 |
| A. Des perspectives négatives de la compétence du tribunal d'investissement à l'égard des tiers | 513 |
| 1. <i>Les accords sociaux</i> | 514 |
| 2. Le cas des contrats d'investissement impliquant les tiers | 515 |
| a. Présentation | 515 |
| b. Observation | 517 |
| B. Les perspectives positives de l'établissement de la compétence du tribunal à l'égard de l'investisseur | 520 |
| 1. L'établissement normal de la compétence du tribunal du contrat à l'égard de l'investisseur | 520 |
| 2. L'établissement possible de la compétence du tribunal du traité à l'égard de l'investisseur | 522 |
| <i>Conclusion de la section</i> | 527 |
| Conclusion du chapitre | 527 |

| | |
|---|------------|
| Conclusion de la deuxième partie..... | 528 |
| CONCLUSION | 529 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 535 |
| 1. OUVRAGES GÉNÉRAUX | 538 |
| 2. OUVRAGES SPÉCIALISÉS | 539 |
| 3. THÈSES | 559 |
| 4. R.C.A.D.I..... | 560 |
| 5. ARTICLES | 561 |
| a. ARTICLES DE REVUE | 561 |
| b. CONTRIBUTIONS A DES OUVRAGES COLLECTIFS | 578 |
| c. ARTICLES DE JOURNAUX EN LIGNE, DOCUMENTS DE TRAVAIL DE RECHERCHE ET BILLETS DE BLOG | 593 |
| 6. ARRÊTS ET DÉCISIONS DES COURS ET TRIBUNAUX..... | 595 |
| a. ARRÊTS ET AVIS DE LA CPJI ET DE LA CIJ | 595 |
| b. ARRÊTS DE LA COUR EDH | 596 |
| c. DÉCISIONS ET SENTENCES DE COMMISSIONS DE RÉCLAMATIONS MIXTES | |
| d. DECISIONS ET SENTENCES DES TRIBUNAUX ARBITRAUX D'INVESTISSEMENT | 596 |
| e. DÉCISIONS DE COURS NATIONALES | 612 |
| 7. CONSTATATIONS, OBSERVATIONS, RAPPORTS DES ORGANES QUASI- JURIDICTIONNELLES..... | 612 |
| a. OBSERVATIONS GÉNÉRALES DU CODESC | 612 |
| b. CONSTATATIONS DES PANELS D'EXPERTS | 614 |
| c. RAPPORTS DES BUREAUX ADMINISTRATIFS NATIONAUX (ALENA) | 614 |
| d. CONSULTATIONS MINISTÉRIELLES (ALENA) | 615 |
| 8. DEMANDES ET MEMOIRES DES PARTICULIERS..... | 616 |

| | | |
|-----|--|-----|
| a. | DEMANDES ET MÉMOIRES D'AMICUS CURIAE | 616 |
| b. | DEMANDES AUPRES DES BUREAUX ADMINISTRATIFS NATIONAUX (ALENA) | 618 |
| 9. | RAPPORTS ET DOCUMENTS DE SUIVI DE MISE EN OEUVRE DES CONSTATATIONS ET AUTRES DOCUMENTS SIMILAIRES | 620 |
| 10. | TRAITÉS | 621 |
| a. | TRAITÉS CONSTITUTIFS D'INSTITUTIONS INTERNATIONALES | 621 |
| b. | TRAITÉS DE PROTECTION DE DROITS DE L'HOMME | 621 |
| c. | AUTRES TRAITÉS DIFFÉRENTS DES ACCORDS D'INVESTISSEMENT | 623 |
| 11. | ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT | 623 |
| a. | TRAITÉS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT (TBI) | 623 |
| b. | ACCAORDS DE LIBRE-ECHANGE (ALE) | 638 |
| 12. | LOIS NATIONALES..... | 641 |
| a. | LOIS D'INVESTISSEMENT | 641 |
| b. | LES LOIS SUR LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES ENTREPRISES | 644 |
| 13. | LES CONTRATS D'INVESTISSEMENT | 644 |
| a. | CONTRATS D'INVESTISSEMENT | 644 |
| b. | CONTRATS D'INVESTISSEMENT (ACCORDS SOCIAUX) | 647 |
| 14. | RÈGLES DE PROCÉDURE ARBITRALE..... | 648 |
| 15. | RESOLUTIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES, DÉCLARATIONS ET AUTRES DOCUMENTS | 648 |
| 16. | RAPPORTS | 649 |
| 17. | WEBSITES | 650 |
| a. | DROITS DE L'HOMME | 650 |
| b. | DROIT DES INVESTISSEMENTS | 650 |
| c. | DROIT GENERAL | 651 |
| d. | AUTRES | 651 |
| | INDEX..... | 652 |

TABLE DES MATIÈRES..... 656

Résumé de la thèse

Résumé en français :

Les deux thématiques composant le sujet visent deux catégories différentes de personnes dont la protection incombe à un même État. D'une part, les droits sociaux des personnes relevant de la juridiction d'un État sont les droits consacrés (non exclusivement) par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les droits protégés par certaines conventions conclues dans le cadre de l'Organisation internationale du travail. A titre illustratif, sont concernés les droits inclus dans le droit à un niveau de vie suffisant et les droits fondamentaux des travailleurs tels qu'ils sont repris dans la Déclaration de l'OIT de 1998. D'autre part, le droit international des investissements protège l'investisseur et l'investissement étrangers sur le territoire d'un État d'accueil au moyen de nombreux accords internationaux prévoyant généralement le recours à l'arbitrage international en cas de litiges. L'étude questionne la relation entre ces deux thématiques.

La pratique conventionnelle et le contentieux arbitral relatifs aux investissements ont semblé présenter comme antagoniques les obligations de l'État en vertu des accords internationaux d'investissement et ses obligations en matière de droits sociaux. Les développements récents du droit international des investissements ne mettent pas seulement en doute cette idée, ils suscitent une interrogation qui est relative à la réalité de la volonté des États de rendre effectifs les droits sociaux dans leur pratique du droit international des investissements. Précisément, ils donnent l'occasion de se demander si l'attitude des États respectivement en tant que partie aux accords d'investissement, puis en tant que parties à l'arbitrage d'investissement répond vraiment à une prise en compte de leurs obligations relatives aux droits sociaux. À cette fin, on peut d'abord observer, dans la forme, une socialisation progressive du droit conventionnel comme du discours argumentatif tenu à l'occasion de contentieux arbitraux relatifs aux investissements. Au-delà, l'analyse de la portée de la socialisation invite à conclure ensuite, dans le fond, que l'effectivité des droits sociaux dans ce domaine demande davantage que la révision des accords d'investissement tels qu'elle apparaît dans les traités récents. La conclusion tient moins à des contraintes juridiques liées à un conflit entre les obligations de l'État, ou encore à la nature des obligations relatives aux droits sociaux qu'à l'effectivité et à

l'efficacité de la défense des droits sociaux par l'État dans ses relations économiques internationales.

Résumé en anglais :

The two areas of international law that form the subject matter are aimed at different categories of persons whose protection is incumbent on the same State. On the one hand, the social rights of persons under the jurisdiction of a State are the rights enshrined (not exclusively) in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the rights protected by certain conventions of the International Labour Organization. By way of illustration, these include the rights included in the right to an adequate standard of living and the fundamental rights of workers as set out in the 1998 ILO Declaration. On the other hand, international investment law protects the foreign investor and his investment in the territory of a host State, mainly through numerous international agreements that generally provide for recourse to international arbitration in the event of disputes. The study questions the relationship between these two themes through the prism of the effectiveness of social rights.

The Treaty practice and the case law in investor-state arbitration have seemed to present both the State's obligations under international investment agreements and its obligations in relation to social rights as antagonistic. Recent developments in international investment law not only call this idea into question, they also raise questions about the willingness of States to give effect to social rights issues. Specifically, they provide an opportunity to ask whether the conduct of States, respectively when they are negotiating investment agreements and/or when they are acting as defendant before investment tribunals, really does take into account their obligations relating to social rights. To this end, we can first observe, in form, a socialization of treaty law as well as of argumentative discourse during investment arbitrations. Beyond that, an analysis of the scope of socialization leads to the conclusion that the effectiveness of social rights in this field requires more than the reform of investment agreements as they appear in recent treaties. The conclusion has less to do with legal constraints linked to a conflict of State's obligations or with the legal nature of social rights obligations than with the effectiveness and efficiency of the defence of social rights by a State in its international economic relations.