



27-28 March 2008

# GLOBAL FORUM VII

ON International Investment

## INVESTISSEMENTS ET DROITS DE L'HOMME

*Lahra Liberti*

### **Session 2.2.: The policy framework for investment: the social and environmental dimensions**

Lahra Liberti is Advisor on International Investment Law, Investment Division, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs. This article was originally published in P. Kahn, T. Wälde (ed.), *New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 791-852. It is reproduced with the kind permission of the Hague Academy of International Law to be distributed as part of the background material for the relevant sessions in the programme. The views contained within do not necessarily represent those of the OECD or its member governments.

OECD Global Forum on International Investment  
OECD Investment Division  
[www.oecd.org/investment/gfi-7](http://www.oecd.org/investment/gfi-7)

**16****Investissements  
et droits de l'homme****Lahra Liberti \*****SECTION 1 INTRODUCTION ET OBJET DE L'ÉTUDE**

L'accélération du processus d'intégration économique par la privatisation, la libéralisation et la dérégulation a été accompagnée sur le plan juridique par l'élaboration d'outils de protection des investissements, notamment les traités bilatéraux et multilatéraux, dont le but principal est la défense de la propriété et la protection des investissements contre toute interférence illégitime des Etats. La privatisation du contentieux international relatif aux investissements internationaux, par le biais du droit accordé aux investisseurs de saisir les tribunaux arbitraux contre l'Etat pour faire valoir les violations de règles contenues dans les traités, a permis de consacrer et d'élargir la protection des investissements étrangers et de créer un milieu favorable au déroulement de leurs opérations<sup>1</sup>.

L'approche strictement fonctionnelle adoptée dans l'analyse du droit international des investissements, bien que nécessaire pour répondre aux

\* Docteur en droit, Université de Rome La Sapienza et Université Paris I (Panthéon-Sorbonne). *Assegnista di ricerca* en droit international, Université de Rome La Sapienza. *Reserch fellow in Public International Law*, British Institute of International and Comparative Law. *Lawyer*.

1. Sur la banalisation de la saisine unilatérale par l'investisseur, voir G. Burdeau, «Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats», *Revue de l'arbitrage*, n° 1, 1995, pp. 3-38, spéc. pp. 10 ss. Sur le rapprochement purement descriptif entre le droit de saisir un tribunal arbitral et le droit d'action dont jouissent les individus devant la Cour européenne des droits de l'homme, voir p. 16:

«En réalité le rapprochement paraît davantage s'imposer avec le mécanisme de recours individuel prévu par la Convention européenne des droits de l'homme, en dépit des différences évidentes et importantes qui existent entre les deux systèmes. Mais la «philosophie» des deux mécanismes paraît la même: il s'agit dans l'un et l'autre cas d'ouvrir à des particuliers non identifiés à l'avance un droit de recours direct contre un Etat en vue de sanctionner le respect de l'engagement pris par ce dernier dans un traité international d'accorder un certain traitement à des personnes privées.»

exigences objectives de garantie des flux des investissements internationaux, n'est plus, en tant que telle, suffisante. Le temps est venu de s'interroger sur l'existence d'un paradoxe : les conventions bilatérales et multilatérales sur les investissements, par le biais des clauses d'arbitrage pour le règlement des différends entre Etat et investisseurs, aboutissent à l'attribution matérielle, sinon déjà formelle<sup>2</sup>, de droits internationaux au

2. Sur ce point, voir T. Wälde, « Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience », dans Horn et Kröll, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2004, pp. 193-235, spéc. p. 199 :

« There is one factor distinguishing the ECT — as all other modern investment treaties — from the type of intergovernmental treaty the Vienna Convention had in mind : the investment treaties (including the ECT) bestow direct rights on non-state actors. This is a relatively new phenomenon in international law and reinforces the view that investment treaties can perhaps be conceptualized as a special type of “human rights treaties”. »

C. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *Recueil des cours*, tome 302 (2003), pp. 197-386, spéc. p. 309, qui à propos de l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur sur le fondement d'un traité observe que : « [o]n est bien dans le cas de figure de l'individu qui se réclame des droits qu'il tire d'un instrument international, ici le traité, qui attire l'Etat devant une juridiction que l'on peut dire internationale ». Cf. aussi Z. Douglas, « The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration », *British Year Book of International Law*, 2003, pp. 151-289, spéc. p. 183 et p. 188 :

« Investment treaties are mentioned explicitly in the ILCs commentary to article 33(2) as giving rise to a situation where a “primary obligation is owed to a non-State entity” and such entity has the possibility of invoking state responsibility “on its own account and without the intermediation of any State”. »

Le lecteur pourrait s'attendre, après ces références à une doctrine favorable à la conception d'un droit international non strictement interétatique, à trouver quelques réflexions sur la question incontournable de l'identification des sujets du droit international et sur la possibilité que les entreprises soient qualifiées de sujets de droit international. On ne prétend pas donner ici de réponses à cette question fondamentale qui, une fois abordée, exigerait une réflexion approfondie sur les sujets du droit international, ce que l'on ne saurait pas inclure sans trop nous éloigner des buts plus modestes de cette recherche. N'ayant pas pour objectif de formuler une réflexion dogmatique sur les sujets du droit international, on se bornera à constater que l'approche prédominante adoptée par la doctrine favorable à la révision de la théorie classique des sujets se fonde sur le relativisme *fonctionnel*. Voir P.-M. Dupuy, « Sur les rapports entre sujets et « acteurs » en droit international contemporain », dans L. C. Vohrah, F. Pocar, Y. Featherstone, O. Fourmy, C. Graham, J. Hocking et N. Robson (dir. publ.), *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Londres, New York, 2003, pp. 261-278, spéc. pp. 267-268 ; *Id.*, « Retour sur la théorie des sujets du droit international », *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, 2004, pp. 71-84, spéc. p. 80 :

« Dans le cas d'attribution de personnalité internationale à une entreprise privée étrangère dans le cadre du droit international des investissements, on sera en présence d'une personnalité mono-fonctionnelle et temporaire, conçue pour la satisfaction d'une seule relation contractuelle. »

I. Seidl-Hohenveldern, « The Theory of Quasi-international and Partly Interna-

profit des investisseurs, tandis que l'on ne voit pas surgir les devoirs cor-

«tional Agreements», *Revue belge de droit international*, t. II, 1975, pp. 567 ss., spéc. p. 570 :

«If it is possible to recognize international organization, insurgents etc. as subjects of international law and if some authors at least consider that even individual human beings under certain circumstances may be subject of international law, why should a State be prevented from recognizing its partner to such a contract as a subject of international law? Of course such recognition does not mean that the State recognizes its partner to such a contract as a subject enjoying all rights and duties due to a State. The private party is recognized as a subject of only those rights and duties, as are embodied in the contracts concerned.»

P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Paris, 2000, p. 634 :

«la doctrine commence à percevoir dans une telle évolution l'émergence de l'entreprise privée comme sujet de droit international public. Lorsqu'on rapporte en effet cette évolution procédurale à la question substantielle du droit applicable prévu par les conventions bilatérales et multilatérales précitées, on constate qu'il s'agit le plus souvent du droit international. ... Jointe à l'invocabilité directe de l'arbitrage précédemment décrite, cette phase nouvelle du remembrement coutumier du droit international des investissements pourrait ainsi parvenir à la confirmation de l'existence d'un «droit international des contrats» entre Etat et personne privée étrangère dont la sentence *Texaco*, pourtant si décriée sur ce point, s'était fait l'apôtre.»

F. Poirat, «L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées», *Revue générale de droit international public*, n° 1, 1998, pp. 45-82, spéc. p. 74 :

«l'évolution du droit conventionnel dans le registre des investissements internationaux contribue très largement à faire de la personne privée, sujet de droit interne, un sujet de droit international ayant une personnalité et une capacité internationales. Se dessine ainsi nettement la même évolution que celle qui informe le droit conventionnel dans le cadre de la protection des droits de l'homme : la personne privée, «homme» ou «investisseur», passe du statut international d'objet à celui de sujet capable.»

Les faiblesses de cette analyse sont mises en évidence par F. Rigaux, «Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale», *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 435-459, spéc. pp. 444-445 :

«On s'interroge toutefois sur l'origine de cette capacité exceptionnelle et volatile (limitée à un seul contrat) : naît-elle du contrat lui-même, c'est-à-dire des volontés concordantes des deux parties ou bien est-ce l'Etat qui, par une espèce d'adoubement, introduit son partenaire dans le cercle enchanté des sujets du droit des gens? ... pour être «internationalisé» le contrat doit être conclu par des personnes ayant une capacité juridique, au moins limitée, de sujets du droit international, mais cette qualité, une des parties devrait la trouver dans le contrat lui-même, c'est-à-dire la tirer, au moins pour une part, de sa propre volonté.»

Voir également A. Giardina, «State Contracts : National Versus International Law», *Italian Yearbook of International Law*, 1980-1981, pp. 147-170, spéc. p. 150 :

«the general structure of the legal order cannot be modified case by case through single acts by States "admitting" into the international society foreign enterprises acting as their counterparts. The idea of consti-

respondants<sup>3</sup>, dans un contexte qui tend à la marginalisation de l'intérêt général<sup>4</sup>. La question qui se pose aujourd'hui est celle d'établir quelles corrélations existent entre le droit international des investissements et les autres domaines du droit international, afin de tenir compte des valeurs non marchandes en général et de la protection des droits de l'homme en particulier.

Jusqu'à présent la question des rapports entre droit international des investissements et droits de l'homme n'a pas été abordée de façon systématique, même si le problème en soi n'est pas nouveau, puisqu'il s'est déjà posé à plusieurs reprises à partir des années soixante et soixante-dix<sup>5</sup>.

tutive recognition, now generally rejected as far as States are concerned, cannot be reutilised for the more limited aim of placing a contractual relationship between a State and a foreign enterprise at an international public level» ;

E. Gaillard, «Chronique des sentences arbitrales», *Journal du droit international*, n° 1, 2004, p. 214 :

«Le paradoxe — et l'infirmité congénitale — du contrat «internationalisé» tient au fait qu'il s'agissait d'une norme de droit privé, le contrat, conclu entre une personne de droit privé et un sujet de droit international — qui devait puiser la source de sa validité dans un ordre juridique ou dans un autre, qui prétendait de se hisser lui-même au rang d'instrument du droit international. En ont résulté les polémiques que l'on connaît sur la source de l'internationalisation, «le mythe de l'ordre juridique de base» et sur ses conséquences exactes tant à l'égard des personnes de droit privé, qu'elle prétendait élever à la dignité de sujets du droit international, qu'à l'égard de l'Etat, qui paraissait avoir aliéné ses prérogatives de souveraineté.»

3. M. A. Bekhechi, «Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 109-124, spéc. p. 118 :

«La communauté internationale actuelle exige la formulation d'un nouveau concept de responsabilité pour répondre aux besoins du développement. La légitimité du concept traditionnel de la responsabilité sera mise à rude épreuve aussi longtemps qu'il ne fournira qu'une base à la protection de l'investissement étranger contre les intérêts souvent légitimes des pays d'accueil. Un système qui n'aborde un problème que du côté d'un seul partenaire ne peut être considéré comme un système international juste : aussi faut-il considérer comme juste un système qui protège les intérêts des investisseurs mais qui impose des restrictions et des obligations appropriées aux sociétés transnationales en vue de promouvoir une réelle économie du développement des pays d'accueil.»

4. F. Horchani, «Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation», *Journal du droit international*, n° 2, 2004, pp. 367-441, spéc. p. 412 :

«Au nom de la protection des droits des investisseurs étrangers prévue par l'accord, les politiques publiques des Etats sont mises en cause dans des domaines sensibles tels que l'environnement, l'eau, la santé, la consommation, la souveraineté judiciaire.»

5. M. A. Bekhechi, *op. cit.*, spéc. p. 113.

L'étude se propose avant tout de référencer les situations dans lesquelles des conflits apparaissent entre la protection des investissements et la protection des droits de l'homme (section 2). Leur portée juridique nous intéressera ensuite : il s'agit de savoir si ces conflits aboutissent à une véritable incompatibilité entre les deux groupes de normes ou bien à la constatation de l'existence de simples interactions ou interférences dans la mise en œuvre des obligations internationales relevant de ces deux domaines différents du droit international (section 3).

L'analyse est consacrée ensuite à l'appréciation du contenu des traités de promotion et protection des investissements (section 4), afin de mettre en évidence les références positives aux droits de l'homme ou aux valeurs non marchandes, qui, dans une démarche interprétative, pourraient garantir l'effectivité de la protection des droits de l'homme dans le contexte des investissements.

La méthode choisie est donc strictement positive : on se bornera à explorer les moyens disponibles, *de jure condito*, pour que la protection des droits de l'homme soit assurée dans le domaine des investissements internationaux, afin de rétablir dans le contentieux arbitral un équilibre raisonnable entre la protection des intérêts des investisseurs et la protection des intérêts de l'Etat ou des personnes qui relèvent de sa juridiction.

La question se pose alors de savoir si, dans quelle mesure et à qui (Etat et/ou investisseurs), les normes de protection des droits de l'homme sont applicables dans le contentieux arbitral opposant l'investisseur à l'Etat (section 5)<sup>6</sup>.

Une fois démontrée l'absence de contraintes structurelles s'opposant à la prise en compte des droits de l'homme dans le domaine des investissements, la voie est ouverte à l'analyse comparative des normes de protection des investissements et des normes de protection des droits de l'homme et à la possibilité par les tribunaux arbitraux, saisis sur le fondement d'un traité bilatéral ou multilatéral, d'en déterminer les conséquences sur la responsabilité de l'Etat et/ou de l'investisseur.

6. On a retrouvé l'esprit et les enjeux qui animent cette recherche dans les interrogations de P. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, 1999, pp. 381-395, spéc. p. 388 :

« L'hypothèse — car ici il y a plus de questions que de constatation concluante — est la suivante : puisque la mondialisation de l'économie a entraîné celle de l'arbitrage, celui-ci, en retour, pourrait-il en devenir une instance régulatrice, juridictionnelle ou amiable, qui en réglerait les conflits et même en élaborerait certaines normes ? Pourrait-il, et dans quelle mesure, se substituer aux pouvoirs étatiques en recul et favoriser l'ébauche, dans ce monde où les marchés sont devenus souverains, d'un nouvel ordre international, d'une nouvelle justice dans les relations économiques internationales ? »

La question se pose enfin de savoir s'il est possible de concevoir une quelconque hiérarchie entre ces deux catégories de normes internationales<sup>7</sup>.

## SECTION 2 ÉTUDE DE CAS : LES INTERFÉRENCES ET INTERACTIONS ENTRE INVESTISSEMENTS ET DROITS DE L'HOMME DANS LA PRATIQUE INTERNATIONALE DES ORGANES DES NATIONS UNIES ET DANS LA PRATIQUE DES TRIBUNAUX INTERNES

L'étude des cas relevant de la pratique des Nations Unies et des tribunaux internes témoigne à la fois de l'actualité persistante du problème soulevé et de la nécessité de ne pas dissocier les droits de l'homme du droit international des investissements, ce que les juristes les plus avertis ont déjà remarqué<sup>8</sup>. Les conflits se manifestent dans deux

7. L. Boy, « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile », *Revue internationale de droit économique*, n<sup>os</sup> 3-4, 2003, pp. 471-493, spéc. p. 484 :

« Un auteur a montré la délicate conciliation entre une Europe des marchands et une Europe des droits de l'homme. Le problème tient à la multiplication de traités, par définition non hiérarchisés entre eux et qui appréhendent des faits identiques mais avec des logiques différentes. »

8. T. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, Pedone, 2004, p. 9, qui souligne la nécessité de réorganiser entièrement la « présentation » du droit international des investissements, compte tenu non seulement des questions d'accès libre et non discriminatoire, mais aussi du développement des valeurs environnementales et sociales, droits de l'homme inclus. G. Farjat, « Le droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique) », *Revue internationale de droit économique*, n<sup>o</sup> 16, 2002, pp. 154-166, spéc. p. 154 :

« Mais comment ne pas s'intéresser aux rapports du droit et de l'économie à l'époque contemporaine ? Animée par « l'espérance d'un monde habitable », c'est en partant des droits de l'homme que Mireille Delmas-Marty a entrepris ses recherches sur la mondialisation. Mais lui est apparue très vite « la nécessité de ne pas dissocier les droits de l'homme du droit économique, tant il est vrai que l'économie est devenue le moteur de la mondialisation » et qu'il fallait apprendre à conjuguer économie et droits de l'homme pour inventer un droit commun réellement pluraliste.

« Nier la tendance hégémonique de l'économie dans les processus qui animent le monde contemporain serait une attitude qui relève de l'observation de Pascal : « qui fait l'ange fait la bête ». ... Le marché, l'entreprise, les valeurs économiques, la consommation constituent les mécanismes formels dominants de la société contemporaine ... le droit économique devrait essentiellement avoir pour objet de poser des limites à l'économie. »

*Id.*, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, n<sup>os</sup> 3-4, 2003, pp. 511-531, spéc. p. 529 :

secteurs économiques principaux : l'exploitation des ressources naturelles et la privatisation des services.

**Paragraphe 1 L'exploitation des ressources naturelles et les droits de l'homme**

*A. L'action du Conseil de sécurité*

Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies ont, à plusieurs reprises, touché directement ou indirectement la question des rapports entre investissements et droits de l'homme dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelles. Le précédent historique le plus connu est celui du régime des sanctions contre l'*apartheid* pratiqué en Afrique du Sud et en Namibie. Des entreprises poursuivaient leurs activités malgré l'obligation d'abandonner toute sorte de relation économique avec l'Afrique du Sud. Cette conduite a directement été prise en compte dans les nombreuses résolutions qui dénonçaient ces violations de l'application du régime des sanctions.

La Commission des droits de l'homme, de son côté, dans sa résolution 7 (XXXIII) du 4 mars 1977, affirma avec détermination que

« les accords de coopération nucléaire et les activités économiques des sociétés nationales et multinationales en ... Namibie ... constituent des actes flagrants de complicité dans le crime d'*apartheid* et d'incitation à poursuivre la politique de discrimination raciale et de colonialisme »<sup>9</sup>.

---

« Comme l'a écrit M. Delmas-Marty la mondialisation se fait sous deux pôles juridiques : le droit économique et les droits de l'homme. Les juristes de chacune de ces disciplines doivent avoir le souci de l'autre lorsqu'ils envisagent la mondialisation. Les juristes de droit économique ne doivent pas se comporter en greffier du pouvoir économique, comme leurs ancêtres l'ont été du pouvoir politique et religieux. »

9. C.-H. Thuan, « Sociétés transnationales et droits de l'homme. Essai de synthèse sur les travaux des Nations Unies », dans R. Draï, *Multinationales et droits de l'homme*, Amiens, PUF, 1984, p. 43 ss, spéc. p. 82 :

« le problème des rapports entre les sociétés transnationales et les droits de l'homme n'a jamais été abordé de front, de façon systématique et globale. ... On ne voit que deux cas où les sociétés transnationales sont catégoriquement accusées de violation des droits de l'homme : au Chili et en Afrique du Sud. La Commission des droits de l'homme, dans sa résolution 9 (XXXIII) du 9 mars 1977, invita la sous-commission à entreprendre une étude sur la situation des droits de l'homme au Chili. M. Cassese fut désigné rapporteur spécial. En ce qui concerne les investissements des sociétés transnationales, il ressort de son étude que le Chili de Pinochet modifia sa législation en vigueur pour leur accorder toutes sortes de facilités, et il se retira du Pacte andin pour que ne fussent pas appliqués à leur

Dans la pratique récente du Conseil de sécurité, cette tendance relative à la prise en compte de l'incidence des activités économiques privées dans la mise en œuvre des sanctions pour assurer, entre autres choses, la protection effective des droits de l'homme a connu une expansion significative. Le problème s'est posé surtout pour les opérations d'investissements réalisées par les entreprises transnationales dans des zones de conflit. Le risque qu'elles se rendent complices de graves violations des droits de l'homme, commises, le plus souvent, par les organes étatiques, devient de plus en plus courant. A ce propos, il convient de rappeler qu'en 2000 le Conseil de sécurité a demandé au Secrétaire général des Nations Unies la mise en place d'un groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles en République démocratique du Congo. Sous mandat du Conseil de sécurité, le groupe d'experts a réuni les informations sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et les liens existant entre celle-ci et la poursuite du conflit dans le pays et il a formulé des recommandations sur l'adoption des sanctions adressées directement aux entreprises. Le groupe d'experts a mis en évidence le rôle déterminant joué par le secteur privé dans l'exploitation illégale des ressources et la poursuite de la guerre et il a dressé une liste des entreprises impliquées dans ces activités, qui alimentent le conflit en cours et ajoutent aux violations des droits de l'homme.

Il a ainsi demandé au Conseil de sécurité d'imposer des restrictions spécifiques (gel des avoirs et interdiction d'accès aux financements) à un certain nombre d'entreprises commerciales et d'individus qui se livrent aux types d'exploitation criminelle et illicite visés dans le rapport. Le groupe a dressé une seconde liste contenant les noms des entreprises qui ne respectent pas les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE<sup>10</sup>.

---

égard les règlements plus ou moins rigoureux qui y étaient prévus pour défendre la souveraineté nationale. Selon le rapporteur, les nombreux avantages ainsi offerts aux investissements étrangers n'étaient que la traduction des violations des droits de l'homme des travailleurs chiliens tant dans leurs dimensions politique et civile qu'économique et sociale. Ces investisseurs sont ouvertement invités à transgresser ces droits pour augmenter leurs profits. Pour ce qui est du rapport entre activités des sociétés transnationales et droits de l'homme en Afrique du Sud, la Commission des droits de l'homme avait déjà réaffirmé dans sa résolution 7 (XXXIII) du 4 mars 1977 que les activités économiques des sociétés transnationales en Afrique australe constituaient des actes caractérisés de crimes contre l'humanité et encouragement à la poursuite de la politique de discrimination raciale et de colonialisme.»

10. Nations Unies, doc. S/2002/1146, 16 octobre 2002, lettre datée du 15 octobre 2002 adressée au président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général contenant le rapport final du Groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesse de la République démocratique du Congo.

Les rapports présentés par le groupe d'experts représentent le premier exemple d'analyse approfondie du rôle des entreprises qui investissent dans des zones de conflit.

La majorité des entreprises visées dans les rapports se sont confrontées avec le groupe d'experts et certaines d'entre elles ont reconnu avoir porté atteinte par leur conduite à la jouissance des droits de l'homme ; elles ont pris des mesures correctives ou bien elles se sont engagées à le faire dans des délais précis. Un certain nombre de firmes américaines et européennes ont rompu leurs liens avec les entreprises congolaises dont l'éthique commerciale n'était pas conforme aux normes internationales, notamment pour ce qui était de s'assurer qu'il n'y avait pas des « diamants de sang » dans leurs marchandises.

### *B. La pratique judiciaire des tribunaux internes en matière internationale*

C'est la pratique récente des tribunaux internes aux Etats-Unis qui offre l'exemple le plus frappant des fortes tensions qui peuvent se produire à l'égard de la protection des droits de l'homme lors de la réalisation d'un investissement dans le secteur de l'exploitation des ressources naturelles.

Depuis quelques années, les victimes de graves violations des droits de l'homme commises à l'étranger ont intenté des actions civiles contre les entreprises transnationales devant les tribunaux fédéraux sur le fondement des dispositions de l'*Alien Tort Claims Act* (ci-après *ATCA*) pour obtenir la réparation des préjudices subis en raison de la réalisation des projets d'investissement.

L'*ATCA* dispose :

« the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »<sup>11</sup>.

D'après un arrêt récent rendu par la Cour suprême des Etats-Unis, dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*,

11. 28 USCS, par. 1350. Il convient de préciser que l'analyse qui suit se borne à mettre en évidence les développements substantiels les plus récents de la jurisprudence *ATCA*, sans aborder la question de l'exercice de la compétence juridictionnelle. Cf. sur ce dernier point H. Muir-Watt, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain : réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 2003, pp. 883-901 ; I. Moulrier, « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. XLIX (2003), pp. 129-164.

« the statute [de l'ATCA] is in terms only jurisdictional, . . . at the time of enactment the jurisdiction enabled federal courts to hear claims in a very limited category defined by the law of nations and recognized at common law »<sup>12</sup>.

Cette interprétation ouvre une voie de recours aux ressortissants étrangers pour obtenir réparation des préjudices subis à cause de la conduite des entreprises contraires au droit international, coutumier ou conventionnel, où que celle-ci ait été mise en place.

Sur cette base, les tribunaux américains ont affirmé, dans l'affaire *Doe v. Unocal*<sup>13</sup>, le principe de la responsabilité des entreprises pour leur comportement contraire aux normes internationales « definable, obligatory (rather than hortatory) and universally condemned »<sup>14</sup>. Par la suite, les actions intentées surtout contre les entreprises transnationales du pétrole comme Unocal, Shell, Talisman, Chevron et British Petroleum, pour ne mentionner que les plus connues, se sont multipliées de façon impressionnante.

Les premières affaires datent de la seconde moitié des années quatre-vingt-dix.

Depuis 1996, la société américaine Unocal, qui faisait partie du consortium pour la mise en œuvre du projet d'investissement « Yadana » au Myanmar, a fait l'objet d'une procédure judiciaire pour complicité dans la pratique du travail forcé employé par les militaires birmans sur le

12. Cour suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain et al.*, 29 juin 2004, p. 17. Cf. aussi p. 24 :

« Still, the history does tend to support two propositions. First, there is every reason to suppose that the First Congress did not pass the ATS as a jurisdictional convenience to be placed on the shelf for use by a future Congress or state legislature that might, some day, authorize the creation of causes of action or itself decide to make some element of the law of nations actionable for the benefit of foreigners. The anxieties of the pre-constitutional period cannot be ignored easily enough to think that the statute was not meant to have a practical effect. »

Cf. p. 25 :

« The sparse contemporaneous cases and legal materials referring to the ATS tend to confirm both inferences, that some, but few, torts in violation of the law of nations were understood to be within the common law. »

13. *Doe I v. Unocal Corp.*, 963 F. Supp. 880 (CD Cal. 1997), (*motion to dismiss in part granted and in part denied*); 110 F. Supp. 2d 1294 (CD Cal. 2000); US Court of Appeals (9th Cir. 2002) US App. LEXIS 19263. Cf. aussi *Nat'l Coalition Gov't of the Union of Burma v. Unocal, Inc.*, 176 FRD 329 (CD Cal. 1997); *Doe I v. Unocal Corp.*, 110 F. Supp. 2d 1294 (CD Cal. 2000) (*motions for Summary Judgment*); *Doe v. Unocal*, US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18 septembre 2002, *ILM*, 2002, 1374.

14. *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980), p. 881.

chantier de construction d'un gazoduc<sup>15</sup>. Au mois de mars 2005 l'action civile en dommage et intérêts intentée contre Unocal par les villageois birmans s'est terminée par la conclusion d'un accord entre les parties au litige, aux termes duquel Unocal s'est engagée non seulement à compenser les victimes du travail forcé, mais aussi à établir un fond pour améliorer les conditions de vie et développer des programmes pour promouvoir l'éducation et la santé des villageois du Tenasserim<sup>16</sup>.

Ce règlement extrajudiciaire exclut tout espoir d'obtenir une sentence tranchant le litige sur le fond. Mais il n'en reste pas moins que les tribunaux américains ont eu la possibilité de se prononcer sur des aspects touchant des questions fondamentales telles que l'affirmation du principe de la responsabilité internationale des entreprises pour violation de normes internationales de *jus cogens* et la notion de complicité.

Sur ce dernier point, il faut bien mettre en évidence que, dans la mise en œuvre de cette ambitieuse démarche interprétative, qui n'a pas toujours abouti à des résultats cohérents, les tribunaux nationaux ont souvent fait référence aux critères utilisés par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour établir la responsabilité pénale internationale

15. Cf. W. J. Aceves, «International Decision: *Doe v. Unocal*, 963 F. Supp. 880. US District Court, CD Cal., March 25, 1997», *American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), pp. 309 ss., spéc. pp. 313-314:

«In *Doe v. Unocal*, the court held that private corporations can be held liable for violations of international law under the Alien Tort Statute, thereby extending the jurisprudence that began with *Filartiga v. Pena-Irala* and was further developed in *Kadić v. Karadžić*. While *Filartiga* recognized the liability of public officials for violations of international law and *Kadić* recognized the liability of private individuals, the *Unocal* court established the possible liability of private corporations for violations of international law. Specifically, the decision recognizes that corporations may be liable not only for their own actions, but for the actions of partners and joint venturers, including foreign governments. Given the presence of multinational corporations worldwide and their prominent role in developing countries, recognition of their potential liability for human rights violations is significant. . . . *Doe v. Unocal* is perhaps the first case to recognize the possibility of corporate liability for human rights violations arising out of corporate activity abroad.»

S. Zia-Zarifi, «Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 4 (1999), pp 81-147, spéc. p. 87:

«a handful of cases proceeding through US federal courts have established the novel proposition that an MNC may be held directly liable for violating some norms of customary international law. These cases are significant because they breach, for the first time, the possibility of using international standards for tort claims against defendants acting in their private capacities — a category of defendants that, under Anglo-American tort principles, includes corporations.»

16. D. Eviatar, «A Big Win for Human Rights», *The Nation*, 9 mai 2005.

des individus qui, par leur conduite, se rendent complices de crimes internationaux.

Dans cette perspective, les tribunaux internes américains ont interprété le droit international dans le sens qu'il imposerait d'ores et déjà aux entreprises l'obligation de s'abstenir de toute complicité dans la violation des droits de l'homme. La responsabilité des entreprises serait engagée dans le cas où elles encouragent ou aident à planifier, préparer ou commettre la violation, y compris en fournissant les moyens matériels ou financiers ou toute autre forme d'assistance qui aurait pour effet substantiel de faciliter la commission d'un crime international.

Dans l'affaire *Unocal*, la Cour d'appel pour le neuvième circuit a retenu que :

«First a reasonable factfinder could conclude that Unocal's alleged conduct met the *actus reus* requirement of aiding and abetting as we define it today, i.e., practical assistance or encouragement which has a substantial effect on the perpetration of the crime of, in the present case, forced labor. Second, a reasonable factfinder could also conclude that Unocal's conduct met the *mens rea* requirement of aiding and abetting as we define it today, namely, actual or constructive (i.e., reasonable) knowledge that the accomplice's actions will assist the perpetrator in the commission of the crime.»<sup>17</sup>

17. «The evidence also supports the conclusion that Unocal gave practical assistance to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The practical assistance took the form of hiring the Myanmar Military to provide security and build infrastructure along the pipeline route in exchange for money or food. The practical assistance also took the form of using photos, surveys, and maps in daily meetings to show the Myanmar Military where to provide security and build infrastructure. The evidence further supports the conclusion that Unocal gave "encouragement" to the Myanmar Military in subjecting Plaintiffs to forced labor. The daily meetings with the Myanmar Military to show it where to provide security and build infrastructure, despite Unocal's knowledge that the Myanmar Military would probably use forced labor to provide these services, may have encouraged the Myanmar Military to actually use forced labor for the benefit of the Project. Similarly, the payments to the Myanmar Military for providing these services, despite Unocal's knowledge that the Myanmar Military had actually used forced labor to provide them, may have encouraged the Myanmar Military to continue to use forced labor in connection with the Project. This assistance, moreover, had a "substantial effect" on the perpetration of forced labor, which "most probably would not have occurred in the same way" without someone hiring the Myanmar Military to provide security, and without someone showing them where to do it. This conclusion is supported by the admission of Unocal Representative Robinson that "[o]ur assertion that [the Myanmar Military] has not expanded and amplified its usual methods around the pipeline on our behalf may not withstand much scrutiny", and by the admission of Unocal President

L'affirmation par les juges du principe de la responsabilité internationale des entreprises qui se livrent dans leur conduite à la commission de crimes internationaux ou qui s'en rendent complices, en dépit du règlement extrajudiciaire du litige, constitue un précédent important qui jouera un rôle capital dans la suite des actions civiles en cours intentées sur le fondement de l'ATCA contre Shell, BP, Chevron et Talisman.

En effet, les autres *class actions* toujours pendantes devant les tribunaux fédéraux des Etats-Unis portent le plus souvent sur des questions de complicité.

Dans l'affaire portée contre Shell par exemple, des victimes appartenant à la communauté des Ogoni ont agi en justice pour obtenir la réparation des préjudices subis en raison de la complicité de Shell avec les autorités étatiques dans l'exécution de deux de leurs représentants et dans la planification et la répression qui a suivi des manifestations contre l'exploitation du pétrole dans la région. La répression brutale aurait été arrangée directement par Shell avec les forces militaires chargées d'assurer la sécurité des installations industrielles, en dépit de la connaissance par l'entreprise des méthodes discutables pratiquées par l'armée nigériane, dont le triste record des violations des droits de l'homme était notoire même au niveau international. Shell aurait fourni son assistance financière et logistique à l'armée nigériane et elle en aurait assuré l'approvisionnement en armes, avec la conscience du fait que son aide et son assistance auraient eu, ou auraient raisonnablement pu avoir, un effet substantiel dans la commission de crimes contre l'humanité et d'actes de torture par les organes de l'Etat contre les Ogoni<sup>18</sup>. Des accords concernant la sécurité des installations industrielles sont aussi au

---

Imle that "[i]f forced labor goes hand and glove with the military yes there will be more forced labor". » (*Doe v. Unocal*, 9th Cir. 2002.)

18. *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F. 3d 88 (2d Cir. 2000); *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, No. 96 Civ. 8386 (KMW), 2002 WL 319887 (SDNY Feb. 28, 2002). Cf. C. Baez, M. Dearing, M. Delatour et C. Dixon, « Multinational Enterprises and Human Rights », *University of Miami International et Comparative Law Review*, 1999/2000, pp. 183 ss. :

« [a]ccording to an investigation conducted by *The New York Times*, Shell called in the Nigerian military's hit squad, and according to Dr. Owens Wiwa, brother of Ken Saro-Wiwa, the security forces killed 2,000 Ogoni and destroyed approximately thirty villages. Evidently, the *New York Times'* investigation unveiled that Shell helped to transport troops, provided boats, and even paid salary bonuses to troops that participated in the aggression against the Ogoni people. Subsequently, Mr. Ken Saro-Wiwa and several other activists were arrested, jailed, convicted, and sentenced to death in late 1995. . . . Even though Shell's Chairman sent a last-minute request for clemency based on humanitarian grounds, Mr. Ken Saro-Wiwa and eight other Ogoni peoples activists were executed on November 10, 1995. »

cœur des actions civiles intentées contre BP, Chevron<sup>19</sup>, Exxon Mobil et Talisman<sup>20</sup> pour contester l'embauche, en Colombie, au Nigéria, en Indonésie et au Soudan, de milices privées ou de groupes paramilitaires, ainsi que la collaboration avec les forces militaires d'un Etat connu pour avoir commis de graves violations des droits de l'homme<sup>21</sup>.

19. *Bowoto et al. v. Chevron et al.*, affaire n° C99-2506 (ND Cal. 2000). D'après les villageois nigériens, Chevron et l'armée du Nigeria

« committed systematic violations of human rights, including summary execution, torture, and cruel and inhuman and degrading treatment, to suppress peaceful protests about Chevron's environmental practices. The complaint alleges violations in two separate incidents, the first involving a peaceful protest at the Chevron offshore drilling facility in Parabe, which was allegedly broken up in a violent confrontation, and the second involving an alleged attack on the villages of Opia and Ikenyan located near Chevron's Oil operations. » (Le résumé est disponible sur le site [www.laborrights.org](http://www.laborrights.org).)

20. *The Presbyterian Church of Sudan et al. v. Talisman Energy, Inc.*, affaire n° 01CV9882 (SDNY 2001). Cf. [www.laborrights.org](http://www.laborrights.org) :

« In this class action, plaintiffs allege that the Islamic fundamentalist military of Northern Sudan has engaged in a war of genocide against the southern non-Muslim population of Sudan, and that the Sudanese government has used revenues generated from oil reserves in Southern Sudan to construct an arms industry and to purchase arms for its war of genocide. The plaintiffs allege that Talisman Energy, Inc. aided and abetted in or, alternatively, facilitated and conspired in alleged ethnic cleansing by Islamic Sudanese forces against the Southern Christians. Talisman allegedly built certain infrastructure — roads and an airport — and contracted with the Sudanese army to provide protection while Talisman provided logistical support such as vehicles and fuel to the army. Plaintiffs allege that Talisman permitted its facilities to be used for staging, re-supply and re-arming of the military forces. The complaint further states that the Sudanese military used Talisman's infrastructure and logistical support to prosecute its war in the area surrounding Talisman's operations. Finally, plaintiffs allege that Talisman was aware that the troops and the logistical support it provided were to be used to prosecute the war against the Southern Sudanese. »

21. Cf. B. Stephens, « The Amoralité of Profit: Transnational Corporations and Human Rights », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20 (2002), pp. 45 ss. :

« When a business invests in a region with a repressive government and political unrest, it is often impossible to operate without becoming complicit in human rights abuses. Corporations, of course, have legitimate security concerns and a right to protect their employees and property. However, in some situations, it may be impossible to do so without participating in human rights abuses. At one extreme, corporate involvement may include paying such forces to suppress opposition to corporate activities. The Enron Corporation, for example, has been accused of collaborating with the Indian police to violently repress local residents opposed to a massive energy project. Royal Dutch Shell has been sued for alleged complicity in the executions of activists protesting the company's environmental and development policies in Nigeria. Human rights groups have also criticized British Petroleum for contracting with the Colombian

La jurisprudence *ATCA*, en dépit de son caractère controversé, témoigne à la fois de l'existence du problème de relation entre investissements et droits de l'homme et de l'évolution de la pratique vers l'affirmation progressive de véritables obligations internationales dont les entreprises seraient les destinataires (voir *infra* section 5, paragraphe 3, titre A).

## Paragraphe 2 La privatisation des services et les droits de l'homme

La privatisation des services représente un autre secteur sensible, où l'interaction entre droits de l'homme et investissements devient de plus en plus évidente.

La privatisation des services de gestion et de commercialisation de l'eau potable et ses interférences avec la jouissance du droit à l'eau sont au cœur de deux affaires portées devant les tribunaux CIRDI: *Aguas del Tunari c. Bolivie*<sup>22</sup> et *Azurix c. Argentine*<sup>23</sup>. La société Aguas del Tunari réclame à la Bolivie 25 millions de dollars des Etats-Unis en compensation de l'expropriation de ses investissements qui résulterait de la révocation du contrat de concession de l'exploitation exclusive des ressources et du système de livraison et de traitement de l'eau potable dans la municipalité de Cochabamba. La société Azurix, de son côté, réclame 550 millions de dollars en compensation de la violation des garanties contre l'expropriation, du traitement juste et équitable et du standard de sécurité et protection des investissements. Suite à la privatisation, les tarifs du service ont augmenté considérablement, surtout pour les plus pauvres, alors que spécialement dans l'affaire *Azurix* l'approvisionnement en eau potable s'est révélé très irrégulier, en raison du bas niveau de pression et de problèmes relatifs à l'assainissement de l'eau. Des manifestations de protestation de la part de la population ont entraîné la révocation ou la rupture du contrat de concession et le retrait d'Aguas del Tunari de la Bolivie et d'Azurix de l'Argentine<sup>24</sup>.

---

armed forces despite reports of military human rights abuses from many sources, including the US State Department. British Petroleum has acknowledged paying millions of dollars to the government to protect oil operations and has been criticized for taking no steps to ensure that human rights will be respected.»

22. La décision sur la compétence n'a pas encore été rendue dans cette affaire (affaire CIRDI n° ARB/02/03).

23. Décision sur la compétence du 8 décembre 2003, voir E. Gaillard, «Introductory Note to International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): *Azurix Corporation v. The Argentine Republic*, *International Legal Materials*, vol. 43 (2004), pp. 259 ss.

24. M. McFarland Sanchez-Moreno et T. Higgins, «No recourse: Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights in Bolivia», *Fordham International Law Journal*, vol 27 (2004), n° 5, pp. 1663-

### SECTION 3 INVESTISSEMENTS ET DROITS DE L'HOMME : INCOMPATIBILITÉ DES RÈGLES OU SIMPLE INTERFÉRENCE ?

Les opérations d'investissements, on l'a vu, sont susceptibles de porter atteinte aux droits de l'homme. Mais est-ce que cela signifie qu'il y a une incompatibilité entre le régime de protection des investissements étrangers et le régime de protection des droits de l'homme ? Autrement dit, existe-t-il un conflit entre les obligations conventionnelles de promotion et protection des investissements et les obligations en matière de droits de l'homme, qui dérivent du droit international général et/ou conventionnel ?

Il est très difficile d'établir une incompatibilité *stricto sensu* entre normes internationales sur la protection des droits de l'homme et normes de promotion et protection des investissements. La matière réglée étant tout à fait différente, les obligations des Etats dans le domaine des investissements et celles de protection de droit de l'homme ne peuvent s'exclure mutuellement<sup>25</sup>. Un véritable conflit pourrait se produire dans le cas où une convention internationale de protection des droits de l'homme, dont les Etats A et B sont membres, *imposait* à l'Etat A, qui a conclu un TBI avec l'Etat B, d'adopter des mesures d'expropriation sans compensation ou d'autres mesures discriminatoires à l'encontre des investisseurs ressortissants de l'Etat B. Ou bien, il y aurait un véritable conflit de normes si le traité bilatéral imposait aux Etats d'adopter des mesures de protection des investissements, alors que les conditions d'exploitation sont contraires aux droits de l'homme. On verra par la suite que cette dernière possibilité, quoique peu probable, n'est pas totalement dépourvue de portée pratique (cf. *infra* section V, paragraphe 2, titre B).

1805, spéc. pp. 1747 ss. ; R. Bachand, M. Gallié et S. Rousseau, «Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques», *Annuaire français de droit international*, vol. XLIX (2003), pp. 575-610, spéc. p. 599.

25. Sur la notion d'incompatibilité, voir E. Sciso, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Bari, Cacucci, 1986, spéc. p. 78 :

«Perché un conflitto tra due accordi sia in concreto configurabile, occorre che i sistemi da essi individuati entrino in collisione. A tal fine è necessario il concorso tra due circostanze : la prima, è data dall'identità della materia oggetto delle discipline, diverse, dei due accordi ; l'altra è costituita dalla coincidenza, anche solo parziale, dei contraenti. Ove manchi una di queste condizioni, gli accordi non potranno venire in conflitto, a meno che non si accetti la configurabilità di una particolare categoria di trattati, contenenti obblighi *erga omnes* (o originari situazioni «obiettive»), come tali opponibili anche ai terzi non contraenti. In questo caso, infatti, un conflitto potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui non vi sia coincidenza di parti tra i due accordi.»

S'il n'existe pas de véritables incompatibilités entre obligations internationales, des interférences se produisent *néanmoins* entre les deux groupes de normes, la réalisation des obligations en matière d'investissements étant susceptible d'entrer en conflit *in concreto* avec la réalisation des obligations en matière de protection des droits de l'homme<sup>26</sup>. Le problème qui se pose consiste alors essentiellement à assurer une coordination satisfaisante entre les obligations qui relèvent de ces deux domaines, afin de parvenir à une cohérence d'ensemble.

#### SECTION 4 **EFFECTIVITÉ DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LE DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX**

Il convient d'analyser le contenu des traités bilatéraux de promotion et protection des investissements les plus récents pour vérifier si des dispositions touchent *expressis verbis* la question de la protection des droits de l'homme.

L'analyse des TBI disponibles sur le site Internet de la CNUCED fait apparaître que les dispositions substantielles des traités tenant compte directement de valeurs non marchandes en général, et de droits de l'homme en particulier, demeurent encore très rares et très limitées dans leur portée concrète.

##### Paragraphe 1 **Le préambule des TBI et la protection des droits de l'homme**

Ce sont surtout les Etats-Unis et le Canada qui à partir des années quatre-vingt-dix ont reconnu dans le préambule de nombreux TBI que « the development of economic and business ties can promote respect for internationally recognised worker rights » et que les buts de coopération économique et de développement des investissements « can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application »<sup>27</sup>.

26. E. Sciso, *ibid.*, p. 82.

27. Traité bilatéral Nigaragua/Etats-Unis, dans CIRDI, *Investment Treaties*, n° 95-4, novembre 1995, Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, p. 14 (en anglais); traité bilatéral Canada/Barbade, signé le 29 mai 1996, entré en vigueur depuis le 17 janvier 1997, *ibid.*, n° 97-3, septembre 1997, *ibid.*, p. 36; traité bilatéral Canada/Equateur, signé le 29 avril 1996, entré en vigueur le 6 juin 1997, *ibid.*, n° 97-3, septembre 1997, p. 30; traité bilatéral Etats-Unis/Honduras, signé le 2 mai 1986, entré en vigueur le 3 mai 1989; traité bilatéral Etats-Unis/Géorgie, signé le 7 mars 1994, entré en vigueur le 17 août 1997; traité bilatéral Etats-Unis/Albanie, signé le 11 janvier 1995, entré en vigueur le 4 janvier 1998; traité

L'énonciation, parmi les buts du traité, du respect des droits internationaux des travailleurs, à côté des objectifs de coopération économique et de développement des investissements, n'est pas négligeable. La Convention de Vienne sur le droit des traités exige en effet que les dispositions du traité soient interprétées dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité<sup>28</sup>.

bilatéral Etats-Unis/Azerbaïdjan, signé le 1<sup>er</sup> août 1997, entré en vigueur le 2 août 2001 ; traité bilatéral Etats-Unis/Bahreïn signé le 29 septembre 1999, entré en vigueur le 31 mai 2001 ; traité bilatéral Etats-Unis/Bolivie, signé le 17 avril 1998, entré en vigueur le 6 juin 2001 ; traité bilatéral Etats-Unis/Croatie, signé le 13 juillet 1996, entré en vigueur le 20 juin 2001 ; traité bilatéral Etats-Unis/Jordanie, signé le 2 juillet 1997, entré en vigueur le 13 juin 2003 ; traité bilatéral Etats-Unis/Trinité-et-Tobago, signé le 26 septembre 1994, entré en vigueur le 26 décembre 1996 ; traité bilatéral Finlande/Nicaragua. Le préambule du dernier modèle de TBI adopté par les Etats-Unis en 2004 se lit comme suit :

« Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights. »

Voir aussi traité bilatéral Etats-Unis/Jamaïque, signé le 4 février 1994, entré en vigueur le 7 mars 1997 ; traité bilatéral Etats-Unis/Argentine, signé le 14 novembre 1991, entré en vigueur le 20 octobre 1994 ; traité bilatéral Etats-Unis/Arménie, signé le 23 septembre 1992, entré en vigueur le 29 mars 1996 ; traité bilatéral Etats-Unis/Bulgarie, signé le 23 septembre 1992, entré en vigueur le 2 juin 1994 ; traité bilatéral Etats-Unis/Equateur, signé le 27 août 1993, entré en vigueur le 11 mai 1997 ; traité bilatéral Etats-Unis/Estonie, signé le 19 avril 1994, entré en vigueur le 16 février 1997 ; traité bilatéral Etats-Unis/Kazakhstan, signé le 19 mai 1992, entré en vigueur le 12 janvier 1994 ; traité bilatéral Etats-Unis/Kirghizistan, signé le 19 janvier 1993, entré en vigueur le 12 janvier 1994 ; traité bilatéral Etats-Unis/Lettonie, signé le 13 janvier 1995, entré en vigueur le 26 novembre 1996 ; traité bilatéral Etats-Unis/Roumanie, signé le 28 mai 1992, entré en vigueur le 15 janvier 1994 ; traité bilatéral Etats-Unis/Sri Lanka, signé le 20 septembre 1991, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1993 ; traité bilatéral Etats-Unis/Ukraine, signé le 4 mars 1994, entré en vigueur le 16 novembre 1996, dont les préambules disposent :

« 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. »

28. Voir la « Letter of submittal » du 3 août 1995, relative au traité bilatéral Etats-Unis/Albanie, et la « Letter of submittal » du 24 avril 2000, relative au traité bilatéral Etats-Unis/Bahreïn, dans lesquelles le *Department of State* précise que :

« The Title and Preamble state the goals of the Treaty. Foremost is the encouragement and protection of investment. Other goals include economic cooperation on investment issues; the stimulation of economic development, higher living standards, promotion of respect for internationally-recognized worker rights; and maintenance of health, safety and environmental measures. While the Preamble does not impose binding obligations, its statement of goals may assist in interpreting the Treaty and in defining the scope of Party-to-Party consultation procedures pursuant to article VIII. »

L'article VIII se lit comme suit :

Le préambule des TBI, ainsi formulé, n'est pas une nouveauté : on retrouve la même disposition parmi les options alternatives qui ont été présentées au sein de l'OCDE lors de la négociation de l'AMI. Une proposition d'inclure une liste non exhaustive des droits fondamentaux au travail avait rencontré l'opposition d'une délégation et n'avait pas trouvé de suivi dans la pratique<sup>29</sup>.

Notons cependant que la Jordanie et l'Autriche *ont affirmé*, dans le préambule d'un traité de promotion et protection des investissements, leur « commitment to the observance of internationally recognized labour standards ».

## Paragraphe 2 **Le traitement des investissements et la protection des droits de l'homme**

### *A. Les droits de l'homme des investisseurs : le droit de propriété, en particulier*

Les traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements étrangers représentent aujourd'hui le moyen le plus effi-

---

« The Parties agree to consult promptly, on the request of either, to resolve any disputes in connection with the Treaty, or to discuss any matter relating to the interpretation or application of the Treaty or to the realization of the objectives of the Treaty. »

29. Le préambule du projet de l'AMI se lit comme suit :

« Renewing their commitment to the Copenhagen Declaration of the World Summit on Social Development and to observance of internationally recognised core labour standards, i.e. freedom of association, the right to organise and bargain collectively, prohibition of forced labour, the elimination of exploitative forms of child labour, and non-discrimination in employment, and noting that the International Labour Organisation is the competent body to set and deal with core labour standards worldwide. »

Les notes de bas de page 14 et 15 précisent que :

« 14. One delegation could not support a reference to labour in the preamble if it included explicit statement of basic principles of core labour standards.

15. One delegation would insert three additional tirets from its alternative for the Preamble :

Recognising that development of economic and business ties can promote respect for core labour standards ;

Resolved to foster investment with due regard for the importance of labour laws and core labour standards ;

Noting that, as members of the International Labour Organisation, they have endorsed the Tripartite Declaration of Principles concerning Multilateral Enterprises and Social Policy, and agreeing to renew their support for that voluntary instrument. »

cace de protection du droit de propriété contre toute forme d'expropriation, soit-elle *de jure* ou *de facto*, directe ou indirecte.

Ces traités ont consolidé le principe de responsabilité de l'Etat « congu comme l'expression d'une nécessité de défense d'un intérêt international pour la protection des droits de l'homme, la propriété en faisant partie »<sup>30</sup>.

Le droit de propriété, négligé par les deux Pactes des Nations Unies, n'a été qualifié de droit de l'homme qu'au niveau régional<sup>31</sup>. Sa consécration internationale a été « exilée »<sup>32</sup> dans l'article 1 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui proclame que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens »<sup>33</sup> et dans l'article 21 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme<sup>34</sup>.

Le droit de propriété n'est pas le seul droit de l'homme dont les sociétés commerciales jouissent : la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies leur ont reconnu

30. M. A. Bekhechi, « Droit international et investissement international : quelques réflexions sur des développements récents », *op. cit.*, spéc. p. 118.

31. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 446 :

« le droit de propriété est un droit contesté dans sa nature même : droit économique pour les uns, droit civil pour d'autres, son caractère même de droit de l'homme prête à discussion selon qu'on considère, ou non, que la propriété privée est essentielle à l'existence de l'individu. Le sort du droit de propriété dans le corpus international reflète cette incertitude. »

32. Ainsi s'exprime efficacement L. Condorelli, « Premier protocole additionnel. Article 1 », dans Pettiti, Décaux, Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 971-997, spéc. p. 971 :

« l'article 1 du Protocole est né dans la douleur quoique minoritaire, en effet le parti contraire à l'inclusion d'un tel droit ... mena une dure bataille lors de la négociation. Celle-ci s'étant de ce fait beaucoup prolongée, il fallut se résigner à « exiler » le droit de propriété dans un Protocole additionnel afin de ne pas retarder davantage l'adoption de la Convention .... »

33. Voir aussi B. Stern, « Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la convention européenne des droits de l'homme », *Droit et pratique du commerce international*, vol. 17, n° 3, 1991, pp. 394-425 ; Padelletti, « Art. 1. Protezione della proprietà », dans Bartole, Conforti et Raimondi, *Commentario alla convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milan, Cedam, 2001, pp. 801-827.

34. Art. 21 :

« Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.

No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. »

le droit à un procès équitable, à la protection de la vie privée et, dans une certaine mesure, à la liberté d'expression<sup>35</sup>.

Mais c'est justement la protection du droit de propriété qui a connu dans la *lex specialis* des investissements, à travers l'élaboration de la notion de mesures équivalentes à l'expropriation, une extension

« de nature à permettre la sanction de toute « mesure » étatique en matière de réglementation normale de l'investissement étranger, y compris celles les plus attachées aux attributs de la souveraineté »<sup>36</sup>.

Les hypothèses d'expropriation indirecte sont les plus controversées : les mesures relatives à la réglementation des biens nécessaires pour la poursuite des finalités d'intérêt général, telles que les interférences dans la jouissance des droits contractuels, sont de plus en plus qualifiées de mesures équivalentes à des expropriations, qui obligent l'Etat à octroyer une compensation. La finalité poursuivie par l'Etat, bien que légitime, n'a pas joué dans les arbitrages en matière d'investissements ni pour neutraliser l'effet d'équivalence ni dans la détermination de la réparation<sup>37</sup>.

Il est intéressant de remarquer, cependant, que dans l'affaire *Tecnica Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, le tribunal CIRDI a fait une référence expresse au critère de proportionnalité élaboré par la Cour européenne des droits de l'homme, pour apprécier si un juste équilibre avait été maintenu entre la sauvegarde du droit de propriété et la poursuite de l'intérêt général<sup>38</sup>. Suivant l'enseignement de la Cour, seule une

35. Addo, « The Corporation as a Victim of Human Rights Violations », dans Addo, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 187-196.

36. Voir Horchani, *op. cit.*, p. 412.

37. Voir Y. Nouvel, « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », *Revue générale de droit international public*, t. 1, 2002, pp. 80-101, spéc. p. 95, avec les références aux sentences CIRDI rendues sur les affaires *Metalclad* et *Complexe touristique de Santa Elena*.

38. CIRDI, *Tecnica Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, affaire n° ARB (AF)/00/2, par. 122-123 :

« There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure.

To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not. . . .

The European Court of Human Rights has defined such circumstances as follows : Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim "in the public interest", but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. . . . »

disproportion qualifiée de grave ou de manifeste entre les moyens employés et le but visé est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat<sup>39</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a souvent retenu la légitimité des mesures étatiques affectant des droits contractuels, telle la révocation de licences et de concessions<sup>40</sup>, tout en reconnaissant que certains droits contractuels ayant une valeur économique peuvent être assimilés à des droits de propriété au sens de l'article 1 du premier Protocole. Elle a toutefois précisé que, si chacun de ces droits devait être considéré comme un bien distinct dont on puisse éventuellement être privé, aucune réglementation de l'usage des biens ne serait possible. D'autres considérations que celles relatives aux mesures contestées doivent être prises en compte pour évaluer si ces ingérences équivaldraient à une privation du droit de propriété : les effets des mesures adoptées doivent être appréciés dans un contexte plus large, c'est-à-dire en relation avec la situation patrimoniale globale du propriétaire. La Cour ne s'est pas bornée à l'appréciation de la révocation d'une concession ou d'une licence, mais elle a toujours exploré les moyens raisonnables d'exploitation alternative des biens<sup>41</sup>.

Il nous semble que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut servir de guide aux tribunaux arbitraux pour évaluer la conduite des Etats, puisqu'ils partagent en ce domaine le même objectif, c'est-à-dire la pro-

---

The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear "an individual and excessive burden".»

Cf. les arrêts de la Cour de Strasbourg cités par le tribunal arbitral :

« In the case of *Mellacher and Others v. Austria*, judgment of December 19, 1989, 48, p. 24; in the case of *Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium*, judgment of November 20, 1995, 38, p. 19, <http://hudoc.echr.coe.int>, European Court of Human Rights; in the case of *James and Others*, Judgment of February 21, 1986, 50, pp. 19-20, <http://hudoc.echr.coe.int>. »

39. L. Condorelli, *op. cit.*, p. 982.

40. Cour européenne des droits de l'homme, *Fredin c. Suède*, (1991) 13 EHRR 784, [1991] ECHR 12033/86.

41. Cour européenne des droits de l'homme, *Fredin c. Suède*, 18 février 1991, série A, n° 192; Cour européenne des droits de l'homme, *Tre Traktörer AB c. Suède*, 7 juillet 1989, (1991) 13 EHRR 309, [1989] ECHR 10873/84; Cour européenne des droits de l'homme, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, série A, n° 222, par. 51 et 56; rapport de la Commission dans l'affaire *Mellacher et autres*, par. 185. Sur ce point, voir aussi Padelletti, *La tutela della proprietà nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milan, Giuffrè, 2003, spéc. pp. 136-137, note 208 :

« In tutti i casi citati, la Corte ha considerato gli effetti dei provvedimenti contestati in relazione all'intera situazione patrimoniale dei ricorrenti piuttosto che con riguardo allo specifico oggetto dell'interferenza. »

Cf. aussi, *ibid.*, p. 153.

tection du droit de propriété, qu'il soit qualifié de droit de l'homme ou d'obligation que l'Etat signataire d'un TBI s'est engagé à respecter. La différence des buts des deux systèmes, protection des droits de l'homme et promotion et protection des investissements étrangers, ne semble pas justifier le «dédoulement» de la notion d'expropriation dans les deux domaines, compte tenu de l'identité substantielle du bien juridique protégé.

La Cour de Strasbourg a cependant reconnu, comme le tribunal CIRDI dans l'affaire *Tecnica Medioambientales Tecmed SA c. Mexique*, que

«non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals.»<sup>42</sup>

Dans cette perspective, les clauses des TBI sur le traitement juste et équitable, le traitement national et la protection et la sécurité intégrales des investissements pourraient éventuellement jouer un rôle pour mieux contextualiser la protection du droit de propriété et la définition du contenu des obligations qui pèsent sur les Etats dans le domaine spécifique de la protection des investissements étrangers<sup>43</sup>.

Un correctif à cette tendance pourrait dériver de la nouvelle version 2004 du modèle d'accord canadien pour la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE). Sauf dans de rares circonstances, les mesures réglementaires non discriminatoires, élaborées et appliquées dans un but de protection légitime du bien-être public concernant, par exemple, la santé, la sécurité et l'environnement, ne seraient pas considérées comme menant à une expropriation indirecte et ne seraient donc

42. Cour européenne des droits de l'homme, affaire *James and Others*, arrêt du 21 février 1986, 63, p. 24 (<http://hudoc.echr.coe.int>).

43. Dolzer, «Indirect expropriations: New Developments?», *New York University Environmental Law Journal*, vol. 11 (2002), pp. 64-93, spéc. pp. 67-68:

«Considering the context of BITs, it will be noticed that they typically include general clauses such as “fair and equitable treatment”, “full and constant protection” and “national treatment”. Not surprisingly, the precise substance and reach of such broad rules in the specific context of the protection of foreign investment has not been clarified and will evolve in a casuistic manner. Thus, it is also far from clear whether and to what extent such clauses may be interpreted to overlap with the takings issue and whether they may be considered to provide protection to the foreign owner under certain circumstances.»

soumises à aucune obligation de compensation<sup>44</sup>. Le nouveau modèle contient ainsi une règle qui autorise les arbitres à juger l'équilibre entre l'atteinte à la propriété des investisseurs et l'objectif poursuivi.

D'autre part, l'énonciation, dans le préambule, des buts poursuivis dans le traité démontre que ce nouvel accord type canadien est ouvert à la prise en compte de valeurs non économiques<sup>45</sup>. Il n'autorise plus une démarche interprétative du traité qui vise exclusivement la protection du droit de propriété<sup>46</sup>, mais, au contraire, il ouvre la porte à la définition d'un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts économiques des particuliers et l'utilité publique des mesures qui portent atteinte à leurs biens<sup>47</sup>.

A cet égard, la question se pose de savoir si l'exécution d'une obliga-

44. Le paragraphe 13, alinéa 1, est interprété en conformité avec l'annexe B.13 (1) en ce qui concerne la clarification de la question de l'expropriation indirecte :

« c) Sauf dans de rares cas, par exemple lorsque la mesure est si rigoureuse au regard de son objet qu'on ne pourra raisonnablement penser qu'elle a été adoptée et appliquée de bonne foi, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées dans un but légitime de protection du bien public, par exemple à des fins de santé, de sécurité et d'environnement. »

J. McIlroy, « Canada's New Foreign Investment Protection and Promotion Agreement — Two Steps Forward, One Step Back ? » *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5 (2004), n° 4, pp. 621-646, spéc. p. 637 : « To be sheltered, a government measure need not actually protect legitimate public welfare objectives so long as it is merely "designed and applied" to do so. »

45. Le Préambule énonce

« Reconnaissant que la promotion et la protection des investissements faits par les investisseurs d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie sont propres à stimuler une activité économique mutuellement avantageuse et à favoriser le développement de la coopération économique entre elles et la promotion du développement durable. »

46. *Contra Dolzer, op. cit.*, spéc. p. 73 :

« it might be argued that a teleological approach to interpreting bilateral or multilateral treaties should be based on the assumption that these treaties have been negotiated to facilitate and promote foreign investment, which is often reflected in the wording of the preambles. Thus, it might be concluded that, when in doubt, these treaties should be interpreted *in favorem* investor, stressing and expanding his rights so as to promote the flow of foreign investment. »

47. Voir dans le même sens J. McIlroy, « Canada's New Foreign Investment Protection and Promotion Agreement — Two Steps Forward, One Step Back ? », *op. cit.*, spéc. p. 644 :

« Canada's new FIPA is not a uni-dimensional investors' treaty. Instead, it is a multi-layered investment treaty. As such, it attempts to strike a balance between private investors' rights and the right of a sovereign State to regulate in the public interest. The new FIPA uses several tools to strike this balance and thereby ensure that States can maintain sovereignty in their defined spheres of public interest. »

tion imposée à l'Etat par le droit international joue un rôle dans l'appréciation de la relation d'équivalence<sup>48</sup> ou bien dans celle de l'obligation d'indemnisation qui pèse sur l'Etat.

La possibilité pour l'Etat d'invoquer ses obligations de protection en matière de droits de l'homme pour limiter ses obligations conventionnelles relatives à la protection de l'investissement sera examinée à la section 5.

*B. Le traitement des investissements, exceptions et protection des droits de l'homme*

Certains traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements les plus récents sont ouverts à la prise en compte de valeurs non économiques<sup>49</sup>. Au-delà de la référence à la protection de la

48. Y. Nouvel, *op. cit.*, p. 97.

49. M. Sornarajah, «Economic Neo-Liberalism and the International Law on Foreign Investment», dans A. Anghie, B. Chimni, K. Mickelson et O. Okafor (dir. publ.), *The Third World and International Order: Law Politics and Globalization*, Leiden, 2003, p. 182 :

«The contemporary practice evident in bilateral investment treaties does not represent the triumph of economic liberalism. Rather the newer participants in these treaties have brought considerations other than simple foreign investment protection to bear in these treaties. They have faced the fact that multinational corporations could be responsible for environmental depletion and human rights violations. As a result, for example, treaties made by Canada and some other states address issues relating to social responsibility, taking into consideration the concerns of interests represented in the debates that are taking place on the detrimental effects of globalization.»

Zia-Zarifi, «Protection Without Protectionism. Linking a Multilateral Investment Treaty and Human Rights», dans Nieuwenhuys et Brus (dir. publ.), *Multilateral Regulation of Investment*, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 101-135. R. Grynberg, «The United States-Jordan Free Trade Agreement. A New Standard in North-South Ftas?», *Journal of World Investment*, vol. 2 (2001), n° 1, pp. 5-19, spéc. pp. 14-15 :

«The most dramatic element of the US-Jordan Agreement has been the elevation and explicit definition of labour standards. . . . [T]he legal modality employed for the assurance of labour standards is the commitment by parties not to derogate or waive existing standards in order to increase trade. While the Agreement elevates labour standards contained in the ILO Declarations and Fundamental Rights at Work and its Follow-up as the benchmark for these standards, it is careful to only explicitly define certain labour laws, including :

- the right of association ;
- the right to organize and bargain collectively ;
- a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labour ;
- a minimum age for employment of children ; and
- acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health. . . . What is significant

santé et de la vie des personnes<sup>50</sup>, l'article 10 du nouveau modèle de TBI adopté par le Canada contient une exception générale qui autorise les parties à prendre des mesures en application de leurs engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales<sup>51</sup>. Si l'on songe aux résolutions adoptées par le

is that this list includes labour standards that are well beyond what are commonly defined as "core" labour standards.»

E. Mendes et O. Mehmet, *Global Governance, Economy and Law*, Londres, New York, 2003, pp. 96-97 : « The USJFTA has the same dispute settlement mechanism for labour disputes as for disputes over free trade. »

50. Voir aussi Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de l'Ukraine pour l'encouragement et la protection des investissements, signé le 24 octobre 1994, entré en vigueur le 24 juillet 1995 ; Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de la Lettonie pour l'encouragement et la protection des investissements, signé le 26 avril 1994, entré en vigueur le 27 juillet 1995 ; Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République des Philippines pour l'encouragement et la protection des investissements, signé le 9 novembre 1995, entré en vigueur le 13 novembre 1996 ; Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Trinité-et-Tobago pour la promotion et la protection réciproques des investissements, signé le 11 septembre 1995, entré en vigueur le 8 juillet 1996, art. XVII : « Application et exceptions générales » :

3) A condition que de telles mesures ne soient pas appliquées de manière arbitraire ou injustifiable, ou qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée aux échanges internationaux ou à l'investissement, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher une Partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures, y compris des mesures de protection de l'environnement :

- .....
- b) nécessaires pour assurer, protéger la vie ou la santé des humains, des animaux et des végétaux ; ou
- c) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, vivantes ou non, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationale.

51. Voir le dernier modèle canadien de TBI (2004), l'article 10 : « Exceptions générales » :

1. A condition qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ou une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement internationaux, le présent accord n'a pas pour effet d'empêcher les Parties d'adopter ou d'exécuter des mesures nécessaires :

- a) à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et à la préservation des végétaux ;
- b) à l'exécution de lois et règlements compatibles avec les dispositions du présent accord ;
- c) à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou non biologiques.

.....

4. Aucune disposition du présent accord n'a pour effet :

- .....
- c) d'empêcher une Partie de prendre des mesures en application de ses

Conseil de sécurité sur le fondement du chapitre VII de la Charte, qui visent matériellement les entreprises complices de graves violations des droits de l'homme et qui tendent à la mise en place d'une procédure de suivi gérée par le Conseil de sécurité, comme cela s'est passé notamment dans le cas du Congo (cf. *supra* section 2, paragraphe 1, titre A), on ne voit aucun obstacle à l'interprétation de cette exception dans un sens permettant l'adoption de mesures d'exécution qui porteraient atteinte aux investisseurs. Cela à la double condition, d'une part, qu'elles ne soient pas appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre investissements ou investisseurs ni une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement international et, d'autre part, que le principe de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé soit respecté. Dans le même esprit, la CNUCED a reconnu explicitement que la plupart des TBI :

« allow contracting parties to derogate from the non-discrimination standard, if this is necessary for the maintenance of public order, public health or public morality. Nevertheless, it is hard to identify concrete cases where, for example, the maintenance of public order would actually require discriminating among foreign investors, although the case of a foreign investor being involved in systematic abuses of human rights might elicit such a response, especially if required by the resolution of an international organization. »<sup>52</sup>

engagements au titre de la Charte des Nations Unies, en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Cf. aussi la règle relative à l'expropriation contenue dans les accords de libre-échange les plus récents entre les Etats-Unis et le Chili et les Etats-Unis et Singapour. Sur ce point voir W. Ben Hamida, « L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents », *Journal du droit international*, n° 2, 2004, pp. 419-441, spéc. p. 430 :

« les deux accords ajoutent également qu'excepté de rares circonstances les mesures réglementaires non discriminatoires adoptées pour protéger le bien-être des citoyens, comme la santé publique et l'environnement, ne constituent pas des mesures d'expropriation indirecte ».

52. CNUCED, *Most-Favoured-Nation Treatment, Unctad Series on Issues in International Investment Agreements*, New York et Genève, 1999, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III), pp. 15 et 16 :

« Furthermore, the Energy Charter Treaty contains an exception clause in respect of the maintenance of public order and the protection of human, animal or plant life or health. With regard to public order, a contracting party is allowed to take any measure it considers necessary, except measures that would affect the treaty obligations concerning expropriation and losses due to war and civil disturbance (article 24, paragraph 3c). With regard to the protection of human, animal or plant life or health, a contracting party can take any measure, provided that it does not constitute a disguised restriction on economic activity in the energy sector, or arbitrary or unjustifiable discrimination between contracting parties or between

Au-delà des exceptions générales, il y a aussi des TBI qui prévoient des exceptions spécifiques dont le contenu est plus limité.

Parmi les TBI conclus par l’Afrique du Sud, par exemple, il y en a certains qui contiennent une exception au traitement juste et équitable et non discriminatoire pour permettre à l’Etat d’adopter des mesures relevant du domaine des droits de l’homme, telles celles que le gouvernement voudrait adopter contre la discrimination raciale en faveur de la participation des Noirs dans l’économie du pays, en facilitant leur accès à la propriété et à la gestion des entreprises<sup>53</sup>.

investors or other interested persons of contracting parties » (art. 24, par. 2, al. b), point i)).

Cf., à ce propos, les TBI conclus entre l’Allemagne et Singapour, signé le 3 octobre 1973 ; l’Allemagne et la Jordanie, signé le 15 juillet 1974 ; l’Allemagne et le Bangladesh, signé le 6 mai 1981 ; l’Allemagne et la Bolivie, signé le 23 mars 1987 ; l’Allemagne et la Chine, signé le 1<sup>er</sup> décembre 2003 :

« *Article 3 — Treatment of Investment*

(1) Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.

(2) Each Contracting Party shall accord to investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party treatment not less favourable than that accorded to the investments and associated activities by its own investors.

(3) Neither Contracting Party shall subject investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party to treatment less favourable than that accorded to the investments and associated activities by the investors of any third State.

(4) The provisions of Paragraphs 1 to 3 of this Article shall not be construed so as to oblige one Contracting Party to extend to the investors of the other Contracting Party the benefit of any treatment, preference or privilege by virtue of

(a) any membership or association with any existing or future customs union, free trade zone, economic union, common market ;

(b) any double taxation agreement or other agreement regarding matters of taxation. »

Et le Protocole de préciser :

« 4. *Ad Article 3 :*

(a) The following shall more particularly, though not exclusively, be deemed “activity” within the meaning of Article 3 (2) : the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of an investment. The following shall, in particular, be deemed “treatment less favourable” within the meaning of Article 3 : unequal treatment in the case of restrictions on the purchase of raw or auxiliary materials, of energy or fuel or of means of production or operation of any kind as well as any other measures having similar effects. Measures that have to be taken for reasons of public security and order, public health or morality shall not be deemed “treatment less favourable” within the meaning of Article 3. »

53. Voir les TBI conclus entre l’Afrique du Sud et le Chili, la République tchèque et Maurice en 1998 :

Le modèle de TBI adopté en 2004 par les Etats-Unis contient à l'article 13 une disposition expresse concernant la relation entre investissements et droits des travailleurs. Mais, en dépit des apparences, celle-ci n'a aucune portée novatrice<sup>54</sup> : bien qu'elle fasse référence pour la première fois dans un TBI aux droits des travailleurs, qualifiés de *internationally recognised labour rights*, elle est encore loin d'imposer des obligations expresses aux Etats et matériellement aux investisseurs en matière de protection des droits des travailleurs. Elle n'impose en effet qu'une obligation de consultation entre les Parties.

*Article IV — Treatment of Investments*

(1) Each Party shall guarantee fair and equitable treatment in its territory to investments made by investors of the other Party and shall ensure that the exercise of the right thus recognised shall not be hindered in practice.

(2) Each Party shall accord to investments made in its territory by investors of the other Party a treatment which is no less favourable than that accorded to the investments of its own investors or of investors of any third country, whichever is more favourable.»

Et le Protocole d'ajouter :

«Ad Article IV :

«Without detriment to the provisions of this Agreement ensuring fair, equitable and non-discriminatory treatment, the provisions to paragraph (2) of Article IV shall not be construed so as to oblige the Republic of South Africa to extend to the investors of the other Party the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from any law or other measure the purpose of which is to promote the achievement of equality in its territory, or designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination in its territory.»

54.

*Article 13 — Investment and Labor*

1. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall strive to ensure that it does not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such laws in a manner that weakens or reduces adherence to the internationally recognized labor rights referred to in paragraph 2 as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory. If a Party considers that the other Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

2. For purposes of this article, «labor laws» means each Party's statutes or regulations, or provisions thereof, that are directly related to the following internationally recognized labor rights :

- (a) the right of association ;
- (b) the right to organize and bargain collectively ;
- (c) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor ;
- (d) labor protection 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 ; and

acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.

SECTION 5 **INVESTISSEMENTS,  
DROITS DE L'HOMME ET ARBITRAGE  
ENTRE ÉTAT ET INVESTISSEUR ÉTRANGER  
SUR LE FONDEMENT DES TRAITÉS  
D'INVESTISSEMENTS**

Compte tenu du caractère très limité et le plus souvent tout à fait exceptionnel des références dans les TBI aux droits de l'homme, seule une démarche interprétative alternative ou complémentaire pourra résoudre les interférences entre les normes sur la protection des investissements et les normes sur la protection des droits de l'homme et assurer une cohérence d'ensemble.

La question se pose tout d'abord du droit applicable au contentieux arbitral entre Etat et investisseur (paragraphe 1). Une fois démontrée l'absence de contraintes d'ordre structurel s'opposant à l'application du droit international dans son ensemble, la voie est ouverte à l'appréciation de toutes les conséquences de cette application.

Il s'agit avant tout d'apprécier la portée de cette application dans la résolution des interactions entre la mise en œuvre des obligations de protection des investissements et des droits de l'homme et des conséquences qui en découlent en matière de la responsabilité internationale de l'Etat (paragraphe 2).

Il faudra alors s'interroger sur la nature des obligations internationales invocables par l'Etat (A), pour ensuite poser la question de savoir si la distinction entre normes impératives et normes non impératives joue un rôle quelconque dans l'appréciation de la conduite étatique aux fins de la mise en œuvre de la protection des investissements (B et C).

Puis, poussant l'analyse à l'arbitrage entre Etat et investisseurs (paragraphe 3), il s'agit de s'interroger sur la possibilité pour l'Etat, une fois admise l'existence d'obligations internationales des investisseurs (A), de former des demandes reconventionnelles contre l'investisseur étranger, responsable d'avoir eu des comportements contraires à ses propres obligations internationales (B).

Paragraphe 1 **Le droit international en tant que droit applicable au règlement des différends entre Etat et investisseur**

La formulation des clauses de règlement des différends pourrait à première vue constituer un obstacle à l'invocation par l'Etat d'obligations internationales autres que celles prévues dans les traités sur les investissements.

Ces trois exemples de clauses de résolution des différends entre Etat et investisseur se retrouvent dans la plupart des TBI :

- (a) « Tout différend surgissant entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante et se rapportant à une plainte de l'investisseur selon laquelle une mesure prise ou non prise par la première Partie contractante constitue une violation du présent accord, et selon laquelle l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison de cette violation, est autant que possible réglé à l'amiable ... »
- (b) « This Part applies to disputes between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an alleged breach of an obligation of the former under this Agreement which causes loss or damage to the investor or its investment. »
- (c) « Any dispute concerning investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party. »

Différentes de la clause *c*) dont la formulation est très large, les clauses *a*) et *b*) portent uniquement sur les obligations des Etats vis-à-vis de l'investisseur. Mais les dispositions sur le règlement des différends doivent être interprétées à la lumière des clauses de droit applicable qui renvoient le plus souvent au droit international<sup>55</sup> :

« A tribunal established under this Part shall decide the dispute in accordance with this Agreement and applicable rules and principles of international law. »

L'application du droit international s'impose d'une manière générale dans le cadre multilatéral du CIRDI, de l'ALENA et du Traité sur la Charte de l'énergie. L'article 42 de la Convention de Washington, l'article 1130 de l'ALENA et l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie, en dépit de leurs différentes formulations, désignent le droit international comme applicable pour trancher le litige.

A cet égard, la doctrine n'a pas manqué de préciser la portée de cette référence. Elle a établi que

« le droit international qui doit être nécessairement respecté n'est pas constitué seulement par le droit impératif (*jus cogens*), mais comprend aussi toutes les règles du droit coutumier et les conventions bilatérales et multilatérales applicables »<sup>56</sup>.

55. C. Leben, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », *op. cit.*, spéc. p. 309.

56. A. Giardina, « Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire », *Revue de l'arbitrage*, n° 3 (2003), pp. 647-666, spéc. p. 655. Voir aussi A. Giardina, « L'exécution des sentences du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », *Revue critique de droit international privé*, 1982, pp. 273 ss., spéc. p. 286 :

« les obligations onéreuses assumées par les Etats membres en raison du système arbitral du Centre ne sont compréhensibles et justifiables que si

La nécessaire application du droit international général et conventionnel dans le contentieux Etat-investisseur s'impose, pour ce qui nous intéresse, en raison surtout de la renonciation à l'exercice de la protection diplomatique et de l'obligation pour tous les Etats contractants de respecter et faire exécuter les sentences rendues<sup>57</sup>. Ayant à l'esprit ces considérations fondamentales, on ne peut que conclure en faveur de l'application par les tribunaux arbitraux du droit international général et conventionnel en matière de droits de l'homme. Il ne s'agit pas pour les arbitres d'appliquer *principaliter* les normes internationales de protection des droits de l'homme dans le contentieux entre Etat et investisseur<sup>58</sup>. La solution pro-

---

les sentences en question sont conformes à ce que peut prévoir en la matière le droit international. On se réfère, en particulier, à l'obligation des Etats qui ont accepté la juridiction du Centre (article 27 de la Convention) de s'abstenir de l'exercice de la protection diplomatique de leurs ressortissants. On se réfère, surtout, à l'obligation pour tous les Etats membres d'assurer, sans exceptions ou limites, la reconnaissance et l'exécution des sentences du Centre (article 54 de la Convention).»

57. A. Giardina, «Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire», *op. cit.*, spéc. p. 661 :

« Cette application est imposée par les accords instituant ces cadres particuliers et sa justification réside dans leurs caractères fondamentaux : suspension et limitation de la protection diplomatique ; obligation pour tous les Etats contractants de respecter et faire exécuter les sentences, différend entre Etats contractants possible seulement en cas de désaccord sur l'application et l'interprétation des accords institutifs. »

Sur le droit applicable au règlement des différends entre Etat et investisseur dans le CIRDI, voir B. Goldman, «Le droit applicable selon la Convention de la BIRD du 18 mars 1965 pour le règlement des différends entre Etats et ressortissants d'autres Etats», *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Paris, 1969, p. 144 ; A. Giardina, «La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 677 ; C. Schreuer, *The ICSID Convention : A Commentary*, Cambridge, 2001, pp. 549 ss. ; I. Shihata et A. Parra, «Applicable Substantive Law in Disputes between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration under the ICSID Convention», *Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Applicable Law in International Arbitration* (dir. publ. A. J. van den Berg), La Haye, Londres, Boston, 1996, pp. 294-319 ; C. Leben, «La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements», *op. cit.*, spéc. pp. 276-296. Sur l'article 26 du Traité sur la Charte de l'énergie : F. Poirat, «L'article 26 du Traité relatif à la Charte de l'énergie : procédure de règlements des différends et statut des personnes privées», *op. cit.*, pp. 45-82 ; T. Wälde, «Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty From Dispute Settlement to Treaty Implementation», *Arbitration International*, 1996, pp. 429 ss.

58. Cette possibilité a été déjà écartée par les arbitres dans l'affaire CNUDCI *Biloune v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, *International Law Reports*, vol. 95, pp. 183-232, spéc. p. 203 :

« while the acts alleged to violate the international human rights of Mr Biloune *may be relevant* in considering the investment dispute under arbitration, this Tribunal lacks jurisdiction to address, *as an indepen-*

posée ici est essentiellement interprétative et permet de lire les dispositions concernant la protection des investissements à la lumière des normes pertinentes sur la protection des droits de l'homme (coutumières ou conventionnelles), pour en tirer les conséquences aux fins du règlement du litige porté devant les arbitres<sup>59</sup>.

Par cette voie, on parvient à compléter l'opération d'ancrage du droit des investissements étrangers dans le droit international<sup>60</sup>, compte tenu de l'absence de contraintes d'ordre structurel qui s'y opposeraient.

Le droit international des investissements n'est en réalité que le produit normatif d'un réseau d'instruments juridiques constitué essentiellement de traités bilatéraux relatifs à la protection des investissements<sup>61</sup>. La convergence substantielle des dispositions contenues dans les conventions bilatérales portant sur la non-discrimination, le traitement national, le standard minimum, l'expropriation pour seules causes d'utilité publique et l'indemnisation du préjudice subi par l'investisseur relève-

---

*dent cause of action, a claim of violation of human rights*» (l'italique est de nous).

M. Biloune invoquait l'application à titre principal dans le contentieux arbitral des normes de protection des droits de l'homme, dont il dénonçait les violations commises par l'Etat d'accueil.

59. Cf. *mutatis mutandis* les observations sur le rapport entre OMC et droit international de P. Picone, «L'OMC e il diritto internazionale», dans P. Picone et A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padoue, Cedam, 2002, pp. 623-650, spéc. p. 629.

60. Sur la consécration de cet ancrage opéré par les conventions bilatérales et multilatérales sur les investissements, après «le paradoxe — et l'infirmité congénitale» de la théorie de l'internationalisation du contrat et les résistances des partisans de l'idéologie du nouvel ordre économique international, voir E. Gaillard, «Chronique des sentences arbitrales», *Journal de droit international*, n° 1 (2004), spéc. p. 214; F. Rigaux, «Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale», *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 435-459; G. Sacerdoti, *I contratti fra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milan, 1972, p. 215; A. Giardina, «State Contracts: National versus International Law?», *Italian Yearbook of International Law*, 1980-1981, pp. 147 ss. *Id.*, «Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?», *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2003, pp. 647 ss.; C. Leben, «Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci», *Mélanges offerts au professeur H. Thierry*, Paris, 1998, pp. 247-280, spéc. p. 264; *Id.*, «Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'Etat», *Souveraineté des Etats et marchés internationaux à la fin du 20<sup>e</sup> siècle, Mélanges offerts à Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2001, pp. 119-175; *Id.*, «L'évolution de la notion de contrat d'Etat», *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 629 ss., spéc. pp. 643-644; F. Poirat, «L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'énergie: procédure de règlement des différends et statut des personnes privées», *op. cit.*, pp. 45-82; M. Salem, «Investissement étranger et droit international», *Mélanges offerts à Philippe Kahn, op. cit.*, pp. 367-388, spéc. p. 378.

61. M. A. Bekhechi, «Droit international et investissement international: quelques réflexions sur des développements récents», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 109-124, spéc. p. 112.

raient pour certains auteurs d'un mouvement de remembrement coutumier du droit international des investissements<sup>62</sup>.

En dépit de cette concordance et surtout après les échecs récents de négociation d'un projet d'accord multilatéral sur les investissements, le droit international des investissements est loin de pouvoir être érigé en système normatif autonome et autosuffisant, imperméable aux influences d'autres normes du droit international général ou conventionnel<sup>63</sup>.

Les caractéristiques fondamentales des mécanismes arbitraux multilatéraux du CIRDI, de l'ALENA et du Traité sur la Charte de l'énergie, relatives à l'engagement pris par les Etats de reconnaître le caractère obligatoire de la sentence arbitrale et d'en assurer l'exécution dans l'ordre interne, imposent aux arbitres d'appliquer le droit international dans son intégralité pour assurer que la sentence arbitrale soit conforme *in toto* au droit international.

Dans cette perspective, il serait donc très difficile de nier que la sentence qui tranche le litige en faveur de l'investisseur, en omettant de considérer, dans l'appréciation de mesures prises par l'Etat, l'exigence de celui-ci de s'acquitter des obligations internationales sur la protection des droits de l'homme, consacrées dans des règles internationales, le cas échéant impératives, ne serait pas en harmonie ou en conformité avec le droit international. Et, par conséquent, il serait aussi très difficile de nier le droit de l'Etat à la remise en cause de son obligation de reconnaissance et d'exécution des sentences.

## Paragraphe 2 **Les obligations des Etats en matière de protection des droits de l'homme et leur interaction avec les investissements internationaux**

Deux questions se posent successivement : tout d'abord, celle de savoir quelles sont les obligations internationales en matière de droit de l'homme que l'Etat peut invoquer comme moyen de défense contre la demande en compensation de l'investisseur. Ensuite, celle de savoir si les mesures prises par l'Etat pour s'acquitter de ces mêmes obligations, relevant le cas échéant du *jus cogens*, peuvent jouer un rôle sur la détermination de leur caractère expropriateur ou discriminatoire ou bien sur la relation d'équivalence apte à neutraliser l'obligation conventionnelle de protection des investissements et, en particulier, l'obligation

62. P. Juillard, *Rapport au colloque de la SFDI sur les Nations Unies et le droit international économique*, Paris, Pedone, 1986, pp. 101 ss., spéc. pp. 124-125.

63. Cf. B. Simma, « Self-Contained Regimes », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, pp. 111-136. Pour une critique de la théorie des systèmes autosuffisants et autonomes, voir P. Picone et A. Ligustro, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, op. cit., pp. 623-625.

d'indemnisation, ou bien avoir une incidence quelconque sur la détermination de son montant<sup>64</sup>.

*A. Les obligations positives de l'État d'accueil en matière de protection des droits de l'homme et leur interférence avec la protection internationale des investissements*

Le pivot du raisonnement repose sur les conséquences qui dérivent de l'affirmation de la notion d'« obligations positives ». Son contenu consiste, selon la formule utilisée dans l'affaire *Lopez-Ostra c. Italie* du 9 décembre 1994, par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'obligation pour l'Etat « d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits » de l'homme. La théorie des obligations positives comporte l'idée que

« la responsabilité de l'Etat pourra être engagée non seulement du fait de son ingérence « active » dans tel ou tel droit mais aussi du fait de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait »<sup>65</sup>.

Cette ingérence, qualifiée de passive, recouvre non seulement l'inertie de l'Etat qui en soi porte atteinte au droit garanti, mais aussi l'abstention qui permet aux tiers d'interférer dans le droit garanti<sup>66</sup>. La responsabilité de

64. Cf. l'argument invoqué par l'Egypte dans l'affaire CIRDI du *Plateau des Pyramides*, vol. XXXII (1993), pp. 933-985, spéc. p. 974, par. 191. Sur cette affaire, voir les observations de P. Kahn, « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, pp. 1539-1550, spéc. p. 1545 :

« Le Tribunal arbitral a admis, et c'est sans doute un des aspects novateurs de la sentence, que des activités commerciales menaçant un monument ou un site faisant partie du Patrimoine commun de l'humanité pouvaient devenir illicites au regard du droit international et que cette menace pouvait justifier une annulation de contrats (sous réserve que le moyen de protection utilisé par l'autorité administrative soit proportionné)... »

D'ailleurs, la protection envisagée n'a pas été appliquée dans le cas d'espèce, où « l'utilité publique internationale n'a joué aucun rôle modérateur et l'indemnité d'expropriation, au lieu d'être en quelque sorte une indemnité objective pour rétablir l'équilibre devant les charges publiques, a été calculée comme si elle jouait le rôle d'une pénalité sanctionnant l'expropriation d'une richesse naturelle ou d'un ensemble industriel ».

65. F. Sudre, « Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1995, pp. 363-384, spéc. p. 369. Voir B. Conforti, « Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations, the Case-Law of the European Court of Human Rights », *Italian Yearbook of International Law*, n° 13 (2005), pp. 3-10.

66. F. Sudre, *op. cit. supra* note 65, p. 372 :

« L'ingérence passive résulte ici d'une défaillance du système du droit

L'Etat est engagée en raison du manque de diligence : le fait générateur de la responsabilité est l'omission de l'Etat qui n'a pas pris des mesures adéquates pour prévenir les comportements des particuliers qui ont porté atteinte aux droits. Dans le choix des moyens pour remplir l'obligation positive, l'Etat jouit d'une marge d'appréciation assez large, pourvu qu'il y ait un juste équilibre entre les intérêts de l'individu et de la société et que soit respectée la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but poursuivi.

Ce qui doit être remarqué, c'est que la Cour a reconnu la possibilité de faire jouer la théorie des obligations positives pour tout droit, lui conférant un champ d'application général<sup>67</sup>.

La responsabilité de l'Etat n'est pas remise en cause par la vague de privatisations, libéralisations et dérégulations. Tout au contraire, on assiste à une définition progressive des contours de la responsabilité internationale de l'Etat en raison de l'importance accrue acquise par les obligations positives depuis l'apparition de nouveaux pièges pour la protection effective des droits de l'homme dérivant du secteur privé<sup>68</sup>. L'Etat d'accueil a donc l'obligation positive d'adopter toutes les mesures nécessaires pour assurer que les activités économiques menées par les entreprises ne portent pas atteinte aux droits de l'homme.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>69</sup>, la Cour inter-

---

interne telle qu'elle a rendu possible ou toléré la violation par un particulier, ou un groupe de particuliers, d'un droit protégé par la convention.»

Voir affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*.

67. F. Sudre, *Droit européen, op. cit.*, pp. 230 et 232. En ce qui concerne la protection des droits économiques, sociaux et culturels, cf. aussi «The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights», Nations Unies, doc. E/C.12/2000/13, par. 18 :

«The obligation to protect includes the State's responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights. States are responsible for violations of economic, social and cultural rights that result from their failure to exercise *due diligence* in controlling the behaviour of such non-state actors.»

68. U. Stokke, «What is Left of State Responsibility. Turning State Obligations into State Responsibility in the Field of Economic, Social and Cultural Rights», dans M. Scheinin et M. Suksi (dir. publ.), *Empowerment, Participation, Accountability and Non-Discrimination: Operationalising a Human Rights-Based Approach to Development. Human Rights in Development Yearbook 2002*, Leiden, Boston, Oslo, 2005, pp. 39-70.

69. Communication n° 167/1984, «Bernard Ominayak, Chief of the Lubikon Lake Band v. Canada», *Official Records of the Human Rights Committee*, 1989-1990, vol. II, pp. 381-391. «Francis Hopu and Tepoaitu Bessert v. France», *Report of the Human Rights Committee*, vol. II, Nations Unies, doc. A/52/40, pp. 70-83, CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1, 29 décembre 1997.

américaine<sup>70</sup> et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>71</sup> partagent la même conception des obligations positives et ils en ont fait application pour établir la responsabilité de l'Etat d'accueil du fait de l'absence de contrôle des activités économiques, susceptibles d'interférer dans la jouissance des droits de l'homme.

Pour sa part, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (dans son observation générale n° 15 (2002)) a expressément affirmé l'existence pour l'Etat de l'obligation d'empêcher des tiers d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à l'eau et de prendre les mesures législatives et autres nécessaires et effectives pour empêcher, par exemple, que des tiers refusent l'accès en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat et de veiller à ce que les tiers qui gèrent ou

70. La Cour américaine des droits de l'homme a affirmé dans l'affaire *Velasquez Rodríguez* que :

« Un acte attentatoire aux droits de l'homme et qui, initialement, ne serait pas directement imputable à un Etat — par exemple s'il est l'œuvre d'un particulier ou si son auteur n'est pas identifié — peut néanmoins engager la responsabilité internationale de cet Etat, non en raison du fait lui-même mais en raison du manque de diligence de l'Etat pour prévenir la violation de droits de l'homme ou la traiter dans les termes requis par la Convention. »

Cf. G. Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », Société française pour le droit international, *Colloque du Mans. La responsabilité dans le système international*, Paris, 1991, pp. 101-135, spéc. p. 106 :

« La nécessité d'assurer aux droits de l'homme une protection effective donne aussi la mesure de la portée des obligations étatiques. La Cour interaméricaine [arrêt du 29 juillet 1988 *Velasquez c. Honduras*, n. d. r.], après la Cour européenne [arrêt *Marckx*, 13 juin 1979], a très bien noté que l'exécution d'un engagement suppose non seulement que l'Etat s'abstienne d'ingérence prohibée mais qu'il doit au surplus prendre toutes les mesures positives, pour donner corps à la liberté y compris dans les relations individuelles. »

Voir aussi Inter-American Court of Human Rights, « The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community Case », 31 août 2001, *International Human Rights Report*, vol. 10 (2003), n° 3, pp. 758-828. Cf. S. J. Anaya et S. T. Crider, « Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries : The Case of Awas Tingni, Nicaragua », *Human Rights Quarterly*, vol. 18 (1996), pp. 345-367.

71. Cf. les observations du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le rapport présenté par le Nigéria en 1998 portant sur l'application du Pacte, où il :

« notes with alarm the extent of the devastation that oil exploration has caused to the environment and the quality of life in those areas, including Ogoni land where oil has been discovered and extracted without due regard for the health and well-being of the people and their environment » (Nations Unies, doc. E/1999/22, p. 31, par. 123).

Sur l'affaire des Ogoni, voir communication 155/96, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*.

contrôlent les services ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante<sup>72</sup>. Le Comité est même parvenu à rédiger une liste non exhaustive des mesures que l'Etat doit prendre pour assurer que l'eau soit abordable :

« 27. States parties must adopt the necessary measures that may include, *inter alia*: (a) use of a range of appropriate low-cost techniques and technologies ; (b) appropriate pricing policies such as free or low-cost water ; and (c) income supplements. Any payment for water services has to be based on the principle of equity, ensuring that these services, whether privately or publicly provided, are affordable for all, including socially disadvantaged groups. Equity demands that poorer households should not be dispro-

<sup>72</sup> Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 15*, doc. E/C.12/2002/11. M. McFarland Sanchez-Moreno et T. Higgins, « No recourse : Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights in Bolivia », *Fordham International Law Journal*, vol 27 (2004), n° 5, pp. 1663-1805., spéc. p. 1729 :

« State obligations regarding the right to water fall into three categories : to respect, protect and fulfill. . . . The duty to protect requires States to take measures to ensure that the right to water is not interfered with by a third party, including legislative measures and the establishment of regulatory systems. »

Cf. « ESCR Committee, General Comment No. 15, "The Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)" », Nations Unies, doc. E/C.12/2002/11 (29<sup>e</sup> session 2002), qui, après avoir énoncé en quoi consiste le droit à l'eau (« 2. The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses »), précise le contenu de l'obligation de protection dans les termes suivants :

« (b) *Obligations to protect*

23. The obligation to *protect* requires State parties to prevent third parties from interfering in any way with the enjoyment of the right to water. Third parties include individuals, groups, corporations and other entities as well as agents acting under their authority. The obligation includes, *inter alia*, adopting the necessary and effective legislative and other measures to restrain, for example, third parties from denying equal access to adequate water ; and polluting and inequitably extracting from water resources, including natural sources, wells and other water distribution systems.

24. Where water services (such as piped water networks, water tankers, access to rivers and wells) are operated or controlled by third parties, States parties must prevent them from compromising equal, affordable, and physical access to sufficient, safe and acceptable water. To prevent such abuses an effective regulatory system must be established, in conformity with the Covenant and this General Comment, which includes independent monitoring, genuine public participation and imposition of penalties for non-compliance.

portionately burdened with water expenses as compared to richer households.»<sup>73</sup>

La possibilité pour l'Etat d'adopter une politique appropriée en matière de prix (eau gratuite ou à bas prix) se base sur le principe d'équité, qui exige que les dépenses en eau ne représentent pas pour les foyers les plus pauvres un poids excessif. Cela est susceptible de jouer un rôle important dans le contentieux arbitral en matière de privatisation des services, si la question touche la politique des prix imposée par l'Etat.

Egalement dans son observation générale n° 14 (2000) sur le droit à la santé, le Comité précise que

« 51. Violations of the obligation to protect follow from the failure of a State to take all necessary measures to safeguard persons within their jurisdiction from infringements of the right to health by third parties. This category includes such omissions as the failure to regulate the activities of individuals, groups or corporations so as to prevent them from violating the right to health of others; the failure to protect consumers and workers from practices detrimental to health, e.g. by employers and manufacturers of medicines or food; the failure to discourage production, marketing and consumption of tobacco, narcotics and other harmful substances; the failure to protect women against violence or to prosecute perpetrators; the failure to discourage the continued observance of harmful traditional medical or cultural practices; and the failure to enact or enforce laws to prevent the pollution of water, air and soil by extractive and manufacturing industries.»<sup>74</sup>

Compte tenu des précisions apportées à la notion d'obligation positive, il faut poser maintenant la question de savoir si l'Etat peut utiliser son pouvoir législatif pour prendre des mesures de protection des droits de l'homme qui touchent les intérêts des investisseurs.

*B. Droits de l'homme et mise en œuvre des obligations positives découlant de normes impératives du droit international général: essai d'identification des conséquences sur la protection internationale des investissements dans le contentieux arbitral entre État et investisseur*

Dans le but d'identifier les obligations internationales, dont l'Etat pourrait se prévaloir dans le contentieux contre l'investisseur,

73. Nations Unies, doc. E/C.12/2002/11 (vingt-neuvième session 2002), par. 27.

74. Observation générale n° 14 (2000), E/C.12/2000/4, (vingt-deuxième session), « The Right to the Highest Attainable Standard of Health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ».

il convient de rappeler l'ancienne affaire de l'*Enterprize*. Les autorités américaines cherchaient à obtenir réparation de la libération opérée par les autorités britanniques des esclaves, qui étaient détenus captifs à bord des navires négriers américains. Selon l'arbitre unique :

« At the time of the transaction on which the claim is founded, slavery existed by law in several countries and was not fully abolished in the British Dominions. It could not, then, be contrary to the law of nations, and the *Enterprize* was as much entitled to protection as though her cargo consisted of any other description of property. »<sup>75</sup>

A partir de ces données, la doctrine a retenu que

« *a contrario*, cette solution laisse entendre que, si la traite des Africains avait été illicite en droit international, la libération des esclaves n'aurait pas donné lieu à indemnisation. En effet, indemniser l'atteinte à une activité contraire au droit international reviendrait à conférer à cette activité un caractère licite »<sup>76</sup>.

Dans cette perspective classique, qui demeure encore interétatique, puisqu'elle ne met pas en cause directement la licéité de la conduite de l'investisseur, l'adoption de mesures portant atteinte à l'investissement, mais qui se concrétisent dans l'exécution d'une obligation internationale opposable à l'Etat national de l'investisseur, aurait pour effet de rendre vaine l'obligation d'indemnisation en raison des modalités de l'exploitation de l'investissement.

Cette démarche se révèle extrêmement utile pour permettre à l'Etat d'accueil de faire appel, comme moyen de défense, à des mesures d'exécution de règles internationales impératives telles que l'interdiction du travail forcé, la prohibition du génocide, de la torture, et plus en général des crimes de guerre et contre l'humanité, dont l'opposabilité est *erga omnes*.

Du reste, on l'a vu, les exceptions générales à la protection des investissements, dans leur formulation la plus récente, ouvrent la voie à une interprétation des dispositions du traité qui est susceptible d'aboutir à la soustraction de l'opération d'investissement du domaine de la protection, si de graves violations de droits de l'homme sont commises dans la réalisation d'un projet d'investissement.

La neutralisation de l'obligation d'indemnisation, en demeurant dans l'orthodoxie du droit international fait par et pour les Etats, pourrait

75. Sentence de l'*Enterprize* (1855), dans Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4373, rapportée par Y. Nouvel, *op. cit.*, spéc. pp. 99-100.

76. *Ibid.*, p. 100.

s'expliquer en raison du caractère impératif et *erga omnes* de l'obligation internationale en exécution de laquelle l'Etat a adopté une mesure de dépossession substantielle qui porte atteinte à la protection des investissements, pourvu qu'elle respecte le principe de proportionnalité.

Il ne s'agit pas d'apprécier *de jure* ou *de facto* la licéité de la conduite des entreprises privées<sup>77</sup>, mais de tirer les conséquences logiques d'une systématisation des normes qui depuis cinquante ans a évolué vers une verticalisation normative, qui présuppose l'existence d'une hiérarchie *sui generis* des normes internationales. Dans cette perspective, l'obligation de protection des investissements devrait céder devant la protection des intérêts supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble, dont les normes de protection des droits de l'homme sont l'expression<sup>78</sup>.

Ainsi, le refus d'indemniser le préjudice subi par l'investisseur du fait de la révocation d'une concession d'exploitation, réalisée par l'Etat en exécution de l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour mettre fin au recours au travail forcé par le concessionnaire, est justifié non pas par l'effet de rendre illicite la conduite privée. C'est le caractère impératif et *erga omnes* de l'obligation qui l'emporte sur la protection des investissements.

Il faut faire ici référence à l'article 41, paragraphe 3, du projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Il énonce la règle selon laquelle les conséquences particulières qui s'attachent à une violation grave d'une obligation impérative restent sans préjudice de toute conséquence supplémentaire qui peut entraîner, d'après le droit international, une violation de ces normes.

Cette disposition peut être interprétée ainsi : si le droit international impose à l'Etat l'adoption de mesures réglementaires pour mettre fin à des comportements privés contraires à des normes impératives, l'Etat n'est pas tenu d'indemniser l'investisseur. En effet, l'indemnisation aurait pour effet la reconnaissance par l'Etat de la licéité d'une situation créée

77. Cf. P. Picone, « Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica internazionale », dans P. Picone et G. Sacerdoti, *Diritto internazionale dell'economia*, Milan, 1991, pp. 31-105, spéc. p. 89, n. 121, qui observe qu'il se peut que des situations « vengano "valutate" dal diritto internazionale proprio a causa delle loro caratteristiche materiali », susceptibles de produire *in concreto* des effets sur l'équilibre de la communauté internationale.

78. *Contra*, soulignant « l'indifférenciation des règles » internationales, J. Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système », *Archives de philosophie du droit*, vol. 31 (1976), pp. 87-105, spéc. 89 :

« [p]uisque le droit international repose entièrement sur l'acceptation d'obligations par des Etats également souverains ; ni le nombre d'Etats qui concourent à leur formation, ni la dignité particulière de l'objet sur lequel elles portent ne sont pertinents pour déterminer un ordre hiérarchique... »

entre normes conventionnelles aussi bien qu'entre règles coutumières et règles conventionnelles.

par une violation grave d'une norme impérative, ce qui serait contraire et incompatible avec la mise en œuvre des obligations positives de protection. Cette solution s'impose même dans le cas où l'Etat participe, aide ou assiste l'investisseur dans la mise en œuvre de la violation (article 16 du projet appliqué extensivement à la complicité de l'Etat avec l'entreprise). Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite de l'Etat n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat d'exécuter l'obligation violée (article 29 du projet) et, plus précisément, d'y mettre fin si ce fait continue.

S'il est admis que, en raison de leur contenu et des valeurs fondamentales dont elles sont l'expression, les obligations relevant du droit impératif peuvent jouer un rôle, qu'en est-t-il de la possibilité pour l'Etat de faire référence à d'autres obligations internationales relatives à la protection des droits civils ou politiques ou bien des droits économiques, sociaux et culturels qui ne relèvent pas de la catégorie limitée du droit impératif? Les règles non impératives relatives à la protection internationale des droits de l'homme tels que le droit à l'eau, le droit à la santé, le droit à un environnement sain et les droits des populations autochtones sont susceptibles de trouver application dans le contentieux des investissements.

*C. Droits de l'homme et mise en œuvre d'obligations positives découlant d'autres normes internationales : essai d'identification des conséquences sur la protection internationale des investissements dans le contentieux arbitral entre État et investisseur*

Les obligations conventionnelles de protection des investissements étrangers, on l'a vu, sont susceptibles d'entrer en conflit *in concreto* avec l'exécution des obligations positives inhérentes aux droits de l'homme. La violation de l'obligation de diligence engage la responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme. Il se peut que l'investisseur réclame devant les arbitres une indemnisation en raison du caractère expropriateur, discriminatoire ou contraire à toute autre obligation de protection des investissements consacrée dans un instrument international de protection et promotion des investissements, des mesures étatiques prises en exécution des obligations positives de protection des droits de l'homme. Il ressort de la pratique internationale récente des organes de protection des droits de l'homme que l'Etat est internationalement obligé d'adopter les mesures législatives et de réglementation des opérations d'investissement susceptibles de porter atteinte aux droits de l'homme. Si la licéité des mesures prises en exécution des obligations positives est ainsi démontrée, la question se pose de savoir si elles ne

donnent toutefois pas droit à l'indemnisation en raison du préjudice subi par l'investisseur. Selon une partie de la doctrine, l'exécution des obligations internationales pourrait jouer un rôle, surtout dans la détermination des cas d'expropriation indirecte, pour apprécier la relation d'équivalence et, le cas échéant, neutraliser le droit à l'indemnisation. A notre avis, la révocation d'une concession ou la rupture d'un contrat pourraient bien être considérées comme des mesures équivalentes à une expropriation, même si elles ont été prises en exécution d'une obligation internationale positive, toujours en raison de l'effet substantiel de dépossession qu'elles produisent.

Les obligations positives imposent aux Etats l'adoption de mesures législatives ou réglementaires, dont le contenu est parfois déterminé<sup>79</sup>. De ce fait, il découle uniquement la licéité internationale des mesures adoptées. Au contraire, les obligations positives n'imposent pas à l'Etat de ne pas indemniser l'investisseur qui subirait une dépossession substantielle en raison des mesures adoptées. Dans ce cas, la référence aux obligations internationales positives devrait jouer un rôle sur le calcul de l'indemnisation. Il s'agirait pour les arbitres d'apprécier le degré de cette interférence légitime et ses conséquences sur la réduction du montant que l'Etat doit verser à l'investisseur. Si cette démarche fait défaut, la sentence ne serait pas rendue en conformité avec le droit international, surtout si le montant de l'indemnisation fixée par l'arbitre négligent est tellement élevé qu'il compromet presque *in toto* la possibilité pour l'Etat d'assurer l'effectivité de la protection des droits de l'homme.

Si la mesure étatique, jugée équivalente à une expropriation ou lésant d'autres obligations de protection des investissements, est adoptée en exécution d'une obligation positive de protection des droits de l'homme qui ne relève pas de la catégorie du *jus cogens* (droit à l'eau, droit à la santé, droit à un environnement sain, droits des populations autochtones), le tribunal arbitral doit s'efforcer de trouver un équilibre entre la protection des intérêts des investisseurs et la protection des intérêts des communautés locales. Cela devrait jouer un rôle dans la détermination de l'indemnisation qui pourrait être détachée du standard de la *full compensation*.

La mesure de dépossession substantielle prise en application d'une obligation internationale pesant sur l'Etat n'a pourtant jamais pour effet juridique de rendre l'activité de l'investisseur illicite.

La licéité de la conduite de l'investisseur est susceptible d'être mise en cause uniquement si l'on accepte de franchir les bords du droit international classique pour reconnaître l'existence d'obligations internatio-

79. Cf. observation générale sur le droit à l'eau et l'explicitation des mesures que l'Etat doit adopter pour s'acquitter de ses obligations qui pèsent sur lui en vertu du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels.

nales dont les investisseurs seraient les destinataires. Cela revient à la question de savoir quelles seraient les obligations internationales des investisseurs dont la violation les empêcherait de se prévaloir de la protection des investissements consacrée dans les TBI.

Paragraphe 3 **Les obligations internationales des investisseurs en matière de droits de l'homme et l'éventuelle appréciation de la licéité de leur conduite dans le contentieux arbitral entre Etat et investisseur**

Au début de ce chapitre, on a mis en évidence l'évolution progressive du droit international vers la prise en compte directe de la conduite des entreprises transnationales, à travers l'examen de la pratique du Conseil de sécurité et des tentatives de définition des obligations internationales des entreprises faites au niveau international par la Sous-Commission de promotion et protection des droits de l'homme et au niveau interne par la jurisprudence interne en matière internationale.

Même si la tendance vers la prise en compte directe par le droit international des obligations des entreprises en matière de droits de l'homme devient de plus en plus évidente, beaucoup de difficultés demeurent pour ce qui est de l'identification de leur contenu (A). Il est encore plus douteux que ces mêmes obligations puissent trouver dans l'arbitrage un cadre favorable à leur mise en œuvre (B).

*A. Essai de définitions des obligations internationales des investisseurs en matière de droits de l'homme*

Les orientations qui se profilent dans la pratique sont essentiellement de deux ordres : la première, plus restrictive, affirme que les entreprises pourraient être tenues responsables pour avoir commis ou avoir été complices de violations graves des droits de l'homme, lesquelles coïncideraient avec la catégorie des crimes internationaux pour lesquels le droit international affirme la responsabilité internationale des individus. Les entreprises seraient les destinataires d'obligations essentiellement négatives d'abstention. L'autre, plus ambitieuse, irait bien au-delà de la catégorie limitée des crimes internationaux, en imposant aux entreprises de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme dans leur sphère d'influence et d'éviter toute complicité dans d'éventuelles violations des droits de l'homme.

La première approche a été retenue par la jurisprudence américaine fondée sur l'ATCA. Sur la base des données illustrées au début de ce chapitre, il convient maintenant de formuler quelques réflexions sur la portée juridique de cette législation interne. Aux fins du présent chapitre, il suf-

fit de constater que la portée juridique de l'ATCA est controversée, compte tenu des données souvent contradictoires émergeant de son application. La question la plus épineuse concerne la portée juridique du renvoi au droit international, pour établir la pertinence de cette jurisprudence dans la reconstruction de la responsabilité des entreprises en droit international.

Dans sa décision rendue en l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain* et al., la Cour suprême des Etats-Unis a fait un peu la lumière, en clarifiant que les entreprises investissant à l'étranger peuvent être tenues pour responsables de la violation de *internationally generated norms* ou de *international-law-based norms*. Les tribunaux appliqueraient des règles internes d'origine internationale, en vertu du renvoi contenu dans l'ATCA, qui opérerait la réception matérielle des règles internationales dans l'ordre interne<sup>80</sup>.

La caractérisation des règles issues de l'application de l'ATCA en termes de produits légaux internes ne touche en rien le caractère innovant de l'interprétation que les tribunaux ont donnée du droit international, qui, dans leur perspective, impliquerait d'ores et déjà la reconnaissance du principe de la responsabilité internationale des entreprises pour la commission ou la complicité dans la mise en œuvre des crimes internationaux.

Il convient en effet de distinguer clairement la problématique de la détermination des destinataires des obligations internationales de celle, tout à fait différente, de l'existence de règles susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux, qui touche en réalité à la définition des rapports entre ordre international et ordre interne. Si l'on admet que le droit international peut créer « immédiatement » des obligations pour les particuliers, on entend par là qu'il le fait « sans médiation ». La règle internationale impose une obligation à l'entreprise indépendamment de l'éventuelle « matérialisation de ce droit dans un ordre juridique étatique déterminé »<sup>81</sup>.

80. D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4<sup>e</sup> éd., SIDI, *Opere di Dionisio Anzilotti*, Padoue, Cedam, 1955, vol. I, spéc. p. 61, qui tout en reconnaissant la possibilité de la réception des règles internationales dans le droit interne précise que la réception :

« a) muta il *valore formale* della norma; questa diventa giuridica in quel dato ordinamento, ed i suoi rapporti con le altre norme che lo compongono si determinano perciò secondo i principî propri dell'ordinamento stesso; b) muta i *destinatari* della norma, che saranno ormai i soggetti dell'ordinamento giuridico di cui è entrata a far parte; c) muta più o meno il contenuto della norma in relazione a quello che aveva nell'ordinamento internazionale, tenuto conto dello scopo della recezione, dei subietti per cui vige, e del sistema di cui è divenuta un elemento ».

81. C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, 2001, p. 102.

Ce qu'il faut donc retenir de la jurisprudence ATCA, c'est la progressive affirmation par voie d'interprétation du principe de l'existence de règles internationales (génocide, crimes contre l'humanité, torture, travail forcé) susceptibles de violations non seulement par les Etats, mais également directement par les entreprises.

L'approche alternative, adoptée par la Sous-Commission de promotion et protection des droits de l'homme dans la rédaction des normes sur la responsabilité des entreprises transnationales, est différente<sup>82</sup>. D'après ce document, qui n'a pas valeur obligatoire, les entreprises seraient tenues non seulement de respecter les droits de l'homme et d'éviter toute complicité dans d'éventuelles violations des droits de l'homme, mais elles auraient aussi l'obligation de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme dans leur sphère d'influence<sup>83</sup>.

82. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). La Sous-Commission pour la promotion et la protection des droits de l'homme a adopté le 13 août 2003 les normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises. Le document est un acte récongnitif des normes positives sur la protection des droits de l'homme applicables aux entreprises.

83. La nature juridique des normes ne serait pas sans ambiguïtés : en dépit du langage utilisé, qui loin d'être de simple exhortation énonce des obligations contraignantes pour les entreprises, on ne peut pas reconnaître au document une portée obligatoire, puisqu'il s'agit d'un simple projet, ce que la Commission des droits de l'homme n'a pas manqué de remarquer dans sa décision 2004/116 du 20 avril 2004. En dépit de tout cela, on ne saurait aller jusqu'à nier toute valeur juridique aux normes ainsi élaborées. Il s'agit du premier catalogue complet des obligations qui incombent aux entreprises en matière de protection des droits de l'homme, qui n'apporte pas de novations quant au fond, puisque leur contenu puise sa source dans les conventions internationales en vigueur pour les Etats. La caractéristique des normes réside plutôt dans la détermination par référence aux instruments universels et régionaux de nouveaux destinataires des obligations, les entreprises, à côté des Etats, dont la responsabilité primaire de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme et, notamment, de garantir que les sociétés transnationales et autres entreprises respectent ces droits n'est pas, pourtant, remise en cause. Les entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme dans leur sphère d'influence et d'éviter toute complicité dans d'éventuelles violations des droits de l'homme.

Toutes les dispositions doivent être lues à la lumière de ces deux principes, qui expriment la finalité première des normes. Les obligations qui incombent aux sociétés transnationales et aux autres entreprises en vertu de ces normes s'appliquent également aux activités situées dans le pays ou territoire où la société transnationale ou autre entreprise a son siège et dans tout pays dans lequel celle-ci mène des activités.

La Commission des droits de l'homme, dans sa résolution 2005/69, adoptée le 20 avril 2005 (E/CN.4/RES/2005/69, adoptée par 49 voix contre 3 (Afrique du Sud qui l'a jugée trop faible à l'égard des sociétés transnationales, Australie, Etats-Unis, qui, par contre, ont dénoncé son attitude négative envers les entreprises), et avec une abstention (Burkina Faso)), a prié le Secrétaire général de désigner, pour une période initiale de deux ans, un représentant spécial chargé de la question des rapports entre les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, avec le mandat d'inventorier et de préciser les normes rela-

Dans une perspective qui sortirait, pour une fois, de l'approche positive choisie, il pourrait se poser la question de savoir si l'Etat, au lieu d'invoquer pour sa défense les obligations internationales qui lui sont propres, pourrait former une demande contre l'investisseur pour obtenir la réparation de la violation des obligations internationales qui lui incombent directement.

*B. Obligations internationales des investisseurs et essai de leur mise en œuvre dans le contentieux arbitral entre État et investisseur*

Un argument favorable à la possibilité pour l'Etat de former une demande à l'encontre de l'investisseur réside dans les considérations relatives au droit applicable. On l'a vu, de plus en plus d'Etats, par inclusion d'une disposition expresse dans les traités bilatéraux, acceptent que les tribunaux arbitraux tranchent le litige sur la base du droit international. Une fois admise l'existence de véritables obligations internationales des entreprises en matière de droit de l'homme et la possibilité pour l'Etat de former des demandes reconventionnelles, la voie serait ouverte aux arbitres pour apprécier la licéité internationale de la conduite privée, et, le cas échéant, affirmer la responsabilité de l'investisseur, en lui imposant l'obligation de réparer.

En dépit de son caractère suggestif, la solution proposée se heurte à quelques contraintes de nature positive, qu'il ne faudrait pas négliger.

Dans la pratique des traités il y a beaucoup de clauses sur le règlement des différends dont le contenu est tellement limité, portant exclusivement sur la violation des obligations des Etats en matière de traitement des investissements, que toute tentative de prise en compte par les arbitres d'autres obligations que celles de l'Etat serait exclue a priori.

Cette démarche pose aussi le problème de la compétence des arbitres, saisis sur le fondement d'un traité, pour connaître de l'éventuelle violation des obligations des investisseurs en matière de droits de l'homme qui conduirait à exclure la mise en œuvre des garanties des investissements prévue dans les TBI dans le contexte de l'arbitrage Etat-investisseur.

En présence d'une clause de règlement des différends faisant simplement référence à tout différend relatif aux investissements, on pourrait penser que rien ne s'oppose *in abstracto* à la mise en œuvre des obligations internationales des investisseurs. Il faut remarquer que, en tout cas, il ne s'agirait pas d'appliquer *principaliter* les obligations en matière de droits de l'homme des investisseurs, mais d'établir quelles sont les normes internationales applicables aux investisseurs susceptibles de poser des limites extérieures à la mise en œuvre des obligations de protection en général et d'indemnisation en particulier.

Cette démarche se justifierait d'autant plus si l'on admettait avec une partie importante de la doctrine que, sur le fondement des traités bilatéraux et multilatéraux de protection sur les investissements, les investisseurs sont titulaires de véritables droits internationaux<sup>84</sup>. Après l'attribution des droits internationaux aux investisseurs, l'urgence de voir finalement surgir les devoirs correspondants s'impose à tous ceux qui souhaitent sauvegarder un équilibre raisonnable dans la relation entre Etats et investisseurs<sup>85</sup>.

Les contraintes qui s'opposent pour l'instant à la mise en place de cette démarche dérivent avant tout de la saisine unilatérale par l'investisseur des tribunaux arbitraux sur le fondement des traités de protection des investissements. Elle a connu une diffusion tellement large dans la pratique de l'arbitrage entre Etat et investisseur que l'on parle désormais de sa banalisation<sup>86</sup>.

La dissociation entre l'« offre générale, permanente et non individualisée »<sup>87</sup> d'arbitrage, formulée par l'Etat dans le traité de protection des investissements, et l'acceptation successive de cette offre, par voie de la requête unilatérale présentée par l'investisseur, ont pour effet de limiter considérablement l'objet du litige, son extension étant conditionnée à l'existence du consentement des deux parties à la procédure d'arbitrage. En raison de ce décalage, la portée du consentement coïncide avec l'étendue de la demande d'arbitrage dans les termes fixés par l'investisseur, ce

---

tives à la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, ayant regard surtout aux notions telles que « complicité » et « sphère d'influence », d'approfondir la réflexion sur le rôle des Etats dans la réglementation et le contrôle efficaces du rôle des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme, notamment par le canal de la coopération internationale, de déterminer l'impact sur les droits de l'homme des activités des sociétés transnationales et autres entreprises à travers la mise au point des matériels et méthodes pour la réalisation d'études et d'établir un recueil des meilleures pratiques des Etats, ainsi que des sociétés transnationales.

84. Sur ce point, cf. la doctrine citée *supra* note 2.

85. P. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, *op. cit.*, spéc. p. 393, qui dénonce le déséquilibre de l'arbitrage transnational et observe que :

« [c]'est l'Etat qui est maintenant en position d'infériorité dans le contentieux économique transnational. Au nom de la liberté et de la protection de l'investissement international, le balancier est passé de l'autre côté. Et les arbitres seront ici d'abord les juges du comportement des Etats à l'égard des investissements étrangers, avant d'être ceux d'un litige né d'un contrat international déterminé. A ce double titre, on est bien en présence d'un arbitrage de la mondialisation. »

86. G. Burdeau, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats », *Revue de l'arbitrage*, *op. cit.*, pp. 10 ss.

87. *Ibid.*, p. 15.

qui revient à restreindre considérablement l'étendue de l'offre contenue dans la clause sur le règlement des différends<sup>88</sup>.

Ayant à l'esprit ce mécanisme, revenons à notre question. Supposons que la réclamation en compensation de l'investisseur se fonde sur la révocation d'une concession pour l'exploitation des ressources naturelles, adoptée par l'Etat d'accueil, dans l'exercice de sa marge d'appréciation, en exécution de l'obligation internationale de faire respecter l'interdiction du travail forcé. L'investisseur la juge contraire aux règles de protection des investissements consacrées dans un TBI qui contient une clause CIRDI, car équivalente à une expropriation.

Si l'investisseur présente une demande d'arbitrage contre l'Etat, la question se pose de savoir s'il a ou non droit à l'indemnisation.

Si l'on admet que le droit international interdit aux entreprises d'avoir recours à la pratique du travail forcé, les arbitres appelés à trancher le litige sur la demande de compensation sont tenus de prendre en compte le caractère illicite de la conduite de l'investisseur. La solution de la non-indemnisation s'imposerait à cause de l'impossibilité pour les arbitres d'accorder à l'investisseur le régime de protection des investissements prévu par le traité pour les atteintes portées à des activités licites. Dans cette perspective, la licéité internationale de la conduite de l'investisseur est la première condition pour la mise en œuvre de la protection des investissements. Toute solution contraire aboutirait à un paradoxe. Il serait contradictoire d'affirmer l'existence d'une obligation internationale de l'investisseur, et, malgré la constatation de sa violation, de parvenir au résultat absurde d'accorder le droit à l'indemnisation à cause de l'adoption d'une mesure équivalente à une expropriation, prise en exécution de la norme impérative sur l'interdiction du travail forcé, qui pèse sur l'Etat lui-même. Jusqu'ici, quant au résultat, cette démarche n'ajoute rien de nouveau aux considérations déjà développées à l'occasion de l'appréciation des mesures étatiques adoptées dans la mise en œuvre d'une obligation internationale impérative pesant sur l'Etat. Mais on peut encore formuler d'autres considérations.

Il faut faire référence encore une fois à l'article 41, paragraphe 3, du projet sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, qui énonce la règle pour laquelle les conséquences particulières qui s'attachent à une violation grave d'une obligation impérative restent sans préjudice de toute conséquence supplémentaire qui peut entraîner, d'après le droit international, une violation de ces normes.

Cette disposition peut être interprétée en ces termes : si le droit inter-

88. Voir A. Giardina, *Les clauses de stabilisation et les clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire*, op. cit., spéc. pp. 661 ss.; J. Paulsson, « Arbitration Without Privity », *Foreign Investment Law Journal — ICSID Review*, vol. 10 (1995), n° 2, pp. 232-257.

national qualifie d'illicite la conduite des investisseurs qui viole des normes impératives, l'Etat n'est alors pas tenu d'indemniser l'investisseur parce qu'il reconnaîtrait ainsi comme licite une situation créée par une violation grave d'une norme impérative ou il prêterait son aide ou assistance au maintien de cette situation. Cette solution s'impose même dans le cas où l'Etat participe, aide ou assiste l'investisseur dans la mise en œuvre de la violation (article 16 du projet appliqué extensivement à la complicité de l'Etat avec l'entreprise), parce que les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite de l'Etat n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat qui reste toujours responsable d'exécuter l'obligation violée (article 29 du projet) et, plus précisément, d'y mettre fin si ce fait continue.

Mais, au-delà des spéculations théoriques, on pourrait aller encore plus loin en envisageant la possibilité pour l'Etat de réclamer de l'investisseur la réparation du préjudice qu'il a provoqué.

Si cela était compatible avec les limites posées par l'arbitrage transnational, on parviendrait non seulement à la mise en œuvre de l'obligation de réparation à la charge de l'investisseur responsable de la violation, mais aussi à celle de l'obligation de l'Etat de s'acquitter de ses obligations de protection des droits de l'homme. La responsabilité de l'Etat pour manque de diligence ne pourrait en effet pas être à son tour engagée. La réparation que l'investisseur devrait payer à l'Etat pour la violation devrait être payée à l'Etat au profit des victimes de la violation.

Pour apprécier la valeur pratique de cette théorie, il faut prendre en compte les contraintes positives qui relèvent avant tout des limites de compétence. La Convention de Washington exige que toute demande reconventionnelle ou additionnelle soit couverte par le consentement des parties et se rapporte directement à l'objet du différend<sup>89</sup>. Si cette

<sup>89</sup>. Voir article 46 de la Convention de Washington et article 40 du règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage CIRDI, qui exigent que les demandes incidentes, additionnelles ou reconventionnelles soient couvertes par le consentement des parties, rentrent dans la compétence du Centre et se rapportent directement à l'objet du différend (*arising directly out*). Cf., sur ce point, C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, op. cit., pp. 735 ss., spéc. p. 743 :

« In cases where jurisdiction is based on a general offer by the host State contained in its legislation or treaty . . . the possibility for counterclaims is limited. Consent will be restricted to the extent of the investor's acceptance of the offer. If the investor accepts the offer by instituting proceedings, consent exists only to the extent necessary to deal with the investor's request. But if a counterclaim of the State is closely connected to the investor's complaint, it is arguable that it will be covered by the mutual consent of the parties. »

Voir aussi les observations de W. Ben Hamida, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, thèse, Paris, 2003 (à paraître).

dernière condition ne semble pas poser des difficultés insurmontables, la première pourrait bien fonder une objection valable. Pour rester dans la logique de l'arbitrage établie sur la volonté des parties, il faudrait peut-être faire jouer un rôle aux codes de conduite des entreprises multinationales<sup>90</sup>. Depuis l'an 2000, les entreprises multinationales, notamment celles visées par des *class actions*<sup>91</sup>, ont décidé de réviser le contenu de leurs codes de conduite, pour s'acquitter des responsabilités morales qu'elles se reconnaissent en matière de protection des droits de l'homme.

Ce changement de perspective s'est traduit dans la prise en compte directe par les entreprises de l'exigence de respecter les droits de l'homme et d'éviter toute complicité dans leur grave violation. Quelques codes font référence expresse aux standards de protection établis par des instruments internationaux, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration de l'OIT sur les droits fondamentaux au travail de 1998 et les Normes sur la responsabilité des entreprises transnationales, actuellement soumises à l'appréciation de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. La contractualisation de ses engagements, par insertion des codes dans les documents contractuels, leur confère valeur obligatoire.

En dépit de la sélectivité du contenu de ces codes, susceptible de varier d'un secteur à l'autre, et face à la prolifération incontrôlée des initiatives volontaires à tous les niveaux — individuel, collectif (organisations professionnelles), et international, en raison de l'activisme des organisations internationales<sup>92</sup> —, il est possible de dégager une convergence substantielle vers un plus petit dénominateur commun de garanties (interdiction du travail forcé, génocide, torture et abstention de toute complicité dans ces violations), que les entreprises s'engagent à respecter partout et dans tous les secteurs économiques. La formation d'un consensus général autour de ces quelques directives de comportement rendrait possible

90. P. Kahn, « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, pp. 1539-1550, spéc. p. 1550.

91. A. Mezghani, « L'illicite dans le commerce international. L'anomie dans la société internationale », *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, op. cit., pp. 193-209, spéc. p. 203. Voir aussi G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privés », *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1982, p. 52 : « Ces codes interviennent le plus souvent quand le mal est déjà fait, à la suite d'un scandale, pour récupérer une part du marché. »

92. P. Kahn, « A propos des sources du droit du commerce international », *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, op. cit., pp. 185-192, spéc. p. 192 :

« Dans cette perspective commune aux Etats, à la société internationale, aux opérateurs, naît l'ambiguïté des périodes de transition, les distinctions s'estompent. L'avenir dira au bénéfice de qui et pour combien de temps. »

l'application de ces principes fondamentaux à toutes les entreprises, qu'elles se soient ou non dotées d'un code de conduite<sup>93</sup>.

Il reste d'ailleurs que les mécanismes multilatéraux d'arbitrage ont été conçus dans la seule perspective que l'investisseur puisse former des demandes contre l'Etat, et non pas le contraire. Dans la pratique arbitrale, les quelques demandes formulées par des Etats ont été formulées ou interprétées simplement en voie de défense.

La démarche interprétative à elle seule n'est pas ici suffisante pour garantir le but visé. Il semble nécessaire pour aboutir au résultat souhaité que des modifications substantielles des traités interviennent.

## SECTION 6 CONCLUSION

Le choix d'aborder l'analyse de la relation entre investissements et droits de l'homme par l'étude de cas concrets n'est pas anodin. Il a permis de mettre en évidence que la question des rapports entre le régime de protection des investissements et la protection des droits de l'homme, loin de relever uniquement d'un intérêt théorique, n'est pas sans portée positive.

Les pratiques internationale et interne concernant la protection des droits de l'homme aussi bien que la protection des investissements sont révélatrices de l'existence *in concreto* d'interférences entre ces deux sphères normatives. De nos jours, la nécessité de la prise en compte de ces interactions s'impose, surtout en raison de l'accélération de la libéralisation de l'économie mondiale et des politiques de privatisation et déréglementation qui ont abouti à l'indétermination des frontières entre la sphère des pouvoirs publics et la sphère des pouvoirs des puissances économiques privées. Compte tenu du caractère irréversible de ces changements et de l'épuisement du modèle qui voudrait réserver à l'Etat une position centrale, le véritable enjeu, comme on l'a déjà remarqué, il y a trente ans, consiste dans la capacité de mettre en place «une nouvelle régulation» avec l'intégration des changements survenus dans les structures et les comportements issus de cette transformation prônée par les impératifs d'intégration de l'économie de marché<sup>94</sup>.

Jusqu'à présent, la réglementation internationale en matière d'invest-

93. P. Kahn, *ibid.*, p. 191, qui observe que quoi qu'il en soit de la question de l'effectivité :

«le nombre de ces codes, leur similitude, l'importance des thèmes retenus créent un consensus des milieux professionnels, qui, par ailleurs, a permis de construire la *lex mercatoria*».

94. C.-A. Michalet, *Le capitalisme mondial*, Paris, 1976, spéc. p. 366. L'auteur avait déjà envisagé les scénarios contrastés toujours existants issus de différents

tissements a été fortement marquée par la logique du fonctionnalisme. Le fonctionnalisme juridique a fourni les outils conceptuels nécessaires pour assurer la systématisation juridique des théories économiques<sup>95</sup> et l'expansion de l'arbitrage transnational en a assuré l'effectivité de la protection<sup>96</sup>.

L'étude s'est efforcée de mettre en évidence les dérives du recours à cette méthode, aujourd'hui d'ailleurs très banalisée, qui aboutissent inévitablement à la fragmentation normative et, par conséquent, à la séparation du droit des investissements de la protection des droits de l'homme. Rien ne s'oppose, bien entendu, à la distinction de ces deux groupes de normes internationales sur la base des caractéristiques et des intérêts différents qui leur sont propres, pourvu que l'on garde l'unité et la cohérence du droit international dans son ensemble, faute de quoi il ne serait plus un système mais un « bric-à-brac »<sup>97</sup>.

Le manque de coordination entre le domaine de la protection des investissements et le domaine de la protection des droits de l'homme a abouti dans la pratique internationale à des représentations sinon contradictoires du moins incohérentes pour l'Etat : les obligations découlant de ces deux groupes de normes étant susceptibles d'interférences réciproques qui minent la cohérence du système.

Les tribunaux arbitraux saisis sur le fondement des traités bilatéraux et multilatéraux ont adopté jusqu'à présent une approche interprétative strictement fonctionnelle et sélective dans l'application du droit international, ce qui les a menés à négliger l'existence d'obligations également internationales pesant sur l'Etat, qui relèvent d'autres domaines du sys-

---

composants tel que la tentative du renforcement du rôle de l'Etat national, les essais de définition d'une gouvernance mondiale et le capitalisme néolibéral fondé sur la philosophie du libre-échange et du flux des investissements qui, sauf les inflexions subies pendant la crise des années soixante-dix, n'a pas cessé d'augmenter jusqu'à nos jours.

95. On dirait, en empruntant les mots de B. Remiche, « Droit économique, marché et intérêt général », *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, op. cit.*, pp. 253-260, spéc. p. 253 :

« le triomphalisme du marché et, par-delà, de l'économie sur l'Etat et le droit ? Les lois du marché — et de plus en plus du marché mondial — ne remplacent-elles pas la règle de droit ? ».

96. Sur la double dimension quantitative et qualitative, voire idéologique, de l'évolution de l'arbitrage qui a pris les formes de la mondialisation de l'économie, voir P. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », *op. cit.*, spéc. p. 382 :

« la mondialisation, ce n'est pas seulement la globalisation de l'économie, c'est aussi et en même temps sa déréglementation, le rejet des contraintes étatiques, la libéralisation de toutes les activités économiques. L'arbitrage a également connu ce second effet de la mondialisation. »

97. J. Combacau, *Le droit international : bric-à-brac ou système ?*, *op. cit.*, pp. 85-105.

tème et qui exigent de l'Etat l'adoption de mesures positives pour garantir leur effectivité. La catégorie des obligations positives, reconnues inhérentes à tous les droits de l'homme et par conséquent susceptibles d'application générale, occupe une position centrale dans la démarche de coordination entre les exigences de protection des investissements et l'effectivité des droits de l'homme.

#### Paragraphe 1 **Arbitrage entre État et investisseur, droits de l'homme et responsabilité de l'État**

C'est justement en vertu des obligations positives qui pèsent sur l'Etat en matière de droits de l'homme que la responsabilité étatique peut être engagée en raison des comportements des investisseurs susceptibles de porter des atteintes matérielles aux biens juridiques protégés par les normes sur les droits de l'homme. C'est le cas de la réalisation d'un projet d'investissement qui relève de la protection des TBI et de la mise en place contextuelle de comportements de la part des investisseurs contraires aux droits de l'homme, tels que le recours au travail forcé ou la complicité dans les graves violations des droits de l'homme commises par son partenaire public ou ses forces militaires.

Inversement, il se peut également que la mise en œuvre des obligations de protection des investissements compromette la jouissance des droits de l'homme, surtout dans le cas de la privatisation de services publics essentiels : l'obligation d'indemnisation en cas d'expropriation indirecte ou de violation de la protection du traitement juste et équitable ou du traitement non discriminatoire entre *de facto* en conflit avec l'adoption par l'Etat de mesures, telle que la rupture d'un contrat ou la révocation de la concession, prises en exécution de l'obligation de réglementation des activités des investisseurs.

Les conséquences des interactions diffèrent en raison du caractère impératif ou non de la norme de protection des droits de l'homme.

Si la mesure étatique jugée équivalente à une expropriation (révocation d'une concession d'exploitation des gisements de pétrole) est prise en exécution d'une obligation positive de protection qui découle d'une norme impérative (obligation d'adopter les mesures nécessaires pour que les investisseurs ne se livrent pas à la pratique du travail forcé), l'Etat n'est pas tenu d'indemniser l'investisseur du préjudice subi, en raison des intérêts essentiels de la communauté internationale, protégés par des obligations impératives opposables *erga omnes*, qui sont supérieurs aux intérêts particuliers des investisseurs protégés par les TBI<sup>98</sup>.

<sup>98</sup>. Sur l'opposabilité *erga omnes* des obligations en matière de droits de l'homme, voir *infra* paragraphe 3.

La légitimité du défaut de compensation ne saurait pas être remise en cause par la violation d'autres obligations de protection des investissements (traitement juste et équitable, traitement de la nation plus favorisée, etc), pourvu que la mesure étatique soit proportionnée à la gravité de la violation matérielle de la norme impérative commise par les investisseurs et qu'elle ne soit pas arbitraire.

Cette solution s'impose d'autant plus si la mesure étatique est prise en exécution des résolutions du Conseil de sécurité qui prennent en compte le rôle joué par les entreprises multinationales dans la réalisation de graves violations des droits de l'homme imputables aux Etats et qui prévoient l'institution de mécanismes de suivi des sanctions adoptées sur la base du chapitre VII de la Charte des Nations Unies visant directement l'activité des entreprises.

Si la mesure étatique, jugée équivalente à une expropriation ou violant d'autres obligations de protection des investissements, est adoptée en exécution d'une obligation positive de protection des droits de l'homme qui ne relève pas de la catégorie du droit impératif (droit à l'eau, droit à la santé, droit à un environnement sain, droits des populations autochtones), le tribunal arbitral devrait s'efforcer de trouver un équilibre entre la protection des intérêts des investisseurs et la protection des intérêts des communautés locales, ce qui devrait jouer un rôle dans la détermination de l'indemnisation, qui pourrait être détachée du standard de la *full compensation*. L'exigence pour les arbitres de tempérer l'obligation de protection des investissements et les obligations de protection des droits de l'homme dérive de la structure particulière et de l'opposabilité *erga omnes* (si d'origine coutumière) ou *erga omnes partes* (si d'origine conventionnelle) de celles-ci, qui autorisent tous les Etats ou les autres Etats parties à mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'Etat auquel serait imputable leur violation<sup>99</sup>.

## Paragraphe 2 Arbitrage entre Etat et investisseur, droits de l'homme et responsabilité de l'investisseur

Si on reste fidèle à la perspective internationale qui ne voit dans les traités bilatéraux et multilatéraux de protection des investissements que l'engagement pris par un Etat avec un ou plusieurs autres Etats d'accorder un traitement déterminé aux investisseurs, la question de savoir si les tribunaux arbitraux ne devraient pas apprécier la licéité internationale de la conduite de l'investisseur pour établir si l'Etat doit ou non l'indemniser ne se pose pas.

<sup>99</sup>. Voir *infra* par. 3.

Par contre, la doctrine qui voit dans ces mêmes traités des instruments aptes à conférer aux investisseurs de véritables droits internationaux s'interroge alors sur l'existence d'obligations internationales correspondantes et sur la possibilité de leur mise en œuvre dans le contexte du contentieux arbitral en vertu de l'application du droit international.

Les données de la pratique internationale et interne, auxquelles on s'est limité à faire des références synthétiques (n'étant pas ici question de traiter *funditus* un problème aussi complexe<sup>100</sup>), sont susceptibles d'être interprétées dans un sens favorable à l'affirmation de l'existence d'obligations internationales des entreprises, bien que fragmentaires, et témoignent au moins de la tendance progressive du droit international vers la prise en compte formelle et non seulement matérielle des comportements des entreprises et, par conséquent, vers leur soumission à un régime de responsabilité qui trouverait dans le droit international son fondement. La pratique récente des tribunaux internes américains, en dépit des difficultés d'interprétation qu'elle pose, et l'activisme à cet égard des organes des Nations Unies s'inscrivent dans cette direction.

La reconnaissance de la responsabilité internationale des entreprises pourrait jouer un rôle important dans les tentatives de rétablir un équilibre raisonnable entre Etat et investisseur dans la procédure arbitrale, où l'égalité des parties est assurée davantage sur le plan des garanties procédurales que sur plan substantiel des intérêts en jeu. La lettre et l'esprit des traités de protection des investissements empêchent de pousser l'analyse au-delà des contraintes objectives qu'ils posent.

### Paragraphe 3 **Verticalisation normative du système international, ordre public transnational et protection des investissements**

Les résultats de la recherche que l'on vient de résumer sont largement débiteurs de deux outils conceptuels auxquels on a fait souvent référence : l'impérativité et l'opposabilité *erga omnes*.

Seules les normes internationales des droits de l'homme peuvent contenir à la fois ces deux attributs normatifs.

Les solutions proposées se fondent sur l'appréciation des différences substantielles (nature, structure et régime de garantie) existant entre les obligations de protection des investissements et les obligations de protection des droits de l'homme, qui ne peut qu'aboutir sans s'éloigner du

100. Le problème de la responsabilité des entreprises en droit international a été l'objet de notre thèse *Imprese e diritti umani: il problema della responsabilità delle imprese tra diritto internazionale e diritto interno*, Rome, 2004.

droit positif<sup>101</sup>, en dépit de la parité des sources (coutumière ou conventionnelle), à la reconnaissance de leur irréductibilité à une catégorie unitaire.

Le droit international des investissements puise sa source dans le droit international sur le traitement et la protection des biens à l'égard des étrangers, dont il partage les mêmes caractéristiques de fond. Le but principal des traités bilatéraux et multilatéraux, on le sait bien, consiste dans la protection de la propriété et des contrats des investisseurs étrangers contre les ingérences de l'Etat d'accueil. Le fondement des obligations de protection et de traitement repose sur la réciprocité et la nationalité de l'investisseur<sup>102</sup>. La multilatéralisation des traités sur les investissements (ALENA, projet de l'AMI, Traité sur la Charte de l'énergie) ne change en rien la nature réciproque des obligations de traitement et de protection des investissements. La structure des droits et des obligations des Etats en matière de protection des investissements étrangers, fondée sur une stricte corrélation bilatérale, synallagmatique et réciproque, marque la différence avec les obligations multilatérales des Etats en matière de protection des droits de l'homme. Celles-ci, loin de se réduire à un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux et réciproques, se caractérisent par leur nature absolue, objective<sup>103</sup>, intégrale<sup>104</sup> et soli-

101. Le positivisme volontariste s'oppose à cette reconstruction, mais les objections fondées sur la souveraineté étatique négligent l'évolution du droit international vers la prise en compte de valeurs et intérêts collectifs de la communauté internationale dans son ensemble.

102. T. Wälde, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, op. cit., p. 45. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 676, qui remarque combien les conventions bilatérales sont conclues depuis un certain temps en termes explicite de réciprocité.

103. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6<sup>e</sup> éd. refondue, Paris, PUF, 2003, spéc. p. 58 :

« Affirmer leur caractère objectif c'est signifier que ces droits ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable mais qu'ils sont attachés par principe à la seule qualité de personne humaine. »

104. L. Caflish et A. Cançado Trindade, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *Revue générale de droit international public*, n° 1 (2004), pp. 5-62, spéc. 29 :

« Il existe toutefois des *obligations conventionnelles objectives* — ou intégrales — largement reconnues par la jurisprudence des deux Cours, qui survivent à toute violation dont elles ont pu faire l'objet. Tel est le cas des dispositions relatives à la protection de la personne humaine. C'est pourquoi l'article 60.5 de la Convention de Vienne précise que « les paragraphes 1 à 3 [extinction ou suspension en cas de violation substantielle] ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités. »

daire<sup>105</sup>, de façon à ce que, abstraction faite de toute question de nationalité<sup>106</sup>, la

« performance of obligations arising from such treaties cannot be split up into pairs of bilateral interactions, . . . rather, such performance is inseparable or integral »<sup>107</sup>.

105. B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *Recueil des cours*, tome 250 (1994), pp. 221-384, spéc. p. 233 :

« A first, very tentative definition of “community interest” could perceive it as a consensus according to which respect for certain fundamental values is not to be left to the free disposition of States individually or *inter se* but is recognised and sanctioned by international law as a matter of concern to all States. »

106. G. Gaja, « Obligations *erga omnes*, International Crimes and *jus cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts », dans J. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, *International Crimes of State. A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, *op. cit.*, p. 151 :

« rules protecting human rights generally impose obligations without regard to the nationality or the other personal circumstances of the individual : in the case of a rule included in a multilateral treaty on human rights, the breach of the obligation with regard to an individual affects the rights of all the Contracting States, whether the individual in question is their national or not. The concept of an obligation that in a given case exists towards many States essentially corresponds to the concept of obligation *erga omnes* as used by the ICJ in its famous passage in the *Barcelona Traction* case. The Court then referred to “obligations of a State towards the international community as a whole” : that is, to obligations which by “their very nature . . . are the concern of all States” ».

107. B. Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *op. cit.*, p. 370. P.-M. Dupuy, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 205-206 :

« On doit admettre en particulier qu'à l'inverse du cas ordinaire en droit international public *cette jouissance n'est pas étroitement* subordonnée au respect de la réciprocité des obligations souscrites par les Etats les uns à l'égard des autres, notamment par voie conventionnelle ... Le caractère objectif de ces droits, précisément, les distingue de ceux qu'établissent des traités soumis au régime de réciprocité. »

M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations erga omnes*, p. 200. P. Picone, *Obblighi reciproci e obblighi erga omnes degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, dans V. Starace (dir. publ.), *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, Milan, Giuffrè, 1983, pp. 15-135, spéc. p. 33 :

« la categoria di accordi multilaterali indicata servirebbe a distinguere quegli accordi che, lungi dal tradursi, come di regola avviene, in una serie di diritti ed obblighi meramente “correlati” e “reciproci” degli Stati contraenti . . . prevedano invece degli obblighi “assoluti” degli Stati stessi per la tutela di beni che, almeno durante la vita dell'accordo, sarebbero sottratti alla mera “disponibilità” degli Stati contraenti, in quanto riguardanti *direttamente* gli interessi di “soggetti” terzi (gli individui, i popoli, la comunità internazionale globalmente intesa). »

*Id.*, « Interventi delle Nazioni Unite e obblighi *erga omnes* », dans P. Picone (dir.

Le régime juridique applicable à ces obligations est aussi différent, compte tenu de l'impossibilité pour l'Etat, en l'absence de réciprocité, d'invoquer l'exception *inadimplenti non est adimplendum*, pour justifier la non-exécution de ses engagements.

Pour ce qui est de la détermination des destinataires des obligations, la doctrine classique affirme que les traités de protection des investissements ne posent pas de question particulière à cet égard, énonçant des obligations structurées comme des engagements mutuels des Etats à accorder un certain traitement à leurs ressortissants. Une nouvelle tendance prônée par la doctrine la plus récente envisage une conception différente, qui tend à affirmer l'aptitude de ces mêmes traités à fonder la jouissance de véritables droits internationaux ayant pour destinataires les investisseurs<sup>108</sup>. S'agissant des obligations fondées sur les traités de protection des droits de l'homme, on constate dans la doctrine la même opposition, sauf à retenir que le fondement de l'attribution des droits de l'homme, à la différence de prétendus droits internationaux des investisseurs, repose, au-delà des préférences sur cette reconstruction doctrinale, dans le renvoi aux attributs inhérents et inaliénables de la personne humaine<sup>109</sup>.

Les deux groupes de normes diffèrent aussi sous l'aspect du régime de leur garantie. A la différence du régime applicable aux investissements,

---

publ.), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padoue, Cedam, 1995, pp. 517-578, spéc. p. 519; *Id.*, « Valori fondamentali della comunità internazionale e Nazioni Unite », *La comunità internazionale*, 1995, pp. 439-457; *Id.*, « Nazioni Unite e obblighi erga omnes », *La comunità internazionale*, 1993, pp. 709-730.

108. Dans ce sens, C. Leben, T. Wälde et Z. Douglas, dont les références bibliographiques pertinentes sont citées *supra* note 2. Compte tenu des objectifs limités de cette recherche, on se borne à enregistrer cette nouvelle tendance sans prendre position sur les conséquences de fond touchant au « grand thème » de la personnalité internationale qu'on a exclu dès le début du champ de l'analyse.

109. Les considérations qui précèdent pourraient se prêter à la tentation d'exhumer la distinction entre traités-lois et traités-contrats : les droits de l'homme relèveraient de la première catégorie tandis que les investissements pourraient bien se placer sous l'emprise de la seconde. N'était-ce pas que pour le vice originaire d'une théorie qui

« a été le véhicule d'une idéologie juridique rien moins que neutre qui, dans une optique antivolontariste, cherchait à rapprocher le mode de production des normes internationales de celui des normes internes »

et qui tend à reproduire sur le plan international le rapport hiérarchique entre la loi et le contrat propre du droit interne par lequel celle-là valide celui-ci, il convient d'écarter cette distinction. Sur ce point, voir J. Combacau, *Le droit des traités*, Paris, Que sais-je ?, 1991, spéc. p. 26, qui par ailleurs semble trancher négativement la question de l'existence de toute hiérarchie, en s'appuyant sur

« le fait primordial que tous les traités sont avant tout des conventions et qu'aucun de leurs caractères substantiels ne peut les faire échapper aux conséquences qui s'attachent à cette origine commune... ».

le système de protection des droits de l'homme assure une garantie collective des obligations.

Dans l'arrêt rendu en l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a expressément reconnu qu'une

« distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique »<sup>110</sup>.

La Cour consacre le caractère *erga omnes* des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, en affirmant que « tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ». Dès les années quatre-vingt, la CDI a reconnu le caractère *erga omnes* de toutes les obligations en matière de droits de l'homme<sup>111</sup>.

Le caractère impératif de certaines obligations qui relèvent des droits de l'homme (par exemple, l'interdiction du génocide ou de la torture) ajoute encore aux différences existant avec les obligations de protection des investissements qui sont susceptibles de dérogation.

La différence de nature et de structure entre les deux groupes de normes empêche d'égaliser la position de l'investisseur avec celle de l'homme en tant que personne humaine : même si les deux bénéficient désormais d'un véritable droit d'action pour se prévaloir de la protection qui leur est accordée dans des traités internationaux, le fondement de l'attribution demeure tout à fait distinct.

Le fait que certains droits de l'homme relèvent du droit impératif et la considération de l'imputation générale de ces mêmes droits à la catégorie des normes impliquant des obligations *erga omnes* (si d'origine coutumière) et *erga omnes partes* (si d'origine conventionnelle) témoigne de l'existence d'une verticalisation des normes qui ne touche pas à l'anar-

110. *Barcelona Traction, Light and Power Company, CIJ Recueil 1970*, p. 32.

111. M. Spinedi, « D'une codification à l'autre : bilatéralisme et multilatéralisme dans la genèse de la codification du droit des traités et du droit de la responsabilité des Etats », *Obligations multilatérales, Droit impératif et responsabilité internationale des Etats* (P.-M. Dupuy, dir. publ.), Paris, Pedone, 2003, pp. 25-56, spéc. p. 49, n. 75 :

« dès les années 80, lors de la phase des travaux entrepris sous le guide du rapporteur spécial Riphagen, la CDI se référera à toute violation de ces obligations comme constituant un exemple de fait illicite qui naît envers tous les destinataires de la règle qui établit l'obligation, un fait illicite qui lèse tous et les autorise tous à mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat auteur du fait illicite ».

Cf. aussi L. A. Sicilianos, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale », *ibid.*, pp. 57-77.

chie structurelle et au caractère décentralisé de la communauté internationale<sup>112</sup>. Cette démarche impose aux arbitres, tenus à l'application du droit international, la prise en compte des intérêts essentiels de la communauté internationale dans l'appréciation des interférences découlant de la mise en œuvre des obligations de protection des droits de l'homme et des obligations de protection des investissements.

Les conséquences qu'on a tirées de l'analyse reposent justement sur le caractère parfois impératif et sur l'opposabilité *erga omnes* de celles-là par rapport au caractère réciproque et toujours dérogeable de celles-ci et sur l'évolution récente du droit de la responsabilité internationale des entreprises.

La prise en compte de la verticalisation normative, propre au droit international lui-même, joue un rôle décisif dans l'appréciation de ces interférences dans le contexte de l'arbitrage transnational, dont on a exploré la capacité de prendre en charge non seulement les intérêts des particuliers et les valeurs de l'économie du marché, mais également les intérêts généraux et les valeurs de l'homme. Elle participe aussi aux tentatives d'ancrage du principe du respect des droits de l'homme comme élément constitutif d'un ordre public international<sup>113</sup> ou, si l'on veut, transnational<sup>114</sup> en devenir, applicable aux relations économiques internationales pour assurer l'application prioritaire par les arbitres de certaines règles, expression des valeurs et des intérêts de la communauté internationale<sup>115</sup>.

Pour résumer les enjeux de la nouvelle mission confiée aux arbitres, on ne pourrait choisir d'autres mots que ceux de M. Fouchard :

« si l'Etat se trouve désarmé, et le juge étatique écarté, l'arbitrage, qui apparaît naturellement porté par cette mondialisation, ne doit pas en être qu'un instrument, voire un complice. Il peut devenir, au

112. Ainsi P. Picone, « La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo », *Rivista di diritto internazionale*, n° 2 (2003), pp. 329-393, spéc. p. 334, n. 9.

113. H. Rolin, « Vers un ordre public réellement international », *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Paris, 1960, pp. 441-462.

114. P. Kahn, « A propos de l'ordre public transnational : quelques observations », *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, pp. 1539-1550. Voir aussi B. Remiche, *Droit économique, marché et intérêt général*, *op. cit.*, p. 258 :

« On ne peut laisser se mondialiser le système économique sans, parallèlement, rechercher à construire un véritable ordre public international capable d'imposer le respect de certaines valeurs collectives aux opérateurs économiques. »

115. B. Oppetit, *Droit du commerce international et valeurs non marchandes*, dans Chr. Dominicé (dir. publ.), *Etudes du droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, pp. 309-319.

moins partiellement, le garant du respect du droit et des valeurs fondamentales que celui-ci est chargé de faire prévaloir.»<sup>116</sup>

L'avenir nous dira si et pour combien de temps encore les arbitres demeureront insensibles à cet appel.

---

116. P. Fouchard, *op. cit.*, p. 395.