



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

**M2 DROITS FRANÇAIS ET ITALIEN  
PARCOURS DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE  
Sous la direction de Monsieur le Professeur Carlo SANTULLI et  
Monsieur le Professeur Guillaume LEYTE  
A.A. 2021-2022**

---

**LES RAPPORTS CONFLICTUELS ENTRE DROITS DE  
L'HOMME ET PROTECTION DE L'INVESTISSEUR  
ÉTRANGER EN DROIT INTERNATIONAL DES  
INVESTISSEMENTS**

---

**Nicola Lorenzin**

**Sous la direction de Madame le Professeur Niki ALOUPI**



## REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance et gratitude à Madame le Professeur Niki Aloupi, pour avoir accepté de diriger mon mémoire de fin d'études. Sa confiance, sa disponibilité et ses précieux conseils ont été indispensables pour la réalisation de ce travail et pour mon enrichissement académique et personnel.

Je souhaite remercier également toutes et tous les Professeurs que j'ai eu l'honneur de rencontrer au cours de mes études auprès de l'Università degli Studi di Padova et de l'Université Paris Panthéon Assas, et en particulier les professeurs responsables du projet de Double Diplôme, pour m'avoir accordé la possibilité de prendre part à ce parcours long et passionnant.

Enfin, mes remerciements vont à ma famille et à mes amis, pour leur soutien constant et pour être toujours là pour moi.



## SOMMAIRE

### PARTIE I – LES DROITS DE L’HOMME COMME LIMITE AUX DROITS DES INVESTISSEURS EN DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Chapitre 1 – Le rôle de certaines clauses des AII dans la prise en compte des droits de l’homme dans l’arbitrage d’investissements

Chapitre II – Des points d’entrée ultérieurs des droits de l’homme dans le droit international des investissements pour un meilleur équilibre des intérêts conflictuels

### PARTIE II – LES INCIDENCES DU PROJET DE TRAITÉ ONUSIEN SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET LES DROITS DE L’HOMME AU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Chapitre I – La portée renouvelée de certaines clauses des AII à la lumière du projet de traité

Chapitre II – Les avancées de l’intégration des droits de l’homme dans le droit international des investissements apportées par le projet de traité



## LISTE DES ABBREVIATIONS

AII	Accords Internationaux d'Investissement
CDAA	Communauté de Développement d'Afrique australe
// SADC	Southern African Development Community
CDH	Conseil des Droits de l'Homme
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
// ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
CVDT	Convention de Vienne sur le droit des traités
EIDH	Étude d'impact sur les droits de l'homme
// HRIA	Human Rights Impact Assessment
ISDS	Investor-State Dispute Settlement
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
// OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OEIGWG	Open-Ended Intergovernmental Working Group, en français Groupe de travail intergouvernemental à composition non-limitée
OIT	Organisation internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations unies
PDNU	Principes Directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme
PIDESC	Pacte International relatif aux droits Économiques, Sociaux et Culturels
// ICESCR	International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights
RSE	Responsabilité Sociale des Entreprises
// CSR	Corporate Social Responsibility
TBI	Traité bilatéraux d'investissement





## INTRODUCTION

### **I. Le rapprochement entre droit international des investissements et droit international des droits de l'homme**

Le droit international des investissements et le droit international des droits de l'homme sont deux branches du droit international qui, par la volonté des États, accordent des droits substantiels et procéduraux directement à des personnes privées<sup>1</sup>. Les deux représentent donc une évolution du droit international général : elles ont développé des mécanismes procéduraux qui visent à substituer la protection diplomatique, c'est-à-dire le système classique de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour la violation de ses obligations internationales, respectivement dans le domaine de la protection des investissements et des investisseurs étrangers et des droits, de première, deuxième et troisième génération, rattachés à la personne humaine.

Or, d'un côté en matière de droits de l'homme on a des cours régionales ou des organes de contrôle ayant des fonctions quasi-judiciaire à caractère permanent et multilatéral, de l'autre pour le droit des investissements on a les TBI et l'arbitrage, et donc un système décentralisé, fondé sur des relations bilatérales et confié à des tribunaux créés *ad hoc* pour chaque différend. De même, si le droit international des droits de l'homme est chargé de la protection des droits de l'individu, dans le droit des investissements c'est « la protection des opérations économiques réalisées par des personnes privées à l'étranger »<sup>2</sup> qui occupe la place centrale. Si ces deux objectifs peuvent converger, notamment dans les cas où ce sont les droits propres à l'investisseur qui sont en jeu, on peut aussi bien avoir des conflits entre les perspectives et les prérogatives des deux branches du droit ; dans le présent mémoire, on se concentrera surtout sur ce deuxième aspect.

Il y a lieu alors d'ouvrir à certaines réflexions qui résulteront utiles et seront reprises tout au long du mémoire, d'un côté en ce qui concerne l'interaction et les limites de celle-ci entre le droit international des investissements et les droits de l'homme (A), de l'autre sur la pratique récente d'inclusion de références aux droits de l'homme dans les accords internationaux d'investissement (B).

---

<sup>1</sup> Gisèle STEPHENS-CHU et Daniel MÜLLER, « Droits et obligations issus du droit de l'investissement et des droits de l'homme : entre exclusivité et harmonisation », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 224

<sup>2</sup> Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 5

## A. Les possibles interactions entre les deux branches du droit international

Force est de constater que l'imperméabilité des frontières entre les deux domaines apparaît désormais anachronique. Si en effet leur origine et démarche communes, outre le fait que le droit international des droits de l'homme est désormais présent dans l'ensemble des branches du droit international, ne suffisent pas à écarter la thèse qui soutient que le domaine des investissements internationaux est à considérer de façon autonome, isolée, il convient de prendre en compte aussi le fait que, au niveau du fond, les questions traitées par les deux branches sont étroitement liées, qui souvent soulèvent des problèmes juridiques identiques et particulièrement sensibles<sup>3</sup>, notamment en ce qui concerne le principe de non-discrimination, la protection de la propriété et les garanties liées au procès.

En effet, si dans la société post-moderne du globalisme on ne peut plus parler de fragmentation du droit international, définie par le Groupe d'étude de la Commission de droit international comme « l'apparition de règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et relativement autonomes »<sup>4</sup>, et on peut alors considérer que cette fragmentation ne se trouve de façon évidente que dans l'esprit des juristes<sup>5</sup>, c'est d'autant plus en confrontant des disciplines telles que celles en examen qui leur appartenance à un ordre juridique unique apparaît évidente.

Certes, il faut distinguer entre les différentes catégories de droits de l'homme, surtout entre les droits qui appartiennent au *ius cogens*, et ont donc une valeur juridique supérieure en tant que normes impératives du droit international, et ceux qui en sont exclus, mais il est indéniable que le droit international des droits de l'homme et le droit international des investissements soient dans une relation d'influence mutuelle et notamment, pour ce qui nous intéresse aux fins du présent mémoire, que le droit des investissements soit appelé à prendre de plus en plus en compte les droits de l'homme.

Les limites de cette prise en compte des droits de l'homme par le droit des investissements, ce qui on aura l'occasion de traiter de manière plus approfondie au cours de la partie I, dérivent de la nature même du contentieux arbitral d'investissement.

---

<sup>3</sup> Sébastien TOUZÉ, « Ouverture », in *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse*, Walid BEN HAMIDA et Frédérique COULÉE dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 7

<sup>4</sup> Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, UN doc. A/CN.4/L.482, 11, para. 8

<sup>5</sup> Alain PELLET, « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE et Jorge E. VINUALES dir., Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 757 et ss.

En effet, à la base de la compétence des tribunaux arbitraux, même s'il ne s'agit pas d'une caractéristique réservée au droit international des investissements, on trouve l'engagement juridictionnel des parties. Elles doivent donner leur consentement pour soumettre un différend à l'arbitrage international. Comme pour tous les actes juridiques, ce qui doit être pris en compte est la manifestation de la volonté, et non l'intention qu'il y a derrière ; c'est de cette façon que la jurisprudence arbitrale a développé des argumentations qui ont permis de s'appuyer sur la loi nationale et surtout sur les TBI pour fonder la compétence des tribunaux : dans ces cas, on aura donc un consentement différé, avec l'État qui finalement fixe l'étendue de la compétence du tribunal dans sa loi nationale ou dans les TBI qu'il conclut, et l'investisseur qui, au moment où un litige qui le concerne vient à naître, choisira de saisir du litige un tribunal arbitral, en fournissant à ce moment son consentement.

La compétence des tribunaux sera donc limitée par l'engagement juridictionnel exprimé par les parties, qui varie donc en fonction de la teneur de la clause d'arbitrage<sup>6</sup>. Notamment, en ce qui concerne la compétence *rationae materiae*, qui nous intéresse particulièrement, on peut distinguer :

-une compétence restreinte, circonscrite à des litiges portant sur le montant de la compensation pour l'expropriation d'un investissement, comme c'est le cas pour les TBI conclus entre Chine et Royaume Uni<sup>7</sup> et entre la Russie et la Finlande<sup>8</sup> ;

-une compétence liée à l'application et l'interprétation du traité, comme dans le cas du Traité de la Charte sur l'Énergie<sup>9</sup> ;

-une compétence large, portant sur tout litige relatif à un investissement et englobant aussi des questions issues du droit international coutumier applicable ou d'autres instruments liant les parties, comme dans le TBI entre la France et le Sénégal<sup>10</sup> ou dans le TBI entre El Salvador et l'Espagne<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Par exemple, la clause 1 des Clauses Modèles du CIRDI prévoit que « l'État d'accueil et l'investisseur consentent par la présente à soumettre au CIRDI tout litige né du présent accord ou en relation avec lui en vue de son règlement par conciliation/arbitrage... »

<sup>7</sup> TBI entre Royaume Uni et Chine, 15 mai 1986, article 7, paragraphe 1 : « A dispute between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an amount of compensation (...) shall be submitted to international arbitration »

<sup>8</sup> TBI entre Russie et Finlande, 15 août 1991, article 8, paragraphe 1 : « Each Contracting Party hereby agrees to submit to arbitration any dispute that may arise between it and an investor of the other Contracting Party (...) regarding the amount or payment of compensation [for the expropriated investment] »

<sup>9</sup> Traité sur la Charte de l'Énergie, article 26, paragraphe 1 : « les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une obligation de la première partie contractante... »

<sup>10</sup> TBI entre France et Sénégal, 26 juillet 2007, article 8, paragraphe 1 : « Tout différend relatif aux investissements entre l'une des Parties contractantes et un investisseur de l'autre Partie contractante... »

<sup>11</sup> TBI entre El Salvador et Espagne, 14 février 1995, article 11, paragraphe 1 : « Any investment-related dispute which may arise between a Contracting Party and an investment of the other Contracting Party with respect to the issues regulated by this Agreement... »

Ces formes de consentement permettent donc au tribunal arbitral saisi d'un différend particulier de prendre en compte des arguments ou allégations fondés sur les droits de l'homme de façon différente. On peut donc considérer que la lettre de la clause d'arbitrage d'un traité de protection des investissements détermine de façon presque conclusive les pouvoirs du tribunal arbitral qui sera saisi.

Cependant, une clause de compétence « large » n'ouvre pas toujours la voie aux réclamations des parties à l'égard des droits de l'homme ; en effet, comme il ressort de la jurisprudence arbitrale<sup>12</sup>, pour que le tribunal puisse en tenir en compte il faut d'une part que les demandes soient formulées de façon à mettre en lumière le rapport entre la violation des droits de l'homme avec l'investissement et d'autre part qu'il n'y ait pas des autres dispositions qui limitent la compétence du tribunal à l'interprétation et à l'application du traité.<sup>13</sup>

A cet égard, en ce qui concerne des allégations ou argumentations fondées sur les droits de l'homme formulées par l'investisseur, il est nécessaire soit que les clauses du TBI soient assez larges pour permettre l'incorporation de ces arguments soit que la violation des droits de l'homme soit fortement connectée au dommage de l'investissement sous-jacente.<sup>14</sup>

En outre, quand il s'agit d'un argument qui est soulevé par l'État d'accueil en tant que défendeur obligé dans l'ISDS, à ces restrictions s'ajoute le fait que le tribunal doit se retenir compétent pour juger aussi les demandes reconventionnelles de l'État, ce qui dépend toujours de la façon dans laquelle sont formulées les clauses donnant compétence au tribunal, outre les règles de l'institution arbitrale ou du tribunal ad hoc saisis du différend.

De plus, la structure même de l'arbitrage d'investissement ne permet pas que des tiers intéressés puissent intervenir dans l'arbitrage en tant que partie, et d'un côté leurs revendications ne pourront entrer dans le champ du litige que par l'intermédiation de l'État, de l'autre côté leurs contributions pourront être prises en compte seulement en tant qu'*amicus curiae*, soumises aux mêmes restrictions qu'on vient d'analyser.

Il est clair que la nature même de l'ISDS ne rend pas facile l'entrée dans l'arbitrage d'investissement des arguments liés à des droits non-économiques tels que notamment les droits de

---

<sup>12</sup> Voir en particulier les affaires : *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investment Centre et le Gouvernement du Ghana* (CNUDCI), sentence du 27 octobre 1989 ; *Desert Line c. Yémen*, affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008 ; *Channel Tunnel et France-Manche c. Royaume Uni et France*, affaire CPA n° 2003-06, sentence partielle du 30 janvier 2008

<sup>13</sup> Gisèle STEPHENS-CHU et Daniel MÜLLER, « Droits et obligations issus du droit de l'investissement et des droits de l'homme : entre exclusivité et harmonisation », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 229 et ss.

<sup>14</sup> Riddhi Dhananjay JOSHI and Shashikala GURPUR, « The silent spring of Human Rights in Investment Arbitration: *Jurisprudence Constante* through Case-Law Trajectory », in *Arbitration International*, Volume 36, Issue 4, 2020, p. 559

l'homme ou le droit de l'environnement. Face à cette situation, dans le contexte contemporain, où on assiste à la montée du concept de développement durable, c'est-à-dire d'une économie qui avance de façon consciencieuse, en prenant en considération aussi les préoccupations liées aux dimensions sociales et écologiques, on voit que les États ont commencé à conclure des TBI où on trouve des références plus ou moins explicites et ponctuelles à ces centres d'intérêt non-économiques. On considère alors cette pratique, en insistant aux fins de ce mémoire sur ce qui concerne les références aux droits de l'homme.

## B. La pratique récente de l'incorporation des droits de l'homme dans les AII

On a vu donc les difficultés qu'on rencontre quand on essaie d'aborder des questions liées aux droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement. Cela dépend aussi du fait que, traditionnellement, les États ont été réticents à inclure des dispositions sur les droits de l'homme dans les TBI, notamment en termes d'obligations pour les investisseurs.

Toutefois, dans les dernières années, on a assisté à une tendance encourageante envers les droits de l'homme dans un certain nombre de pays réexaminant leurs programmes de TBI.<sup>15</sup>

Les premières instances de ce processus viennent du modèle norvégien de TBI de 2007<sup>16</sup>, dont le préambule réaffirme un engagement général des Parties contractantes à la démocratie, à l'état de droit, aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales selon leurs engagements internationaux, y comprises la Charte des Nations unies et la Déclaration Universelle des droits de l'homme<sup>17</sup>. On voit donc une référence même assez explicite mais contenue dans le préambule, et possédant donc à ce titre une valeur limitée, qui peut jouer un rôle supplémentaire dans l'interprétation de l'accord lors d'un litige.<sup>18</sup>

D'autre part, le modèle de TBI de 2007 a été abandonné par la Norvège et remplacé par un nouveau modèle de 2015. Cette nouvelle version reprend la référence au *commitment* aux droits de

---

<sup>15</sup> Ludovica CHIUSI, « The Role of International Investment Law in the Business and Human Rights Legal Process », *International Community Law Review* 21 (2019) 35-55, Leiden, Brill, 2019, p. 42

<sup>16</sup> Alain PELLET, « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE et Jorge E. VINALES dir., Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 769

<sup>17</sup> Modèle de TBI de la Norvège, 2007, préambule, considérant n° 8, « [The Parties], *reaffirming* their commitment to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights; »

<sup>18</sup> Voir *infra*

l'homme dans le préambule, mais on va plus loin, et à son article 31 on trouve l'engagement des Parties contractantes à encourager les investisseurs à opérer selon les standards et principes de RSE dégagés par l'OCDE et les Nations Unies<sup>19</sup>. On a ici une référence à des instruments de *soft law* qui toutefois ne crée pas, pour les États, une obligation de résultat, mais seulement de comportement, ni pour les investisseurs une réelle obligation de diligence due, qui pourrait difficilement découler d'un instrument non contraignant<sup>20</sup>. On interviendra alors toujours au niveau interprétatif, mais déjà ici on a une disposition du *corpus* du TBI et non du préambule, ce qui permet au tribunal d'en tenir en compte directement. Ce type de clause est devenue assez présente dans les nouveaux modèles de TBI<sup>21</sup> et les TBI conclus récemment<sup>22</sup>, ce qui montre tout de même un début de réflexion sur le thème des obligations des investisseurs étrangers. Ce qui est demandé finalement est que les investisseurs fournissent des efforts pour appliquer les règles sur les droits de l'homme internationalement reconnues.

De l'autre côté, on trouve des références non pas aux droits de l'homme pris comme un ensemble, mais à des droits plus spécifiques. Les références, même ici, peuvent être contenue soit dans le préambule soit dans le corpus des accords.

Or, premièrement, pour ce qui concerne les préambules, on peut considérer le TIFA entre les États-Unis et les Fiji de 2020, qui cite en particulière l'importance des droits fondamentaux des travailleurs, de la protection de l'environnement et des droits des femmes<sup>23</sup>, ou le TBI entre le Belarus et la Hongrie, qui parle de protection de la santé, de l'environnement et des droits des travailleurs<sup>24</sup>. Deuxièmement, en ce qui concerne les dispositions spécifiquement dédiées à des droits, on peut penser au modèle de TBI des États-Unis de 2012, qui contient des dispositions spécifiques sur le rapport entre l'investissement et l'environnement et l'investissement et le travail, en donnant sa définition des standards de protection<sup>25</sup> et en préservant expressément les droits des travailleurs

---

<sup>19</sup> Modèle de TBI de la Norvège, 2015, article 31 (Corporate Social Responsibility) : « The Parties agree to encourage investors to conduct their investment activities in compliance with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and to participate the United Nations Global Compact ».

<sup>20</sup> Eva VAN DER ZEE, « Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements : Turning a Soft Law Obligation into Hard Law ? », in *Legal Issues of Economic Integration*, Volume 40, Issue 1, Wolters Kluwer Éditions, p. 33-72

<sup>21</sup> Voir par exemple le modèle de TBI de l'Inde, 2015, article 12 ou le modèle de TBI de l'Italie, 2021, article 18

<sup>22</sup> Voir par exemple le TBI entre Argentina et Qatar, 6 novembre 2016, article 12, le TBI entre Hong Kong, China SAR et Mexico, 31 janvier 2020, article 13 ou le TBI entre Colombia et Espagne, 16 septembre 2021, article 17

<sup>23</sup> Trade and investment framework agreement between the government of the United States of America and the Government of the Republic of Fiji, 15 octobre 2020, considérants n° 9, 10, 12

<sup>24</sup> TBI entre Belarus et Hongrie, 14 janvier 2019, considérant n° 4

<sup>25</sup> Modèle de TBI des États-Unis, 2012, articles 12 et 13

reconnus tant sur le plan universel que par le droit interne<sup>26</sup>, ou encore le TBI entre la Nigeria et le Maroc de 2016, avec des dispositions similaires.<sup>27</sup>

Ce dernier traité est un des traités les plus innovateurs en ce qui concerne les relations entre l'investissement et les droits de l'homme. Il s'insère dans le contexte des initiatives africaines de la dernière période, qui visent à assurer que la prochaine génération de TBI encourage des investissements plus responsables. En ce sens, on trouve le projet Code Panafricain d'Investissement<sup>28</sup> et le modèle de traité d'investissement du SADC<sup>29</sup>, des instruments d'orientation pour les États membres de l'Union africaine qui s'engagent dans des négociations d'accords d'investissement. Les deux documents semblent arriver jusqu'à imposer des obligations de respect des droits de l'homme directement aux investisseurs, et ils sont traversés par des enjeux de développement durable.

En effet, le TBI entre la Nigeria et le Maroc contient une référence générale aux droits de l'homme dans son préambule<sup>30</sup>, des références de soft-law aux droits des travailleurs<sup>31</sup> et à la lutte contre la corruption<sup>32</sup>, mais aussi et surtout des dispositions qui imposent des obligations liées aux droits de l'homme aux États, ce qui est présent aussi dans des autres textes, comme la clause de non-abaissement des standards concernant les droits des travailleurs<sup>33</sup>, mais aussi directement aux investisseurs ; en ce sens, notamment :

- l'article 24 indique la nécessité du respect de la RSE<sup>34</sup> ;
- l'article 14 traite l'enjeu des études d'impact<sup>35</sup> ;

---

<sup>26</sup> Modèle de TBI des États-Unis de 2012, article 13, paragraphe 1 : « The parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor organization (“ILO”) and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up »

<sup>27</sup> TBI entre Nigeria et Morocco, 3 décembre 2016, articles 13 et 15

<sup>28</sup> Code panafricain d'investissements, projet de décembre 2016

<sup>29</sup> Southern African Development Community, Model Bilateral Investment Treaty de 2012

<sup>30</sup> TBI entre Nigeria et Morocco, 3 décembre 2016, considérant n° 2

<sup>31</sup> Ibidem, article 15, paragraphe 5

<sup>32</sup> Ibidem, article 15, paragraphe 1

<sup>33</sup> Ibidem, article 15 paragraphe 2

<sup>34</sup> Ibidem, article 24, paragraphe 1 : « In addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investment, and taking into account de development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices » ; paragraphe 2 : « Investors should apply the LO Tripartite Declaration on Multinational Investments and Social Policy as well as specific or sectorial standards of responsible practice where these exist » ; paragraphe 3 : « Where standards of corporate of corporate social responsibility increase, investors should strive to apply and achieve the higher level standards »

<sup>35</sup> Ibidem, article 14, paragraphe 2 : « Investors or the investment shall conduct a social impact assessment of the potential investment »

-l'article 18 pose des obligations concernant la phase de post-establishment de l'investissement<sup>36</sup>.

Cette tendance à imposer des obligations pour les investisseurs démontre une approche claire envers la protection des droits de l'homme : les investisseurs doivent non seulement respecter les droits de l'homme, ils doivent aussi les défendre et soutenir activement quand ils mènent leurs activités économiques.<sup>37</sup> Cependant, malgré un large consensus sur un concept très général de responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, aucun accord n'a encore été trouvé en droit international sur sa valeur normative, ni sur les solutions les plus efficaces pour s'attaquer aux infractions commises par les entreprises, encore moins en ce qui concerne les voies de recours.<sup>38</sup>

Outre ce TBI, dans les traités conclus au cours des dernières années on continue cette approche vers l'inclusion des droits de l'homme dans le droit international des investissements. En particulier, l'analyse des textes montre une sorte de catégorisation des clauses contenant des références aux droits de l'homme. Outre le préambule<sup>39</sup>, on retrouve notamment des clauses de RSE<sup>40</sup>, des exceptions générales<sup>41</sup>, des dispositions préservant l'autonomie de régulation des États<sup>42</sup> et des clauses de non-abaissement des standards<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Ibidem, article 18 : paragraphe 2 : « Investors and investments shall uphold human rights in the host state » ; paragraphe 3 : « Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998 » ; paragraphe 4 : « Investors and investments shall not manage or operate the investment in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties »

<sup>37</sup> Niccolo ZUGLIANI, « Human rights in international investment law : the 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty », *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, 68(3), p. 766

<sup>38</sup> Ludovica CHIUSI, « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement ? », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 14

<sup>39</sup> Par exemple, Economic Partnership Agreement entre les états du CARIFORUM et le Royaume Uni, 22 mars 2019, considérant n° 6 : « reaffirming their commitment to the respect for human rights, democratic principles and the rule of law, which constitute the essential elements of this Agreement and to good governance, which constitutes the fundamental element of this Agreement »

<sup>40</sup> Par exemple, TBI entre Brasil et Émirats Arabes Unis, 15 mars 2019, article 15, paragraphe 1 : « Investors and their investment shall strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host State and the local community, though the adoption of a high degree of socially responsible practices, based on the voluntary principles and standards set out in the OECD Guidelines for Multinational Enterprises » ; le paragraphe 2 est aussi très intéressant, en ce qu'il contient une liste des standards pertinents pour les investisseurs. Encore, TBI entre Colombie et Espagne, 16 septembre 2021, article 17 : « Cada Parte Contratante fomentará la aplicación de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE »

<sup>41</sup> Par exemple, TBI entre Japon et Géorgie, 29 janvier 2021, article 15, paragraphe 1 : « ... nothing in this agreement shall be construed so as to prevent the former Contracting Party from adopting or enforcing measures (a) necessary to protect human, animal or plant life or health »

<sup>42</sup> Par exemple, TBI entre Brasil et Équateur, 25 septembre 2019, article 17 : « Nada de lo dispuesto en este Acuerdo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta la legislación laboral, ambiental, des derechos humanos o de salud en esa Parte... »

<sup>43</sup> Par exemple, TBI entre Japon et Morocco, 8 janvier 2020, article 19 : « Each Contracting Party shall refrain from encouraging investments by investors of the other Contracting Party by relaxing its health, safety or environmental



Ces textes représentent donc une continuation de la nouvelle ère du droit international des investissements, les instances sociales et la sensibilité accrue pour de telles problématiques démontrent la nécessité d'une normalisation de la présence des considérations des droits de l'homme dans les accords internationaux d'investissement, un mouvement vers un investissement socialement et environnementalement responsable semble proche, mais ne pourra être confirmé que par les décisions des tribunaux arbitraux dans les années à venir<sup>44</sup>.

Avec des références explicites comme celles qu'on vient d'analyser, il semble difficile pour les arbitres de continuer d'ignorer l'impact des droits de l'homme sur la protection des investissements étrangers. Toutefois, dans la récente décision *Eco Oro v. Colombia* du 9 septembre 2021<sup>45</sup>, le tribunal a jugé que si un État peut adopter des mesures qui visent à la défense de l'environnement et de la santé humaine sans se trouver à violer un accord international, cela n'implique pas qu'un investisseur ne puisse obtenir le paiement d'une compensation par l'État en raison des politiques qu'il a conclu. En l'espèce, l'accord de libre-échange entre le Canada et la Colombie en cause prévoyait une exception générale dédiée à la santé humaine, animale et végétale<sup>46</sup>. Cette décision a été critiquée par les commentateurs<sup>47</sup> mais elle est illustrative du fait qu'on est encore loin, dans la pratique arbitrale, pour considérer que les droits de l'homme soient protégés de façon efficace ou au moins pris au sérieux dans l'arbitrage d'investissements.

En effet, si la nouvelle phase d'un droit des investissements plus perméable aux enjeux non-économiques liés à l'activité commerciale semble indéniablement commencée, et si elle a été ouverte grâce surtout à la crise existentielle de la matière, due à la puissance actuelle des multinationales, qui crée une asymétrie dans les relations entre investisseur étranger et État hôte, l'incorporation d'obligations liées à la responsabilité sociale directes à l'égard de l'investisseur, qu'on espère voir devenir la règle et non l'exception, n'aura pas un effet tangible sans une révolution aussi au niveau de la mise en œuvre de ces obligations, notamment au moment du règlement des différends.<sup>48</sup>

---

measures, or by lowering its labour standards. To this effect, each Contracting Party should not waive or otherwise derogate from such measures or standards as an encouragement for the establishment, acquisition, or expansion in its Territory of investments by investors of the other Contracting Party »

<sup>44</sup> Nicholas J. DIAMOND, « 2019 in Review : International Investment Agreements and Human Rights », in Kluwer Arbitration Blog, 8 février 2020

<sup>45</sup> *Eco Oro Minerals Corp. contre Republic of Colombia*, ICSID Case N° ARB/16/41, sentence du 9 septembre 2021

<sup>46</sup> Traité de libre-échange entre Canada et Colombie, 21 novembre 2008, article 2201(3) : « ... nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary (a) to protect human, animal or plant life or health, which the parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life and health »

<sup>47</sup> Voir par exemple Sierra JIMENA « Is the Arbitral Award in the *Eco Oro v. Colombia* Dispute 'Bad Law' ? », 11 novembre 2021, AfronomicsLaw.org

<sup>48</sup> Makane Moïse MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, S.F.D.I., Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 335

Or, si cette tendance à l'inclusion de références aux droits de l'homme dans les accords internationaux d'investissement ne peut pas être laissée de côté et sera analysée dans ce texte, et même si son développement peut être la solution la plus efficace pour atteindre le résultat d'un investissement socialement responsable, au même temps elle demeure très limitée, et ne peut pas être considérée comme reflétant (encore) l'état d'avancement du droit international des investissements en la matière.

L'intérêt de cette première partie introductive est de jeter les bases pour le présent mémoire, en abordant le discours sur le rapport entre droit international des droits de l'homme et droit international des investissements, un rapport qui s'avère très complexe et dont multiples angles de perspective sont possibles. Notamment, les relations entre systèmes et régimes juridiques en la matière sont parmi les plus complexes, en ce qu'elles concernent l'ordre juridique international dans son ensemble, mais ont aussi des répercussions sur le droit national et son déroulement, de sorte qu'il résulte difficile même seulement d'avoir une vision claire et complète de l'argument. On n'a donc aucun type de prétention d'avoir présenté le sujet dans sa totalité, l'intention étant plutôt d'ouvrir à la problématique et d'en faire comprendre la profondeur que de donner des argumentations définitives.

Il y a lieu désormais d'ouvrir à des réflexions ultérieures sur l'instrument juridiquement contraignant qui est en cours d'élaboration auprès de l'*open-ended intergovernmental working group* (ci-après OEIGWG) désigné par le Conseil des Droits de l'Homme des Nations unies avec la résolution 26/9 du 26 juin 2014<sup>49</sup>.

## **II. Le projet de traité onusien sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme : proposition d'étude**

On a donc abordé la question des rapports entre droits de l'homme et droit international des investissements, en soulignant les limites de l'intégration des premiers dans le système de l'arbitrage d'investissement, qui dépendent surtout de la nature de celui-ci. De plus, on a considéré la pratique récente de l'incorporation dans les accords internationaux d'investissement des références spécifiques aux droits de l'homme, une tendance que toutefois à cette date reste marginale, si on pense que sur plus de 3000 traités ayant pour objet la promotion et la protection des investissements

---

<sup>49</sup> Voir <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

étrangers (TBI et traités globaux avec des chapitres dédiés aux investissements) moins de 1% contiennent des références aux droits de l'homme<sup>50</sup>. En outre, de ses références, une grande partie ressort de la pratique de conclusion d'accords internationaux de la Commission puis Union Européenne, et ne crée donc pas une tendance répandue un peu partout dans le monde<sup>51</sup>. De plus, comme on a vu, le plus souvent les tribunaux arbitraux esquivent la question de la prise en compte des droits de l'homme dans les argumentations des sentences arbitrales ; cela était le cas dans l'affaire *Suez c. Argentine*, où le tribunal a constaté que les obligations de l'Argentine dérivant respectivement des droits de l'homme et du traité d'investissement ne sont pas contradictoires ni mutuellement exclusives.<sup>52</sup>

A la lumière de ces données, force est de constater que, bien que cette tendance soit très positive et dans les années à venir elle pourra contribuer à un meilleur équilibre entre développement économique et bien-être social, on doit chercher des autres méthodes pour l'incorporation des instances dérivantes du droit international des droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement, sans devoir attendre la modification d'au moins la plupart des accords internationaux d'investissement.

Il faut donc trouver un autre moyen pour intégrer des considérations relatives aux droits dans le contentieux international des investissements. A cet égard, on considérera les instances qu'à différents niveaux ont contribué à la prise de conscience de la nécessité d'introduire un instrument juridiquement contraignant pour les entreprises et les droits de l'homme (A), pour pouvoir après énoncer le sujet et la problématique du présent mémoire (B).

#### A. La nécessité croissante d'un instrument juridiquement contraignant pour les entreprises en matière de droits de l'homme

Si on se tourne premièrement au droit international général, on voit en effet que à plusieurs reprises des différentes organisations et instances internationales ont essayé de rédiger des textes dont l'objectif est de tracer les limites et expliquer les modalités de l'intégration entre activité économique

---

<sup>50</sup> Voir par exemple l'étude menée en 2014 par l'OCDE, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jz0xvqx1zlt-en.pdf?expires=1654182462&id=id&accname=guest&checksum=072EE536FC6DC9EB92BD963894ED7E04>

<sup>51</sup> Francisco PASCUAL-VIVES, « Investissements étrangers et protection des intérêts publics », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 178-182

<sup>52</sup> *Suez et al. C. République argentine*, ICSID case n. ARB/03/17, Decision on liability du 30 juillet 2010, paragraphe 240, « [...] Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligations, and must respect both of them. Under the circumstances of this case, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as was discussed above, Argentina could have respected both types of obligations. [...] »

des entreprises, et tout particulièrement des sociétés transnationales, et respect des droits de l'homme et en général des enjeux non-économiques entrant en contact avec ces activités. Il s'ensuit que le « projet d'instrument contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises » dont a été mandaté le OEIGWG<sup>53</sup> n'est pas la première tentative en ce sens, mais il s'insère dans un cadre historique plus complexe. En revanche, l'impact qu'on imagine il pourrait avoir sur l'arbitrage d'investissements le rend un instrument très intéressant, de sorte qu'il puisse être considéré une avancée importante dans la matière, à ne pas laisser de côté.

Or, le cadre préliminaire de ces interventions est représenté par les obligations des États en matière de droits de l'homme, qui découlent de toute une série de textes de droit internationaux et même du droit international coutumier<sup>54</sup>, et notamment l'obligation de *due diligence*, qui on peut retenir finalement une règle coutumière du droit international général, un principe général du droit international<sup>55</sup>, qui irrigue l'ensemble du droit international des droits de l'homme, en ce que les États doivent constamment veiller à la protection des droits fondamentaux en mettant en œuvre « tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition », autrement dit ils doivent « faire de leur mieux pour que ces actes ne se produisent pas »<sup>56</sup> ; il s'agit alors d'un standard de comportement dont dérive toute une série d'obligations positives et négatives<sup>57</sup> à analyser in concreto avec une approche casuistique.

On a alors assisté à plusieurs tentatives de faire entrer dans l'activité économique des entreprises des considérations en matière de droits de l'homme. En effet, déjà dans les années 1970 le Conseil économique et social de l'ONU avait mandaté une Commission des sociétés transnationales pour créer un code de conduite contraignante pour les entreprises<sup>58</sup>. Toutefois ce projet a échoué dans les années 1990, il n'a donc jamais été adopté, d'une part à cause de la Guerre froide, de l'autre parce que le projet d'imposer une réglementation générale des activités des sociétés

---

<sup>53</sup> Voir <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

<sup>54</sup> Entre autres, la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, qui n'est pas en soi un texte qui impose des obligations aux états mais dont la valeur est indéniable, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme adoptés en 1976 par l'Assemblée Générale des Nations unies, les instruments régionaux tels que la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, la Convention Américaine relative aux droits de l'homme de 1969.

<sup>55</sup> Awalou OUEDRAOGO, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », revue générale de droit, volume 42, n° 2, 2012, p. 641-683

<sup>56</sup> CIJ, arrêt du 27 février 2007, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, §430 à 432

<sup>57</sup> Helene RASPAIL, « Due diligence et droits de l'homme », in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, S.F.D.I. Journée d'études franco-italienne du Mans, Sara CASSELLA dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2018, p. 108

<sup>58</sup> « UN Code of Conduct for Transnational Corporations », dernière version : UN Doc. E/1990/94 du 12 juin 1990

transnationales et de leurs relations avec les États hôtes s'est révélé trop ambitieuse et éloignée de la réalité du droit international.<sup>59</sup> Pour cette deuxième raison, pris conscience de l'état du droit international général, qui n'était pas et peut-être n'est pas encore prêt à reconnaître aux sociétés multinationales une personnalité juridique dans l'ordre juridique international, les différentes instances ont tourné plutôt vers l'adoption de normes volontaires, non-contraignantes.

En ce sens, on a toute une série d'instruments internationaux qui ont été configurés, des instruments qui sont donc de *soft law*. Notamment, en ce qui concerne le système juridique onusien, on doit prendre en compte d'un côté les « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises » de 2003<sup>60</sup>, qui a toutefois été laissé en l'état par les institutions onusiennes<sup>61</sup>, de l'autre les plus connus « Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme »<sup>62</sup>, approuvés par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies le 16 juin 2011 dans sa résolution 17/4, qui sont à considérer comme le premier guide officiel pour les États et les entreprises sur leurs responsabilités en relation aux droits de l'homme. Au dehors du cadre onusien, il est nécessaire de citer les « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » en leur version de 2011<sup>63</sup>, la « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale » de l'Organisation internationale du Travail, dont la cinquième édition date de mars 2017<sup>64</sup> ou encore la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale<sup>65</sup> de l'Organisation internationale de normalisation.

Tout ce qui précède crée donc un cadre assez bien défini de la prise en compte des droits de l'homme dans l'activité économique des entreprises, parfois en adressant à celles-ci même des obligations directes. En revanche, ces obligations restent contenues dans des textes de *soft law*, dont le respect et quelquefois l'appartenance même reviennent à un choix, une décision volontaire des entreprises. Il est donc difficilement envisageable que de ces textes puissent naître des obligations

---

<sup>59</sup> Carolyn F- Hillemanns, « UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights », *German Law Journal*, volume 4 n° 10, 2003, p. 1066

<sup>60</sup> Adoptées le 13 août 2003, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme au sein de la Commission des droits de l'homme, Cinquante-cinquième session, « Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », E/CN/Sub.2/2003/12/Rev.2 of 26 Août 2003

<sup>61</sup> Tennessee SOUDAIN, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme », Université de Strasbourg, Thèse de 2018, p. 84

<sup>62</sup> Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy Framework, HR/PUB/11/74, 2011 Nations Unies

<sup>63</sup> OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2011, voir <https://doi.org/10.1787/9789264115439-fr>

<sup>64</sup> Voir [https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS\\_124923/lang--fr/index.htm](https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124923/lang--fr/index.htm)

<sup>65</sup> ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, voir <https://www.iso.org/fr/publication/PUB100258.html>

contraignantes des investisseurs<sup>66</sup>, même dans la plupart des rares mais existantes références qu'on a rencontrées dans les TBI de nouvelle génération à ces instruments<sup>67</sup>.

En effet, si on regarde en particulier aux PDNU, ceux-ci appellent les États, lorsqu'ils poursuivent des objectifs politiques à caractère commercial, par le biais de traités ou de contrats d'investissements, à ne pas limiter la marge d'action nécessaire au respect de leurs obligations en matière de droits de l'homme<sup>68</sup> ; de plus, ce texte pose aussi des obligations directement sur les entreprises de respecter les droits de l'homme.<sup>69</sup> Les TBI pourrait alors aborder toutes les questions relatives aux droits de l'homme, soit en se référant à l'obligation pour les États de respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme et les obligations erga omnes connexes, soit en imposant directement des obligations aux investisseurs, ce que toutefois, comme on a vu, les États sont encore été très réticents à faire<sup>70</sup>.

La solution à la problématique d'encadrer le comportement des sociétés multinationales pour que celles-ci doivent respecter les droits de l'homme ne semble donc pouvoir être résolue par ce type d'instruments.

On arrive à ce point à la déclaration faite par la délégation de l'Équateur à la 24<sup>ème</sup> session du Conseil des droits de l'homme des Nations unies au nom d'un groupe de pays africains, sud-américains et asiatiques<sup>71</sup>, où ces États ont rappelé l'augmentation des violations et abus des droits de l'homme par les sociétés transnationales et l'importance des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mais ils ont souligné que ceux-ci ne sont qu'un premier pas et que, à cause de leur caractère non-contraignant, ils sont destinés à rester sans conséquences concrètes<sup>72</sup>. Ils ont alors plaidé en faveur d'un cadre juridiquement contraignant pour

---

<sup>66</sup> Arnaud DE NANTEUIL, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violations des droits de l'homme : perspectives et limites », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 39

<sup>67</sup> Voir *supra*

<sup>68</sup> Conseil des droits de l'homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence protéger, respecter et réparer des Nations unies*, A/HRC/17/31/2011), Principe 9

<sup>69</sup> Ibidem, Partie 2, « Responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme », Principes 11 à 24

<sup>70</sup> Ludovica CHIUSI, « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement ? », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 20

<sup>71</sup> Statement on behalf of a Group of Countries at the 24<sup>th</sup> Session of the Human Rights Council, General Debate – Item 3 “Transnational Corporations and Human Rights”, Geneva, September 2013, « We deliver this statement on behalf of the African Group, the Arab Group, Pakistan, Sri Lanka, Kyrgyzstan, Cuba, Nicaragua, Bolivia, Venezuela Peru and Ecuador ». Voir <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf>

<sup>72</sup> Ibidem, « The endorsement buy the UN Human Rights Council in June 2011 of the “Guiding Principles on Business and Human Rights : Implementing the United Nations Protect, Respect and Remedy Framework was a first step, but without a legally binding instrument, it will remain only as such : a “first step” without further consequence. »

régler les activités des sociétés transnationales et fournir une protection adéquate, justice et mesures de redressement aux victimes des abus des droits de l'homme résultant directement ou étant liés aux activités de certaines sociétés transnationales et autres entreprises<sup>73</sup>. Ils soutiennent qu'un instrument juridiquement contraignant donnerait le cadre pour une action renforcée des États dans la protection des droits et la prévention des violations<sup>74</sup>. En outre, un instrument international juridiquement contraignant clarifierait les obligations des entreprises, et des entreprises en relations avec les États, dans le domaine des droits de l'homme.<sup>75</sup>

Dans ce contexte, le Conseil des droits de l'homme a adopté, le 26 juin 2014, à l'occasion de sa 26<sup>ème</sup> session, la résolution 26/9<sup>76</sup>, avec laquelle il a créé « un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée (en anglais OEIGWG) sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, qui sera chargé d'élaborer un instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises »<sup>77</sup>.

Les travaux du groupe ont attiré dès le début la participation de plusieurs États et organisations internationales, mais aussi de nombreuses organisations non-gouvernementales.<sup>78</sup> Pendant les trois premières sessions, les efforts étaient concentrés vers la création d'un projet d'instrument juridiquement contraignant, qui a été préparé par la mission permanente de l'Équateur et présenté le 16 juillet 2018 (ci-après *zero draft*). Le *zero draft* a servi comme base pour les négociations lors de la quatrième session, qui s'est tenue du 15 au 19 octobre 2018. Le projet a suscité de différentes réactions, en ce que certains États souhaitaient qu'il explicitait plus clairement que les droits de l'homme priment sur les accords internationaux d'investissements et prévoyait aussi l'obligation de mener des études d'impact avant la conclusion de tels accords, alors que des autres délégations avaient exprimé des préoccupations en ce qu'une telle disposition aurait créé une inacceptable hiérarchie en droit international, qui serait potentiellement en conflit avec le droit international

---

<sup>73</sup> Ibidem, « the necessity of moving forward towards a legally binding framework to regulate the work of transnational corporations and to provide appropriate protection, justice and remedy to the victims of human rights abuses directly resulting or related to the activities of some transnational corporations and other business enterprises »

<sup>74</sup> Ibidem, « A legally binding instrument would provide the framework for enhanced State action to protect rights and prevent the occurrence of violations »

<sup>75</sup> Ibidem, « An international legally binding instrument, concluded within the UN system, would clarify the obligations of transnational corporations in the field of human rights, as well as of corporations in relation to States »

<sup>76</sup> Résolution 26/9 du 14 juillet 2014, Conseil des droits de l'homme. 26<sup>ème</sup> session, voir <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement> ; résolution adoptée par 20 voix contre 14, avec 13 abstentions

<sup>77</sup> Voir <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

<sup>78</sup> Voir par exemple le rapport de la première session du groupe de travail intergouvernemental à composition limitée, qui s'est tenue du 6 au 10 juillet 2015, conformément au programme de travail annuel du Conseil des droits de l'homme, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/23/PDF/G1601823.pdf?OpenElement>

coutumier.<sup>79</sup> En outre, à plusieurs reprises des organisations non-gouvernementales ont fait valoir le fait que « le futur instrument devrait établir des obligations directes pour les sociétés transnationales et que l'établissement de telles obligations devait figurer dans l'énoncé des objectifs de l'instrument ».<sup>80</sup> On voit alors que l'étendue des dispositions du nouvel instrument et la présence ou non d'obligations directes pour les sociétés n'étaient pas clairement établies.

A ce moment-là, en effet, au niveau national les législateurs de certains pays avaient commencé à imposer des obligations aux entreprises, pour qu'elles soient forcées de prendre en considération, dans leur activité, aussi des enjeux non-économiques liés à cette activité. A cet égard, le parlement britannique a adopté en 2015 le Modern Slavery Act, qui impose aux entreprises de publier un rapport annuel qui indique les mesures prises pour combattre le trafic humain et l'esclavage moderne tout au long de leur chaîne d'approvisionnement.<sup>81</sup> L'Australie a également introduit, en 2018, une loi sur l'esclavage moderne, inspirée du modèle anglais.<sup>82</sup> Encore et surtout, la France a mis en place, le 27 mars 2017, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>83</sup>, qui impose à ces sociétés de développer, publier et mettre en œuvre des mesures visant l'identification des risques et la prévention des atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentaux, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement ; de cette façon, les sociétés françaises et par ricochet les filiales et sous-traitants des groupes français, indépendamment du pays d'implantation, ont une vraie obligation de respect de ces engagements qui autrement ne resteraient que des principes au niveau de *soft law* (voir supra).<sup>84</sup> De plus, suivant le modèle de la loi française des autres pays européens ont développé ou discutent actuellement d'adopter des lois sur le devoir de vigilance couvrant des différentes matières.<sup>85</sup> On pouvait donc bien avoir l'impression, lors de la rédaction du *zero draft*, que les temps étaient mûrs pour un texte international qui prévoit des obligations directes pour des sujets privés comme les sociétés multinationales.

---

<sup>79</sup> OHCHR, « Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights », paragraphe 51, voir <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/000/38/PDF/G1900038.pdf?OpenElement>

<sup>80</sup> Ibidem, paragraphe 35

<sup>81</sup> Modern Slavery Act 2015, Part 6 – Transparency in supply chains, voir <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/part/6/enacted>

<sup>82</sup> Modern Slavery Act n° 153, 2018, voir <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>

<sup>83</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, voir <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>

<sup>84</sup> Anne DUTHILLEUL et Matthias DE JUVENEL, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Rapport officiel, Ministère de l'économie et des finances, 2020

<sup>85</sup> Par exemple, le 14 mai 2019 les Pays Bas ont approuvé une « loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants », et l'Allemagne a adopté, le 11 juin 2021, une « loi régissant les devoirs de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement »



Cependant, on avait aussi dès le début des opinions négatives sur l'utilité de la mise en place d'un traité contraignant tel que souhaité par l'Équateur et les pays au nom desquels il avait parlé en 2013. Notamment, il convient de tenir compte de la position de John Ruggie, le Secrétaire général des Nations unies pour les entreprises et les droits de l'homme qui avait élaboré, à l'issue de vastes consultations et recherches, les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » de 2011. Dans un article publié en janvier 2014<sup>86</sup>, le professeur Ruggie aborde en effet la question d'un traité ONU sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme de façon désenchantée, en affirmant d'un côté plutôt la nécessité d'implémenter d'avantage les Principes directeurs que d'élaborer des instruments divers, de l'autre que, même avec la meilleure volonté politique, un traité de ce type impliquerait un nombre de questions et d'enjeux dérivant des plus divers domaines de la loi, de sorte qu'il pourrait difficilement assurer des évolutions juridiques effectives.<sup>87</sup>

On peut alors retenir que le *zero draft* est le résultat de toutes ces différentes instances nationales et internationales, que le OEIGWG avait cherché à codifier l'état du droit international et des réflexions des acteurs internationaux de ce particulier moment historique.

Les travaux du groupe intergouvernemental ont continué, on a eu une cinquième et une sixième session, dans chacune desquelles une version révisée du projet d'instrument juridiquement contraignant a servi comme base pour les négociations.<sup>88</sup> Finalement, on a eu une septième session du 25 au 29 octobre 2021, pour laquelle la Mission Permanente de l'Équateur avait préparé un troisième projet révisé d'instrument juridiquement contraignant<sup>89</sup> à soumettre aux travaux du groupe. Cette dernière version présente peu de changement par rapport au deuxième projet révisé, de sorte qu'on peut penser que la version finale du traité, si elle sera adoptée, ne sera pas très éloigné de celle-ci.

---

<sup>86</sup> John G. RUGGIE, « A UN Business and Human Rights Treaty? An issue Brief by John G. Ruggie », Harvard Kennedy School, 28 janvier 2014

<sup>87</sup> Ibidem, p. 3, « Even with the best of “political will,” the crux of the issue is that the category of business and human rights is not so discrete an issue-area as to lend itself to a single set of detailed treaty obligations. It includes complex clusters of different bodies of national and international law – for starters, human rights law, labour law, anti-discrimination law, humanitarian law, investment law, trade law, consumer protection law, as well as corporate law and securities regulation. The point is not that these are unrelated, but that they embody such extensive problem diversity, institutional variations, and conflicting interests across and within states that any attempt to aggregate them into a general business and human rights treaty would have to be pitched at such a high level of abstraction that it is hard to imagine it providing a basis for meaningful legal action. »

<sup>88</sup> Voir <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>, « History of the Process »

<sup>89</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », voir <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>

Finalement on aura à faire, si le traité verra le jour, avec un instrument qui intervient de façon classique en droit international, en imposant des obligations aux États et non pas directement aux investisseurs, au moins explicitement<sup>90</sup>, et insiste beaucoup sur l'efficacité des systèmes nationaux, sur l'assistance réciproque et sur la coopération internationale entre États. Cependant, même si on n'est pas en face d'un instrument révolutionnaire, qui affecte les bases de la construction interétatique du droit international, il s'agit d'une avancée concrète pour encadrer l'activité économique des sociétés multinationales.

De plus, s'il est vrai que l'instrument interviendrait au niveau étatique et que l'arbitrage d'investissement n'est pas mentionné dans le projet, il semble plausible que celui-ci aura des incidences sur le contentieux arbitral international et le droit international des investissements plus en général, ce qu'on vise à analyser dans le présent mémoire.

## B. Délimitation du sujet et problématique du mémoire

On a cherché donc à introduire cette problématique du rapport entre le droit international des investissements et le droit international des droits de l'homme, un rapport qui s'avère très complexe, qui pourrait faire et a fait l'objet de très nombreuses discussions, qui approfondissent tel ou tel aspect de l'enjeu. Ici on n'a pas la prétention de traiter la question de façon exhaustive de tout point de vue, l'intention étant de donner éléments de réflexion qui on considère particulièrement intéressants.

On procédera alors à une analyse en deux temps : dans la première Partie on prendra en compte les méthodes grâce auxquels les enjeux liés aux droits de l'homme peuvent rentrer dans le droit international des investissements, soit au niveau à proprement parler du contentieux arbitral soit en considérant des enjeux qui n'appartiennent pas étroitement au droit international des investissements mais dont on estime l'utilité au niveau d'un changement de perspective de la jurisprudence arbitrale ; dans la deuxième Partie, à la lumière des raisonnements menés, on ouvrira à certains articles de l'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme, pour voir comment ceux-ci pourraient éventuellement changer l'articulation du rapport entre droit international des droits de l'homme et droit international des investissements dans l'arbitrage d'investissements, tout particulièrement sous les angles de perspective qu'on considérera dans la première partie.

A ces fins, on définit le droit international des investissements comme la partie du droit international économique qui s'occupe des règles régissant les opérations économiques

---

<sup>90</sup> Voir *infra*

d'investissement menées par un investisseur d'un État dans le territoire d'un autre État, appelé État d'accueil. L'investisseur étranger, pour sa part, même si le droit international général ne connaît pas une notion propre de celui-ci, peut être considéré comme une personne, physique ou morale, qui investit des capitaux avec une vision à long terme dans un État différent de celui dont il a la nationalité<sup>91</sup>. Ces définitions ne sont pas les plus précises et recherchées, ni elles ont vocation à se soustraire de toute critique, et elles sont à retenir comme strictement fonctionnelles, leur fin étant limitée à l'encadrement de la problématique du présent mémoire.

D'autre part, on peut définir l'activité commerciale en se servant de l'article 1<sup>er</sup> du troisième projet d'instrument juridiquement contraignant<sup>92</sup>, dont le paragraphe 3 affirme qu'il s'agit de toute activité économique ou autre activité, y compris mais non limité à la fabrication, production, transport, distribution, commercialisation, vente de biens ou services, menée par une personne physique ou morale, y compris les entreprises publiques, les institutions financières et les fonds d'investissements, les sociétés transnationales, autres entreprises, joint-ventures, et autres relations commerciales menées par une personne physique ou morale<sup>93</sup> ; le paragraphe 4 ajoute une définition de activité commerciale à caractère transnationale, en disant qu'il s'agit de toute activité économique telle que définie au paragraphe précédent quand celle-ci est menée :

- dans plus d'un État ou juridiction,
- dans un État mais une partie significative de l'activité se déroule à travers des relations commerciales dans un autre État ou juridiction,
- dans un État mais a des effets significatifs dans un autre État ou juridiction.<sup>94</sup>

On comprend alors que la portée de l'instrument juridiquement contraignant est bien plus étendue par rapport au champ d'action du droit international des investissements, qui en revanche résulte sans doute compris dans cette définition.

---

<sup>91</sup> Jean-Pierre LAVIEC, « Définition des investissements étrangers », in *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Genève, Graduate Institute Publications, 1985

<sup>92</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », voir <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>, article 1<sup>er</sup>, « Définitions »

<sup>93</sup> Ibidem, article 1.3, « Business activities means any economic or other activity, including but not limited to the manufacturing, production, transportation, distribution, commercialisation, marketing and retailing of goods and services, undertaken by a natural or legal person, including State-owned enterprises, financial institutions and investment funds, transnational corporations, other business enterprises, joint ventures, and any other business relationship undertaken by a natural or legal person. This includes activities undertaken by electronic means. »

<sup>94</sup> Ibidem, article 1.4, « Business activities of transnational character means any business activity described in Article 1.3. above, when:

- a. It is undertaken in more than one jurisdiction or State; or
- b. It is undertaken in one State but a significant part of its preparation, planning, direction, control, design, processing, manufacturing, storage or distribution, takes place through any business relationship in another State or jurisdiction; or
- c. It is undertaken in one State but has significant effect in another State or jurisdiction. »

De l'autre côté, le projet de traité comprend une définition de violation des droits de l'homme, à savoir il s'agit de tout préjudice direct ou indirect dans le contexte des activités économique, à travers tout acte ou omission, contre toute personne ou groupe de personnes, qui empêche la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales internationalement reconnus, y compris le droit à un environnement sûr, propre, sain et durable.<sup>95</sup> Cette définition doit être intégrée avec la disposition du paragraphe 3 de l'article 3 du projet, dédié à la portée de l'instrument juridiquement contraignant, où on lit que l'instrument juridiquement contraignant doit couvrir tout droit de l'homme et liberté fondamentale internationalement reconnue qui lie les États Parties à l'instrument même, y compris ceux reconnus dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail tous les traités fondamentaux en matière de droits de l'homme et les Conventions fondamentales de l'OIT dont un État est partie et le droit international coutumier.<sup>96</sup> En effet, ici on n'entend pas donner des définitions ponctuelle des droits de l'homme qui peuvent ou doivent être pris comme relevant du contentieux arbitral international, en ce que la variété des situations qui regardent en quelque façon l'intersection des droits de l'homme et du droit des investissements difficilement permettrait de tracer une liste exhaustive de ces droits. Or, l'objectif de ce mémoire est d'argumenter comment les droits de l'homme peuvent entrer dans le droit international des investissements, de mettre en évidence des outils fonctionnels que dans un cas d'espèce sont susceptibles d'être utilisés avec le plus large éventail de droits de l'homme internationalement reconnus. En revanche, on n'entend pas généraliser la question dans le sens que tous les droits de l'homme, quelle que soit leur nature (en particulier on distingue entre droits de première, deuxième ou troisième génération, entre droits qui peuvent être considérés comme faisant partie ou pas du *ius cogens*), doivent être traités et implémentés de la même façon, et on aura soin de tracer les limites au fur et à mesure de la réflexion.

D'autre part, on n'entend pas sous-estimer la complexité des sources du contentieux arbitral international : si on prend l'article 1442 du code de procédure civil français, on voit que la convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à

---

<sup>95</sup> Ibidem, article 1.2, « Human rights abuse shall mean any direct or indirect harm in the context of business activities, through acts or omissions, against any person or group of persons, that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment. »

<sup>96</sup> Ibidem, article 3.3, « This (Legally Binding Instrument) shall cover all internationally recognized human rights and fundamental freedoms binding on the State Parties of this (Legally Binding Instrument), including those recognized in the Universal Declaration of Human Rights, the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, all core international human rights treaties and fundamental ILO Conventions to which a State is a Party, and customary international law. »

soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.<sup>97</sup> Or, la clause compromissoire sur la base de laquelle un tribunal arbitral est saisi peut être retrouvée et dans le contrat qui lie l'investisseur à l'État d'accueil pour l'investissement particulier qu'il va réaliser sur cet État, et dans le TBI qui lie l'État de nationalité de l'investisseur et l'État d'accueil, et encore dans la législation nationale de l'État d'accueil. En particulier, pour ce qui concerne la loi nationale et les TBI, ceux-ci valent comme des offres permanentes d'arbitrage selon la jurisprudence arbitrale<sup>98</sup>. Le compromis pour un différend actuel prend aussi des différentes formes, même celle d'un *forum prorogatum*.

On aura alors une multitude de sources possibles, qui parfois sont cumulées pour fonder la compétence d'un tribunal arbitral. Le choix a été de se référer, comme a déjà pu être observé, aux Traités bilatéraux d'investissement comme source du contentieux arbitral des investissements, qui sont les instruments plus nombreux et diffusés, dont découle donc principalement la protection accordée aux investisseurs. Cela n'est qu'un choix de fluidité de l'argumentation, et ne signifie pas que les autres sources de l'engagement juridictionnel sont exclues des enjeux en cause.

De plus, il y a aussi à considérer que, au niveau du droit applicable et de la procédure arbitrale, on a des différents modèles d'arbitrage institutionnel qui peuvent être choisis, outre évidemment la voie de l'arbitrage ad hoc. A nouveau, si on se référera principalement à des sentences du CIRDI, au motif principalement qu'elles sont plus facilement accessibles et donc connues et commentées, cela ne veut pas dire que les mêmes argumentations ne puissent pas concerner par exemple un tribunal arbitral ad hoc, avec ces propres règles de procédure, dans les limites et avec les ajustements et spécifications que chaque cas d'espèce présente en vertu de la nature même du contentieux arbitral d'investissements.

Pour ce qui concerne la perspective adoptée dans la présente contribution, si le droit international des droits de l'homme et le droit international des investissements interagissent entre eux dans les façons les plus différentes, et on peut bien avoir des convergences entre les deux, dans le sens où ils peuvent avoir finalement le même objet, quand il s'agit de protéger les droits de l'investisseur en tant que personne humaine, ou qu'encore ils peuvent être d'inspiration mutuelle l'un pour l'autre dans la définition des standards de protection de l'investisseur ou de la qualification

---

<sup>97</sup> Article 1442, Code de Procédure Civile, voir [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000023450909](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450909)

<sup>98</sup> Voir notamment *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case N° ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/84/3, sentence du 20 mai 1990 et *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case N° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990

d'une atteinte à ses droits<sup>99</sup>, finalement on cherchera davantage d'analyser les rapports conflictuels qui naissent au moment où on cherche de limiter les droits et les prérogatives de l'investisseur étranger face à l'État d'accueil par le moyen des droits de l'homme reconnus aux individus autres que celui-ci, des violations à leurs droits que ces individus ont subi en raison de la présence de l'investisseur et de le déroulement de son activité économique dans l'État d'accueil.

A la lumière de tout ce qui précède, il convient alors dans un premier temps d'analyser la situation actuelle de la prise en compte des droits de l'homme dans le droit international des investissements, qui sera considérée tant au niveau de la formation d'un TBI ou d'un contrat de concession et plus en général des relations entre l'État et de l'investisseur, qu'au niveau de l'émergence d'un différend et donc du contentieux devant le tribunal arbitral (PARTIE I). Le choix de considérer ces aspects n'a à nouveau pas de prétention d'épuiser de façon exhaustive le discours des points de contact entre droit international des droits de l'homme et droit international des investissements ; à cet égard, le cadre proposé dans la Partie I est fonctionnel à l'apport de la Partie II, où l'enjeu sera l'examen de certaines clauses du projet d'instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme dans sa troisième version, et de leur possible impact sur les questions ouvertes en précédence, pour déterminer l'incidence de ce projet de traité sur le droit international des investissements (PARTIE II).

---

<sup>99</sup> Walid BEN HAMIDA, « Rapport introductif », in *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse*, Walid BEN HAMIDA et Frédérique COULÉE dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 16

# **PARTIE I : LES DROITS DE L'HOMME COMME LIMITE AUX DROITS**

## **DES INVESTISSEURS EN DROIT INTERANTIONAL DES**

### **INVESTISSEMENTS**

Dans cette première partie, on mènera une série de raisonnements qui, même si la volonté est de se référer toujours à la jurisprudence arbitrale existante, pourraient apparaître comme un forçage par rapport aux différends qui sont effectivement appelés à trancher les tribunaux arbitraux ; il ne s'agit que d'un choix méthodologique, en ce qu'on a décidé de raisonner à compter des sentences les plus innovatrices en la matière.

En effet, le droit international des investissements s'est développé à partir des enjeux liés au traitement national de l'étranger, puisqu'il y avait la nécessité de protéger les nationaux d'un État qui se trouvaient dans le territoire d'un autre État, « grâce à la reconnaissance des droits suffisants pour leur garantir une sécurité (relative) et une liberté de circulation »<sup>100</sup>. Il s'agit alors d'une branche du droit où par nature l'investisseur étranger bénéficie de certains avantages et garanties, dont il a besoin, ou au moins il avait besoin, pour faire face aux risques de décisions arbitraires de la part de l'État d'accueil.

L'État a donc historiquement accepté d'accorder un régime juridique privilégié aux investisseurs étrangers, en limitant son propre pouvoir. Cela était dû au fait que classiquement en droit international des investissements on avait l'idée que c'était surtout grâce à l'investissement transnational et à l'afflux de capitaux étrangers que le développement économique était possible. En effet, l'investissement transnational facilite l'accès aux marchés mondiaux et contribue à l'amélioration des infrastructures dans les pays en voie de développement.<sup>101</sup>

Cependant, aujourd'hui on assiste à la remise en cause du postulat selon lequel toute croissance économique et du produit intérieur brut serait positive pour le développement économique. En fait, désormais, comme on a déjà eu l'occasion d'affirmer, le développement durable, celui qui prend en compte aussi des facteurs humains et environnementaux, peut être considéré comme l'un des objectifs de la communauté internationale.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Sabrina ROBERT-CUENDET, « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in *Droit des Investissements Internationaux, Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET dir., Bruxelles, Éditions Bruylant, 2017, p. 248

<sup>101</sup> Christoph H. SCHREUER, « The Future of Investment Arbitration », in *Looking at the Future – Essays on International Law in honour of W. M. Reisman*, M. H. ARSANJANI, J.K. COGAN, R.D. SLOANE, S. WIESSNER dir., Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 787

<sup>102</sup> Olivia DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2015, p. 537

Il convient alors de voir comment les droits de l'homme sont rentrés dans le droit international des investissements, d'un côté au niveau du contentieux devant les tribunaux arbitraux (**Chapitre I**), de l'autre côté et plus généralement dans les rapports entre État d'accueil et investisseur étranger (**Chapitre II**).

## **Chapitre I – Le rôle de certaines clauses des AII dans la prise en compte des droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissements**

Le mouvement envers la reconnaissance de la centralité du concept de développement durable a traversé aussi l'arbitrage d'investissements, les tribunaux arbitraux ont été, à un certain niveau, contraints de s'intéresser à ces enjeux non-économiques et à leurs possibles interactions avec les droits de l'investisseur étranger, éminemment protégés dans le cadre du droit international des investissements. Il y a lieu alors d'entrer dans le vif du sujet, en considérant comment les droits de l'homme peuvent jouer un rôle dans le contentieux arbitral des investissements.

Comment on a déjà annoncé, on entend considérer celle partie de la jurisprudence arbitrale où les arguments sur les droits de l'homme sont faits valoir contre les prétentions de l'investisseur, pour qu'il se trouve en quelque façon à redéfinir l'étendue de ses droits à la lumière principalement des engagements de l'État d'accueil en matière de droit international des droits de l'homme.

On va alors aborder la question en évaluant les conditions qui permettent d'introduire des telles argumentations dans le contentieux arbitral et en examinant notamment certaines clauses qu'on retrouve classiquement dans le TBI pour voir jusqu'à où cette intégration entre droits de l'homme et droits de l'investisseur peut arriver, en prenant en compte d'un côté la clause du droit applicable et les enjeux liés à l'intégration systémique des normes en matière de droits de l'homme (**Section 1**), de l'autre côté la clause de conformité au droit national de l'État d'accueil et ses incidences au niveau des droits de l'homme (**Section 2**).

### **Section 1 – La clause de droit applicable et les enjeux liés à l'intégration systémique des normes en matière de droits de l'homme**

Comme on a eu l'occasion de voir dans l'introduction, les droits de l'homme comme tels restent peu présents des stipulations des TBI, les références directes des TBI de nouvelle génération



étant encore trop limitée par rapport à l'ensemble des accords internationaux d'investissement pour assurer la prise en compte des droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissements.<sup>103</sup> Le renvoi aux droits de l'homme ne peut donc être qu'indirect, par le truchement de certaines clauses des TBI.<sup>104</sup>

Il faut considérer, à cet égard, pour ce qui concerne la clause de droit applicable, d'un côté quelle place pourraient trouver les droits de l'homme dans le contentieux arbitral à travers de cette clause (§1), de l'autre le fonctionnement de l'intégration systémique en matière des droits de l'homme (§2).

### *§1. L'étendue de l'ouverture du contentieux arbitral aux droits de l'homme par la clause de droit applicable*

De façon préliminaire, il y a lieu de reprendre le discours sur la possibilité même que l'État puisse soulever des arguments relatifs aux droits de l'homme dans le contentieux arbitral. En effet, l'État se trouve forcément en position de défendeur devant le tribunal arbitral, en ce qu'il appartient à l'investisseur de le saisir, dès lors que celui-ci juge avoir été victime d'une violation des droits qui lui sont accordés par le TBI en vigueur entre l'État dont il a la nationalité et l'État d'accueil, par la législation de l'État d'accueil et/ou par le contrat qui lie l'investisseur étranger à l'État d'accueil. Il s'ensuit que l'État peut faire valoir sa position premièrement au moment où il répond aux allégations de l'investisseur, mais surtout il a la possibilité de soulever des demandes reconventionnelles.

Or, si généralement on peut considérer que « l'introduction d'une action reconventionnelle, par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, ne se heurte à aucune objection de principe dans le cadre d'une procédure arbitrale »<sup>105</sup>, en revanche le tribunal doit se limiter à statuer sur ces demandes qui sont couvertes par le consentement des parties et qui se rapportent directement à l'objet du différend.<sup>106</sup> A cet égard, d'une partie on peut considérer qu'il y ait une sorte de présomption de compétence reconventionnelle<sup>107</sup>, de l'autre toutefois l'analyse menée par le tribunal du consentement des parties reste centrale, et on aura alors besoin que la clause de règlement des différends qui habilite le recours

---

<sup>103</sup> Voir *supra*

<sup>104</sup> Arnaud DE NANTEUIL, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violations des droits de l'homme : perspectives et limites », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

<sup>105</sup> Philippe DE BOURNOVILLE, « Au sujet des demandes incidentes en matière d'arbitrage », in *L'arbitrage : travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, L. Matray dir., E- Story-Scientia, Université de Liège, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, 1989, p. 65.

<sup>106</sup> Voir article 46 de la Convention CIRDI

<sup>107</sup> *Vacuum Salt c. Ghana*, ICSID case ARB/92/1, sentence du 16 février 1994, paragraphe 54 : « The tribunal is constrained to conclude that the presumption from the fact of consent that the requirements of the second clause of Article 25(2)(b) were satisfied in this case... »

à l'arbitrage soit rédigée de façon assez large pour y inclure les demandes reconventionnelles.<sup>108</sup> De plus, l'État devra démontrer la connexité entre la demande initiale et la demande reconventionnelle<sup>109</sup>, et bien évidemment, au niveau du fond, que l'investisseur a violé le TBI.

De plus, pour ce qui concerne l'intervention d'un tiers en tant qu'*amicus curiae* dans le contentieux arbitral, cette possibilité est très strictement encadrée par les tribunaux arbitraux, qui peuvent imposer des délais et des limites de pages étroits ; les *amici curiae*, de toute façon, ne peuvent pas participer à l'audience et ne peuvent pas accéder aux dossiers de l'affaire.<sup>110</sup>

On va maintenant entrer dans le fond de la question, en tenant donc à l'esprit l'approche au cas par cas qui caractérise l'arbitrage d'investissements et les différentes limites qui peuvent rencontrer l'admissibilité des demandes reconventionnelles et des interventions des *amici curiae*, ce qu'il n'est pas possible d'ignorer mais peut, aux fins du présent mémoire, être tenu au moins en partie pour acquis.

De façon générale, l'une des meilleures manières d'assurer une articulation harmonieuse entre le droit international des investissements et d'autres disciplines et d'intégrer des renvois ou références dans les normes applicables. Pour ce qui concerne les droits de l'homme, des renvois explicites dans les TBI restent rares, même s'ils sont presque systématiquement présents dans des traités récents.<sup>111</sup> En revanche, la plupart des TBI et des autres accords internationaux d'investissement prévoient, au niveau du droit applicable, une référence au droit national de l'État partie au différend et une aux règles et principes applicables du droit international. De plus, l'article 42(1) de la Convention CIRDI ne laisse pas de doute quant à cette utilisation, en ce qu'il affirme que « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droits adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend [...] ainsi que les principes de droit international en la matière ». Encore, même si le traité est muet sur la loi applicable, il est admis que le droit international puisse s'appliquer au différend des parties.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Voir *supra*

<sup>109</sup> Pierre Marie DUPUY, « Unification rather than Fragmentation of International Law ? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, P.-M. DUPUY, F. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN dir., Oxford, OUP, 2009, pp. 61-62, « The party to a dispute invoking a human rights argument – be it the state or the investor, must demonstrate substantively that the human rights at issue effectively impacts on the implementation of the investment at stake. This constraint is explained by the fact that the arbitrator's jurisdiction is specifically limited to the settlement of disputes arising out of a given international investment. »

<sup>110</sup> Mahmoud Mohamed SALAH, « L'encadrement inégal des activités des agents économiques transnationaux par le droit international des droits de l'homme », in *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international, mythe ou réalité ?* Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2012, p. 197

<sup>111</sup> Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 472

<sup>112</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. v. République du Chili*, ICSID Case n° ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004, paragraphe 204, « [...] The Tribunal disagrees with the Respondent's statement that there is no merit in the contention of

En effet, si la clause de règlement des différends ne permet pas de porter des demandes fondées sur les droits de l'homme devant le tribunal arbitral, une clause de droit applicable qui fait référence aux principes du droit international pertinents en la matière<sup>113</sup>, autorise les arbitres à considérer dans le litige les instruments du droit international des droits de l'homme qui lient les parties au différend<sup>114</sup>, outre les normes appartenant au droit coutumier.<sup>115</sup> En ce sens, l'article 42 de la Convention CIRDI doit être lu comme permettant d'utiliser le droit international comme un corpus de règles substantielles dans le termes de l'article 38 du Statut de la Cour International de Justice, qui comprend les traités internationaux, le droit international coutumier et les principes généraux de droit.<sup>116</sup>

En outre, il faut considérer ce que deux différents tribunaux arbitraux ont affirmé d'un côté dans l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*<sup>117</sup>, de l'autre dans l'affaire *Phoenix action c. République Tchèque*<sup>118</sup>, deux appréciations qui globalement créent un cadre légal minimal de respect du droit international des droits de l'homme où doit s'insérer la conduite de l'investisseur étranger et habilite les tribunaux arbitraux à contrôler que ce respect soit effectif.

On peut donc conclure que les droits de l'homme ont une place dans l'arbitrage d'investissement, grâce aux renvois au droit international, même si de façon indirecte, aussi dans ces situations où on n'a pas des références directes à des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ou à des obligations particulières en la matière.

---

the Claimants that, if there is a breach of an international obligation, “the matter is governed, first and foremost, by international law”. The breach of an international obligation will need, by definition, to be judged in terms of international law. »

<sup>113</sup> Convention CIRDI, article 42, § 1<sup>er</sup>

<sup>114</sup> Par exemple, l'article 18, paragraphe 2 du TBI entre l'Autriche et Malte, qui n'est plus en vigueur à la suite des conséquences de l'arrêt *Achmea*, disposait que « *the application of the European Convention on Human Rights shall not be excluded* ».

<sup>115</sup> Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 258

<sup>116</sup> Emmanuel GAILLARD et Yas BANIFATEMI, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention : the Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 18, Issue 2, 2003, p. 375-411 ; Pierre-Marie DUPUY et Jorge E. VINUALES, « Human Rights and Investment Disciplines : Integration in Process » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A., REINISCH eds., *International Investment Law*, Baden Baden Nomos, 2012

<sup>117</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, ICSID Case n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, paragraphe 21, « the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or domestic law nature. »

<sup>118</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, ICSID Case n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, paragraphe 78, « nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking human organs. »

Les arbitres auront bien la possibilité de tenir en compte des argumentations liées aux droits de l'homme, en particulier, pour ce qui nous concerne, lorsqu'elles sont soulevées par l'État en défense de son comportement à l'égard de l'investisseur ou pour fonder une violation du TBI de la part de l'investisseur. Dans le cas de ces références au droit international, un tribunal pourra bien se fonder sur les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme pour en tirer des conclusions, afin de décider si garantir à un investisseur la protection qui découle du TBI dans un cas d'espèce, mais cette approche pourra aboutir à des résultats concrets seulement quand on aura à faire avec des normes des droits de l'homme appartenant au *ius cogens*.

Cette prise en compte pourra alors avoir lieu en particulier au stade de l'interprétation, grâce en particulier à une méthodologie qui finit quasi inévitablement à être inspirée par l'article 31, §3 (c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>119</sup>.

## §2. Le fonctionnement de l'intégration systémique en matière de droits de l'homme

L'article 31, §3 (c) naît comme principe pour l'interprétation des traités, mais peut aujourd'hui être considéré comme une partie du droit international coutumier, en ce qu'il codifie l'interprétation systémique ou intégration systémique des traités internationaux<sup>120</sup>.

Cet article affirme que pour l'interprétation d'un traité, qui doit être faite « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à lumière de son objet et de son but »<sup>121</sup>, il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « [...] c), de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». <sup>122</sup> Or, Bruno Simma et Ted Kill ont pris en compte les éléments de cette disposition, et ont conclu que les droits de l'homme, pour être applicables à un contentieux arbitral :

-doivent représenter des règles du droit international, ce qui signifie qu'ils doivent être contenus dans un traité international ou faire en tout cas partie du catalogue des sources du droit international de l'article 38 du Statut de la Cour International de Justice ;

-doivent être pertinents par rapport à l'objet du litige, ce qui ne signifie pas qu'il doit y avoir une unité d'objet, et laisse donc une marge d'interprétation au tribunal arbitral pour établir quelles règles sont compétentes ;

---

<sup>119</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, Faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, article 31, §3 (c), voir [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)

<sup>120</sup> Commission du droit international, « Final report of the Study Group on Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law », paragraphe 420, UN Doc A/CN.4/L.682 (13 April 2006)

<sup>121</sup> Article 31, §1, CVDT, voir [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)

<sup>122</sup> Ibidem, article 31, §3(c)

-doivent être applicables aux relations entre les parties, et on pourra donc prendre en compte, même pour le ISDS où les parties ne sont pas les mêmes qui ont conclu un TBI, les traités internationaux qui ont été ratifié par les États parties à un accord international d'investissement, selon les définitions de la CVDT<sup>123</sup>.

Quand une règle en matière de droits de l'homme satisfait ces critères, un tribunal arbitral pourra alors en tenir en compte pour trancher un litige qui lui a été soumis. On aura alors l'entrée dans le contentieux arbitral de ces normes externes, qui le tribunal peut considérer notamment sous l'angle d'une interprétation évolutive du TBI en cause<sup>124</sup> : en effet, si on retient que la signification des termes ou la portée des clauses d'un traité peut changer dans le temps, alors se référer aux obligations dérivants du droit international des droits de l'homme peut bien aboutir à la conclusion que d'une part le comportement d'un État était nécessaire et justifié à la lumière de ses engagements en matière des droits de l'homme, d'autre part que la réaction de l'investisseur a été incompatible avec la protection de son investissement garantie par l'accord international d'investissement. Encore, les tribunaux arbitraux pourraient reprendre la présomption interprétative selon laquelle les traités doivent être interprétés de façon que les effets qu'ils produisent soient conformes aux règles existantes du droit international, développée par la Cour Internationale de Justice.<sup>125</sup> De plus, pour ce qui concerne les rapports hiérarchiques entre les deux ensembles normatifs, la Commission des droits de l'homme dans un rapport de 2003 a affirmé que les droits de l'homme sont fondamentaux pour la dignité humaine, alors que les droits de l'investisseur sont des droits instrumentaux, qui sont créés par les États pour poursuivre des objectifs de développement économique.<sup>126</sup>

Cependant, même si les bases théoriques pour une prise en compte des droits de l'homme qui soit presque systématique semblent bien définies, grâce au truchement du droit applicable et de l'article 31, §3 (c) de la CVDT, les tribunaux arbitraux hésitent à reconnaître leur compétence pour analyser des normes externes dans le contentieux des investissements sur cette base, ils exigent des

---

<sup>123</sup> Bruno SIMMA et Theodore KILL, « Harmonising Investment Protection and International Human Rights : First Steps Towards a Methodology », in *International Investment Law for the 21st Century : essays in honour of Christoph Schreuer*, Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM, August REINISCH et Stephan WITTICH dir., Oxford, 2009, p. 695 et ss.

<sup>124</sup> Bruno SIMMA, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ? », *International and Comparative Law Quarterly*, volume 60, issue 3, juillet 2011, p. 583

<sup>125</sup> Voir par exemple *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, CIJ, sentence du 6 novembre 2003, paragraphes 73-78

<sup>126</sup> *Human rights, trade and investment*, Report of the High Commissioner for Human Rights, E/CN/4/Sub.2/2003/9, 2 juillet 2003, paragraphe 24, « National, regional, and international treaties recognize a range of civil, cultural, economic, political, and social rights – known as human rights – that are fundamental to a life of human dignity. Investors' rights, on the other hand, are instrumental rights: rights created and modified by States in order to meet certain economic and developmental objectives. »

références plus explicites des traités. A cet égard on peut citer l'affaire *Philip Morris c. Uruguay*<sup>127</sup>, où le tribunal a accueilli les argumentations de l'État, selon lequel les mesures prises pour le contrôle de la commercialisation du tabac étaient justifiées par la protection du droit à la santé de la population, et ne représentaient donc pas une expropriation aux termes du TBI entre la Suisse et l'Uruguay, comment soutenait l'investisseur. Ici donc l'État a pu gagner le cas, toutefois c'était seulement en raison du fait que dans le TBI en cause il y avait une disposition spécifique qui permettait à l'État de ne pas autoriser des investissements pour des raisons de santé.<sup>128</sup>

En effet, les arbitres dans l'affaire *CNUDCI Grand River Entreprises Six Nations* affirment que même s'ils comprennent la nécessité de prendre en compte les autres règles du droit international conformément à la Convention de Vienne, mais qu'il a une juridiction limitée et ne peut pas trancher des litiges fondés sur des traités différents de celui qui leur donne la compétence.<sup>129</sup> Plus souvent, le tribunal refusent d'évaluer les arguments liés aux droits de l'homme soulevés par les parties, en affirmant que dans le cas d'espèce ceux-ci ne sont pas affectés par le litige.<sup>130</sup> Dans des autres cas, le tribunal arbitral a admis sa compétence pour statuer sur les allégations de l'État concernant les droits de l'homme, mais finalement n'a pas donné raison à l'État, soit parce que les obligations découlant du droit international des droits de l'homme et du TBI étaient compatibles<sup>131</sup>, soit parce que la

---

<sup>127</sup> *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. c. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case n° ARB/10/7, Sentence du 8 juillet 2016

<sup>128</sup> TBI entre Suisse et Uruguay, 7 octobre 1988, article 2, paragraphe 1, « Chaque Partie Contractante encouragera, dans la mesure du possible, les investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante sur son territoire et admettra ces investissements conformément à sa législation. Les Parties Contractantes se reconnaissent mutuellement le droit de ne pas autoriser des activités économiques pour des raisons de sécurité, d'ordre, de santé ou de moralité publics, ainsi que les activités réservées par la loi à leurs propres investisseurs. »

<sup>129</sup> *Grand River Enterprises Six-Nations, Ltd. et al. c. The United States of America*, NAFTA-UNCITRAL, sentence du 12 janvier 2011, paragraphe 71, « The Tribunal understands the obligation to “take into account” other rules of international law to require it to respect the Vienna Convention’s rules governing treaty interpretation. However, the tribunal does not understand this obligation to provide a licence to import into NAFTA legal elements from other treaties, or to allow alteration of an interpretation established through the normal interpretive processes of the Vienna Convention. This is a Tribunal of limited jurisdiction; it has no mandate to decide claims based on treaties other than NAFTA. »

<sup>130</sup> Voir par exemple *CMS Gas c. Argentina*, ICSID Case n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, paragraphe 121, « In this case, the Tribunal does not find any such collision. First, because [...] and secondly because there is no question of affecting fundamental human rights when considering the issues disputed by the parties. »

<sup>131</sup> *SAUR International S.A. c. Republic of Argentina*, ICSID Case n° ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, paragraphe 330, « En réalité, les droits de l'homme [...] constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend [...]. Pour ce motif, en cette matière, l'ordre juridique peut et doit réserver à l'Autorité publique des fonctions légitimes de planification, de supervision, de police, de sanction, d'intervention et même de résiliation, afin de protéger l'intérêt général. » et paragraphe 331 « Mais ces prérogatives sont compatibles avec les droits des investisseurs à recevoir la protection offerte par l'APRI. »

nécessité de l'intervention étatique n'avait pas été prouvée<sup>132</sup>, soit parce que l'investisseur n'avait pas une obligation d'assurer la mise en œuvre des droits pertinents au cas d'espèce<sup>133</sup>.

Dans cette dernière affaire, *Urbaser c. Argentina*, le Tribunal conclue que la demande reconventionnelle de l'Argentine doit être rejetée parce qu'il n'existe pas en droit international une obligation pour des personnes privées de garantir le respect du droit en cause, à savoir le droit à l'eau.<sup>134</sup> En effet, il est difficile qu'un tribunal arbitral reconnait une demande reconventionnelle de l'État fondée sur une violation alléguée du TBI ou du droit applicable au litige par l'investisseur si de telles obligations n'existent pas.

Il y a lieu alors de continuer notre analyse en considérant une autre clause typique des TBI, celle de conformité au droit national, pour voir les possibles enjeux liés à celle-ci en matière de droits de l'homme.

## Section 2 – La clause de conformité au droit national de l'État d'accueil et les incidences au niveau des droits de l'homme

La quasi-totalité des accords internationaux d'investissement, dont le TBI sont la forme plus classique, contiennent une disposition, que ce soit dans une clause spécifiquement dédiée ou connectée à la définition de l'investissement<sup>135</sup>, qui vise à assurer que l'investisseur étranger conduise ses opérations économiques en conformité avec la législation de l'État hôte.<sup>136</sup> Cette exigence représente en fin de compte la déclinaison en droit international des investissements du principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.<sup>137</sup> Les différentes formulations de la clause ne sont pas en

---

<sup>132</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, paragraphe 515, « In all the circumstances, therefore, there was no necessity or impeding public purpose to justify the Government's intervention in the way that took place. »

<sup>133</sup> *Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, paragraphe 1219, « [...] Respondent's compliance with its primary responsibility to ensure the area's population's right to water was not a governmental primary focus and can therefore not be retained as a corresponding obligation on behalf of the Concessionaire. »

<sup>134</sup> *Ibidem*, paragraphe 1220

<sup>135</sup> *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006, paragraphe 188 : « There are various forms by which States establish the 'accordance with the laws of the host State clause' [...], the 'accordance with law clause' may be contained not only in the definition of investment, but also in the precepts related to 'Protection' or even in the chapter related to 'Promotion and Admission'. »

<sup>136</sup> Makane Moïse MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, S.F.D.I., Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 306

<sup>137</sup> *Nul se peut prévaloir de sa propre turpitude*, voir par exemple *Alvarez y Martin Corporación et al. c. Republic of Panama*, ICSID Case ARB/15/14, sentence du 12 septembre 2018, paragraphe 135

mesure de modifier la signification de celle-ci ; en particulier, il est hors discussion, sauf stipulation explicite contraire, que cette clause doit être respectée soit dans le moment d'établissement de l'investissement que pendant la durée de l'activité économique de l'investisseur étranger dans le territoire de l'État hôte.<sup>138</sup>

Or, finalement l'investisseur étranger doit se conformer au droit interne de l'État d'accueil quand il mène ses activités économiques ; la conséquence juridique de cette clause est donc de renvoyer au droit interne de l'État hôte de façon particulière, on est face à du droit purement interne mais avec un renvoi du droit international à celui-ci, il a donc des répercussions internationales, matériellement il s'agira de droit applicable par les tribunaux arbitraux internationaux. Effectivement, dès lors que l'investisseur agit de façon non-conforme avec la clause, il commet une violation du droit interne qui produit un effet juridique international, il viole aussi le droit international, dans le sens où on a une élévation du non-respect du droit interne par l'investisseur en « fait internationalement illicite ».<sup>139</sup>

On considère alors le contrôle du respect de la clause de conformité au droit national par les tribunaux arbitraux (§1), pour analyser après l'utilisation de cette clause en matière de droits de l'homme (§2).

### *§1. La question du contrôle du respect de la clause de conformité au droit national par les tribunaux arbitraux*

Pour ce qui concerne les enjeux de la clause au niveau du contentieux devant les arbitres internationaux, on a des différentes positions quant à la phase où le respect de la législation de l'État d'accueil doit être évalué et en conséquence aux implications pour la teneur de la sentence arbitrale qui sera rendue. A cet égard, d'un côté les tribunaux considèrent de manière assez fréquente qu'un investissement fait en violation de la législation de l'État hôte empêche que les règles de protection de l'investissement dérivantes d'un accord international d'investissement jouent en faveur de l'investisseur. En d'autres termes, on aurait dans le cas d'une violation du droit national par l'investisseur étranger un investissement illégal, ce qui exclurait la compétence *ratione materiae* du

---

<sup>138</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Republic of Philippines*, ICSID Case n° ARB/03/25, sentence du 16 août 2007, paragraphe 340, « [...] economic transactions undertaken by a national of one of the parties to the bit had to meet certain legal requirements of the host state in order to qualify as an “investment” and fall under the Treaty. », paragraphe 341, « There are some linguistic differences between the provisions. [...] » et paragraphe 342, « [...] Thus, this linguistic difference does not appear to indicate intentional nuance and hence to be legally significant. »

<sup>139</sup> *Ibidem*, paragraphe 394, « [...] The BIT is, to be sure, an international instrument, but its Articles 1 and 2 and Article 2 of the Protocol effect a *renvoi* to national law, a mechanism which is hardly unusual in treaties and, indeed, occurs in the Washington Convention. A failure to comply with the national law to which a treaty refers will have an international legal effect. »



tribunal arbitral.<sup>140</sup> De l'autre côté, il a été jugé que la violation de la clause de conformité à la législation de l'État d'accueil est une question qui relève du fond de l'affaire, elle aurait des conséquences pour la décision dans les mérites de l'affaire<sup>141</sup> ; en pareille hypothèse, le tribunal serait appelé à considérer si l'investisseur peut gagner un différend fondé sur un accord international d'investissement selon qu'il ait respecté ou pas le droit national de l'État d'accueil. On a aussi des positions intermédiaires, finalement le choix entre les deux approches doit être fait à la lumière des circonstances particulières du cas d'espèce, en particulier le tribunal devrait distinguer entre une violation manifeste de la loi nationale de l'État d'accueil et un comportement dont la qualification fait l'objet de discussion.<sup>142</sup>

Finalement, on trouverait ici une sorte d'obligation pour l'investisseur étranger de se conformer au droit national de l'État où il s'installe pour mener son activité économique, une obligation qui toutefois peut être qualifiée davantage de condition pour accéder à la protection inscrite dans le TBI. De toute façon, il s'agit d'un point intéressant à considérer en ce que l'investisseur en tirerait une indication quasi-contraignante à respecter la loi de l'État d'accueil, et notamment, pour ce qui intéresse la présente contribution, les engagements pris par l'État en matière de droit international des droits de l'homme et de sa place dans l'ordre juridique de l'État en cause.

A cet égard, certains tribunaux ont même considéré que cette règle de conformité au droit national de l'État hôte s'applique aussi lorsque le TBI ne contient pas une clause de ce type. Notamment, il a été affirmé que même s'il ne fait pas expressément partie de la définition de l'investissement, il est nécessairement implicite dans le traité qu'un investissement doit être conclu

---

<sup>140</sup> *Saba Fakes c. Turquie*, ICSID Case n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010, paragraphe 115, « [...] This provision plainly states that the BIT protection shall not apply to investments which have not been established in conformity with the Respondent's laws and regulations [...]. If this condition is not satisfied, the BIT does not apply. As a result, the Contracting Party cannot be deemed to have given its consent to arbitrate the dispute [...] and there would therefore be no consent to the Centre's jurisdiction within the meaning of Article 25(1) of the ICSID Convention. »

<sup>141</sup> *Malicorp Limited c. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n° ARB/08/18, sentence du 7 février 2011, paragraphe 119, « In the present case, there are strong arguments in favour of the second solution, which consists in examining the issue of the validity of the investment at the merits stage. The solution derives, first, from the principle of autonomy of the arbitration agreement, a principle so fundamental that it has its place in investment arbitration. According to that principle, defects undermining the validity of substantive legal relationship, which is the subject of the dispute on the merits, do not automatically undermine the validity of the arbitration agreement. Thus, an arbitral tribunal is competent to decide on the merits even if the main contract was entered into as a result of misrepresentation of corruption. Only defects that go to the consent to arbitrate itself can deprive the tribunal jurisdiction. »

<sup>142</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, ICSID Case n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, paragraphe 104, « There is no doubt that the requirement of the conformity with law is important in respect of the access to the substantive provisions on the protection of the investor under de BIT. This access can be denied through a decision on the merits. However, if it is manifest that the investment has been performed in violation of the law, it is in line with judicial economy not to assert jurisdiction. »

dans le respect des dispositions de la loi de l'État hôte.<sup>143</sup> Cela serait possible grâce notamment à la notion d'ordre public international, en ce qu'un investissement conclu en violation des principes fondamentaux qui constituent l'essence de l'État ne saurait trouver la protection d'un accord international d'investissement ; une exemplification de cette approche se trouve dans l'affaire *Plama c. Bulgarie*, où le traité en cause était le Traité de la Charte sur l'Énergie, qui ne contient pas une clause de conformité au droit national<sup>144</sup>. Du même avis était le tribunal dans l'affaire *SAUR International c. Argentine*, en ce qu'il a aussi limité la portée de la condition du respect du droit de l'État hôte aux seules violations graves de l'ordre juridique de cet État.<sup>145</sup>

On peut donc conclure que même si on a, dans un cas d'espèce, des instruments internationaux qui ne semblent pas prendre en compte la conformité avec le droit de l'État d'accueil, cet enjeu entre dans la compétence des tribunaux arbitraux. La jurisprudence arbitrale estime finalement que dans tous les cas la conduite de l'investisseur doit être conforme avec un certain ordre public national ou international pour que la protection qui découle d'un accord international d'investissement puisse être garantie. En effet, l'ordre public international peut être très difficilement défini comme englobant « un ensemble de valeurs intangibles et supérieures, qui mêle des intérêts généraux (ou publics), comme des intérêts politiques, moraux, économiques et sociaux »<sup>146</sup>, un ensemble de règles et de principes fondamentaux qui doivent être respectés dans un État donné ; finalement, il appartient à chaque État de fixer le contenu de cette notion, il s'agit d'un ordre juridique international mais tel qu'interprété par un État.

Notamment, il ressort de la jurisprudence arbitrale qu'il est bien possible d'insérer dans la notion d'ordre public international les pratiques de corruption liées à une opération d'investissement

---

<sup>143</sup> *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, sentence partielle, 17 mars 2006, paragraphe 204: « Although not in terms part of the definition of an 'investment', it is necessarily implicit in the Treaty that an investment must have been made in accordance with the provisions of the host State's law »

<sup>144</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008, paragraphe 138, « Unlike a number of Bilateral Investment Treaties, the ECT does not contain a provision requiring the conformity of the Investment with a particular law. This does not mean, however, that the protections provided for by the ECT cover all kinds of investment, including those contrary to domestic or international law. » et paragraphe 143, « Claimant, in the present case, is requesting the Tribunal to grant its investment in Bulgaria the protections provided by the ECT. However, the Tribunal has decided that the investment was obtained by deceitful conduct that is in violation of Bulgarian law. [...] It would also be contrary to basic notion of international public policy – that a contract obtained by wrongful means (fraudulent misrepresentation) should not be enforced by a tribunal ».

<sup>145</sup> *SAUR International S.A. c. Republic of Argentina*, ICSID Case n° ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012, paragraphe 308, « [...] Le fait que l'APRI entre la France et l'Argentine mentionne ou non l'exigence que l'investisseur agisse conformément à la législation interne ne constitue pas un facteur pertinent. La condition de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique est une condition tacite, propre à tout APRI, car en toute état de cause, il est incompréhensible qu'un État offre le bénéfice de la protection par un arbitrage d'investissement si l'investisseur, pour obtenir cette protection, a agi à l'encontre du droit. » ; voir aussi Walid BEN HAMIDA, Case Comment – « SAUR International c. République argentine : Droit national, droit international et droits de l'homme : l'histoire d'un ménage à trois », ICSID Review, Volume 28, n° 2 (2013), p. 245

<sup>146</sup> Marie-Laure NIBOYET, Géraud DE GEOUIFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2020, p. 284

étranger, de sorte qu'en ce cas on pourrait préfigurer une obligation minimale pour l'investisseur de ne pas s'engager dans des telles pratiques, toujours liée à la perte de la protection garantie par un accord international d'investissement.<sup>147</sup>

Cependant, la jurisprudence arbitrale ne semble pas avoir accordé aux violations des droits de l'homme la même importance. En effet, l'éventail des droits de l'homme est très large, il comprend soit ceux droits pour lesquels on a traditionnellement un consensus sur leur valeur fondamentale, notamment d'un côté les normes contenues dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, qui peuvent être considérées comme faisant partie de la coutume internationale<sup>148</sup>, et parmi celles-ci certaines qui sont élevées au statut de *ius cogens*<sup>149</sup>, comme l'interdiction de l'esclavage<sup>150</sup>, de la torture<sup>151</sup> et du génocide<sup>152</sup>, soit des droits comme les droits économiques, sociaux et culturels, dont la nature de droits n'est pas pacifiquement affirmée, en ce qu'une partie de la doctrine les considère des simples aspirations.<sup>153</sup>

## §2. L'utilisation de la clause de conformité au droit national en matière de droits de l'homme

En tout état de cause, on a certaines ouvertures de la part des tribunaux arbitraux qui pourraient aller vers une reconnaissance de l'appartenance des droits de l'homme à l'ordre public international et donc certainement au droit pertinent lorsqu'il s'agit de faire jouer la clause de conformité au droit national. En particulier, on a l'argumentation du tribunal dans l'affaire *Phoenix Action c. République Tchèque*<sup>154</sup>, selon laquelle la protection découlant d'un accord international d'investissement ne saurait être accordé à un investissement qui a été conclu en violation des règles les plus fondamentales

---

<sup>147</sup> *World Duty Free Company Limited c. The Republic of Kenya*, ICSID Case n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006, paragraphe 157, « In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal. »

<sup>148</sup> Claude KIRONGOZI ICHALANGA, « Le ius cogens et les droits de l'homme », *Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, 2019

<sup>149</sup> Lahra LIBERTI, « Investissements et droits de l'homme », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Philip KHAN dir. Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 850

<sup>150</sup> Cour IADH, *Aloeboetoe y otros c. Surinam*, (Fonds), jugement du 4 décembre 1991, paragraphe 57

<sup>151</sup> TPY, *Le procureur c. Anto Furundzija*, Chambre de première instance II, IT-95-17/1.-T, 10 décembre 1998, paragraphe 153

<sup>152</sup> CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête 2002) – République démocratique du Congo c. Rwanda*, arrêt du 3 février 2006, paragraphe 64

<sup>153</sup> Eibe RIEDEL, Gilles GIACCA et Christophe GOLAY, « Economic, Social and Cultural Rights in International Law : Contemporary Issues and Challenges », Oxford, OUP, 2014, p. 12-13

<sup>154</sup> *Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, ICSID Case n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, paragraphe 78, déjà cité, voir note 118

du droit des droits de l'homme, comme serait le cas d'un investissement réalisé à travers la torture ou le génocide, l'esclavage ou le trafic d'organes humains. On pourrait affirmer alors qu'au moins les droits qui appartiennent au noyau dur du droit des droits de l'homme font partie de celles règles indérogeables dont la violation entraîne pour l'investisseur la perte de la protection internationale.

De plus, l'affaire *Urbaser c. Argentina* contient des raisonnements intéressants à cet égard, parce que le tribunaux reprend le raisonnement de l'affaire *Phoenix Action*, en affirmant que les normes impératives du droit international général sont applicables à une affaire devant un tribunal arbitral quand elles sont impliquées dans la matière au litige, et il va plus loin, en ajoutant que ces normes doivent prévaloir sur toute prévision contraire du TBI, comme l'affirme explicitement l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>155</sup>.

Il s'ensuit que au moins certains droits de l'homme pourraient théoriquement rentrer parmi ce cercle de normes dont le respect s'impose en vertu de la clause de conformité au droit national de l'État d'accueil, en vertu de leur qualification de *ius cogens*.

Finalement, il semble opportun de se référer à la notion d'ordre juridique international seulement quand un accord international d'investissement ne prévoit pas explicitement une clause de conformité au droit national de l'État d'accueil<sup>156</sup>, en ce que le champ d'application de la clause pourrait plus aisément être élargi.

En effet, il est généralement accepté que cette exigence peut être invoquée pour la violation de normes spécifiques à l'investissement et pertinents par rapport à l'opération économique menée par l'investisseur étranger. Cependant, il résulte qu'une approche au cas par cas s'impose sur ce point, et que finalement il sera nécessaire d'effectuer un test de proportionnalité, en ce que « toute violation du droit interne ne peut entraîner un défaut systématique de protection du droit international »<sup>157</sup>, et donc finalement seulement les manquements graves aux conditions liées à un niveau minimal d'acceptabilité de l'investissement étranger seront sanctionnés<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> *Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, paragraphe 1203, « [...] Another illustration is given by peremptory norms of general international law (*ius cogens*) to the extent they may be of interest in an investment matter. If so, such norms must certainly prevail over any contrary provision of the BIT, as per express statement in Article 53 of the Vienna Convention. »

<sup>156</sup> Makane Moïse MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, S.F.D.I., Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 312

<sup>157</sup> Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 200

<sup>158</sup> *Vladislav Kim and others c. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case n° ARB/13/6, décision sur la compétence du 8 mars 2017, paragraphe 413, « In the Tribunal's view, the interpretative task is guided by the principle of proportionality. The Tribunal must balance the object of promoting economic relations by providing a stable investment framework with the harsh consequence of denying the application of the BIT in total when the investment is not made in compliance with legislation. The denial of the protections of the BIT is a harsh consequence that is a proportional response only when its

Il s'ensuit que les normes en matière de droits de l'homme, dont ressortent avec peine des obligations directes pour les sujets privés, pourraient très difficilement rentrer dans le champ d'application de cette règle.

Ce qu'il faut retenir de cette référence à l'ordre public international ou transnational est le fait qu'en général la portée de la notion de conformité de l'opération d'investissement au droit de l'État d'accueil, qu'elle soit supportée ou pas par la présence dans le TBI d'une référence explicite, n'est pas d'une étendue telle qu'elle soumet l'investisseur étranger au respect de l'ensemble du droit national de l'État d'accueil et aux engagements internationaux de celui-ci, outre la circonstance que, pour ce qui concerne les droits de l'homme, cette clause de la conformité au droit de l'État d'accueil trouve actuellement une marge d'applicabilité seulement dans une faible mesure.

On a donc abouti à affirmer que, au moins à un certain degré, les droits de l'homme imposent des obligations aussi aux investisseurs étrangers, de sorte que leur prise en compte au niveau du contentieux arbitral n'est pas possible mais opportune. On verra alors, dans la Partie II, comment le traité pourrait modifier ces enjeux de l'interprétation systémique et de la conformité à la loi nationale, pour aboutir à une meilleure prise en compte des droits de l'homme au niveau du contentieux arbitral des investissements.

En définitive, bien que comme on l'a vu les droits de l'homme peuvent trouver une place dans les appréciations des tribunaux arbitraux d'investissements, la nature même du contentieux arbitral interdit une inclusion appropriée de ceux-ci. A cet égard, on peut considérer, outre les limites liées à l'introduction des demandes reconventionnelles et les autres conditions qu'on a analysé pendant le premier chapitre<sup>159</sup>, d'un côté l'insuffisance d'une prise en compte des droits de l'homme qui n'intervient nécessairement que ex post, au moment de l'interprétation et de l'application du traité après l'apparition d'un différend<sup>160</sup>, de l'autre le fait que les arbitres ont le plus souvent une connaissance et une compréhension limitée des enjeux liés aux droits de l'homme<sup>161</sup>.

---

application is triggered by noncompliance with a law that results in a compromise of a correspondingly significant interest of the Host State. »

<sup>159</sup> Voir *supra*

<sup>160</sup> Diane DESIERTO, « The ICESCR as a Legal Constraint on State Regulation of Business, Trade and Investment : Notes from CESCR General Comment N° 24 (août 2017) », EJIL Talk, 13 septembre 2017

<sup>161</sup> James HARRISON, "Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions", in Human Rights in International Investment Law and Arbitration, P.-M. DUPUY, F. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN dir., Oxford, OUP, 2009 ; en particulier il a affirmé que « There are inherent dangers in experts from a particular field of international law making judgments about the applicability of another field of international law, about which they have very little knowledge and probably limited sympathy », p. 420

Finalement, les arbitres seront le plus souvent amenés à nier les liens du différend qui leur est soumis avec les droits de l'homme<sup>162</sup>, ou à utiliser un langage flou, par exemple en affirmant qu'ils seront attentifs ou conscients des droits de l'homme en jeu<sup>163</sup>, parfois sans même plus citer ces droits.

Il convient alors, pour que les droits de l'homme aient une importance accrue dans le droit international des investissements, de rechercher des solutions au dehors de l'arbitrage d'investissements, qui cependant se répercutent ou au moins soient très difficilement ignorables par les tribunaux dans le contentieux arbitral.

## **Chapitre II – Des points d'entrée ultérieurs des droits de l'homme dans le droit international des investissements pour un meilleur équilibre des intérêts conflictuels**

On va donc rester dans la sphère du droit international des investissements, en sortant toutefois du contentieux devant le tribunal arbitral pour considérer deux aspects qui restent à côté du contentieux, même si on est loin d'exclure leur possible influence au niveau théorique sur l'appréciation des tribunaux arbitraux. En effet, comme on a déjà rappelé dans l'introduction, le droit international des investissements peut être pensé comme comprenant toutes les moments de l'activité économique de l'investisseur étranger ou les circonstances qui dérivent de celle-ci, et notamment ses relations et échanges avec l'État d'accueil, mais aussi le cadre juridique complexe à l'intérieur duquel cet activité a lieu.

De cette façon, on peut bien inclure dans la matière également la phase d'établissement de l'investissement, celle de la prise de contact de l'investisseur avec l'État étranger où il entend mener son activité, de l'instauration des relations commerciales entre État d'accueil et investisseur et du suivi de ces relations tout au long de la durée de l'investissement. On se situe donc au dehors du contentieux devant le tribunal arbitral, et on se concentre sur la présence de l'investisseur dans le territoire de l'État d'accueil et sur l'encadrement de son comportement.

On va alors analyser, dans ce chapitre, premièrement la pratique de la conclusion des études d'impact sur le droit de l'homme (Section 1), et deuxièmement la situation actuelle du droit

---

<sup>162</sup> *Suez et al. C. République argentine*, ICSID case n. ARB/03/19, sentence du 30 juillet 2010, paragraphe 240, déjà cité, voir note 52

<sup>163</sup> Par exemple, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C., European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], ICSID Case n° ARB/05/20, « Decision on Jurisdiction and Admissibility », 24 septembre 2008, paragraphe 88 : « In making its determination, the Tribunal will be *mindful* of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights according to which everyone has the right to a nationality, and that no one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality »

international sur l'existence d'obligations directes de l'investisseur en matière des droits de l'homme (Section 2).

### Section 1 – Les études d'impact sur les droits de l'homme et l'encadrement *ex ante* de l'activité économique des investisseurs

Les études d'impact sur les droits de l'homme (en anglais *human rights impact assessment*) sont un instrument pour examiner les effets des lois, réglementations et projets sur les droits de l'homme. Leur objectif principal est de minimiser les effets négatifs et maximiser ceux positifs des politiques analysées<sup>164</sup>. Il s'agit donc d'outils extrêmement versatiles, ils ont le plus vaste champ d'application et les approches méthodologiques les plus diverses. Notamment, les études d'impact peuvent être menés soit par les États soit par les différents acteurs de la société civile, avant ou après la conclusion d'un accord.

Il faut alors tracer les contours de l'enjeu pour ce qui nous concerne dans le présent mémoire, premièrement en introduisant les études d'impact sur les droits de l'homme dans le droit international des investissements (§1), et deuxièmement en évaluant leurs effets sur le contentieux arbitral (§2).

#### *§1. Les études d'impact sur les droits de l'homme en droit international des investissements*

Le développement des EIDH a commencé surtout dans les années 1990, à ce moment-là on a eu des initiatives assez isolées en ce sens conduites par des différentes institutions chargées de la protection des droits de l'homme, des organisations non-gouvernementales et des organes (inter)gouvernementaux<sup>165</sup>, pendant une période où l'attention envers les droits de l'homme était particulièrement répandue. On a alors élargi aux droits de l'homme l'outil des études d'impact, qui était déjà mené pour des autres matières à compter des années 1950.

En ce sens, les études d'impact environnementales et leur ampleur actuelle dépend du fait qu'ils ont eu un développement historique de plusieurs décennies, qui est arrivé jusqu'à la conclusion de la Convention d'Espoo en 1991<sup>166</sup> et donc à une intégration systémique de ceux-ci en particulier dans les opérations d'investissement étrangères. La matière des droits de l'homme n'a encore pas eu

---

<sup>164</sup> Voir « Human Rights Impact Assessment : A Review of the Literature, Differences with other forms of Assessments and Relevance for Development, World Bank » février 2013, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/834611524474505865/pdf/125557-WP-PUBLIC-HRIA-Web.pdf>

<sup>165</sup> James HARRISON, « Measuring human rights : reflections on the practice of human rights impact assessment and lessons for the future », Warwick School of Law Research Paper n° 2010/26, p. 3

<sup>166</sup> Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Conclue à Espoo le 25 février 1991, voir [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch\\_XXVII\\_04p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch_XXVII_04p.pdf)

le même sort, on n'a donc pas une obligation générale des États de mener des EIDH<sup>167</sup>. Or, on ne peut pas dire que la question n'ait pas été abordée : en effet, d'une part la Commission européenne des droits de l'homme, un organe qui était attaché au système du Conseil d'Europe, avait affirmé si un État partie à un traité aurait conclu un accord successif lui empêchant de respecter les engagements du premier texte, cet État était responsable des violations de celui-ci<sup>168</sup>, de l'autre le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation a affirmé qu'il découle de la lecture de l'article 26 et de l'article 30, §4 (b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités qu'il convient de résoudre les risques de conflits entre traités internationaux à l'avance en identifiant les incohérences et en s'abstenant de ratifier un accord commercial violant des obligations des droits de l'homme préexistantes<sup>169</sup>. L'obligation de l'État de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et sa déclinaison au moment où l'État doit négocier et conclure des traités commerciaux ou d'investissement, qui a été reprise par les Principes directeurs des Nations unies de 2011<sup>170</sup>, va dans le même sens. L'effectuation des études d'impact pour les droits de l'homme est donc souhaitable et en ligne avec l'état du droit international, mais toutes ces considérations restent des recommandations, des déclarations de principe, et ne créent donc pas une règle contraignante.

En regardant maintenant ce qui concerne le droit international des investissements dans sa globalité, les études d'impact peuvent intervenir dans des différents moments : en particulier, on peut avoir la réalisation d'une étude d'impact en vue de la conclusion d'un traité bilatéral d'investissement, et donc entre deux états, mais aussi avant la signature d'un contrat entre un investisseur étranger et un État d'accueil pour l'implantation d'un investissement spécifique. En outre, des études d'impact peuvent être menés aussi pendant la vie du projet d'investissement sous la forme de rapports.

Ici, on se concentrera davantage sur les EIDH qui intéressent les relations entre l'investisseur et l'État d'accueil, en laissant de côté au moins partiellement les réflexions des interactions interétatiques en la matière, au niveau donc de la conclusion d'un TBI, et en retenant simplement

---

<sup>167</sup> Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 272

<sup>168</sup> Commission européenne des droits de l'homme, Décision n° 235/56, 10 juin 1958, Yearbook 2, p. 300

<sup>169</sup> Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, « Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme », A/HRC/19/50/Add.5, 19 décembre 2011, § 1.1

<sup>170</sup> Conseil des droits de l'homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence protéger, respecter et réparer des Nations unies*, A/HRC/17/31(2011), commentaire au principe 9, « Les accords économiques conclus par les États, soit avec d'autres États ou avec des entreprises – comme les traités d'investissement bilatéraux, les accords de libre-échange ou les contrats en vue de projets d'investissement – leur ouvrent des perspectives économiques. Mais ils peuvent aussi influencer sur la marge de manœuvre des pouvoirs publics. [...] En conséquence, les États doivent veiller à conserver des capacités suffisantes en matière de politiques et de règlements pour protéger les droits de l'homme dans le cadre de ces accords, tout en accordant la protection nécessaire aux investisseurs. »



qu'il n'y a pas une obligation générale de conclure des tels études d'impact, mais seulement des argumentations d'efficacité et sécurité juridique.

Pour ce qui nous intéresse, les études d'impact des droits de l'homme visent à faire en sorte qu'un État soit en mesure de mettre en place les obligations qui lui incombent en vertu du droit international des droits de l'homme en présence de l'engagement envers l'investisseur étranger et de l'objectif de développement économique poursuivi. Or, il ne s'agit pas de prendre en considération l'ensemble du catalogue des droits de l'homme de l'État en cause dans un cas d'espèce, mais plutôt de voir si les dispositions d'un TBI ou d'un contrat pourraient entraver le libre exercice des droits des individus de cet État, en s'assurant notamment que celui-ci maintienne un pouvoir normatif adéquat pour la réalisation des droits économiques et sociaux<sup>171</sup>. Au niveau du contenu, on peut affirmer donc que les EIDH ne devraient pas être considérés avec une approche *one-size-fits-all*, mais qu'ils doivent être flexibles et adaptables aux différents contextes nationaux, en s'adressant au cas par cas aux questions prioritaires.<sup>172</sup>

Cette flexibilité doit concerner aussi la méthodologie, en ce que des différentes approches peuvent être requises pour les diverses dispositions d'un accord international d'investissement.<sup>173</sup> Cependant, il est possible de considérer des éléments essentiels qui décrivent les bonnes pratiques en la matière : en ce sens, on aura un filtrage des situations où un EIDH devrait être mené et des droits de l'homme pertinents, un cadrage de l'analyse pour nommer des experts indépendantes qui mèneront l'analyse et décider la portée et l'objectif de l'étude, un processus de collecte de preuves et de consultations, l'évaluation de l'impact à proprement parler, la formulation de conclusions et recommandations pour orienter le processus d'élaboration, la publication et le suivi de l'étude d'impact.<sup>174</sup>

Ces éléments devraient éviter qu'on puisse avoir des critiques notamment au niveau de l'indépendance et l'impartialité du point de vue adopté dans l'étude et au fait qu'avec une liste trop longue de droits de l'homme intéressés par l'analyse le risque est que les possibilités d'avoir des données vraiment significatives sur tous les champs en cause seront très limitées.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 273

<sup>172</sup> « Human Rights Impact Assessments for Trade and Investment Agreements, Report of the Expert Seminar », 23 et 24 juin 2010, Genève, voir [https://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/report\\_hria-seminar\\_2010.pdf](https://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/report_hria-seminar_2010.pdf), p. 3

<sup>173</sup> Ibidem, p. 9

<sup>174</sup> James HARRISON, « Measuring human rights : reflections on the practice of human rights impact assessment and lessons for the future », Warwick School of Law Research Paper n° 2010/26, p. 25 et ss

<sup>175</sup> Ibidem, p. 19 ; « Human Rights Impact Assessments for Trade and Investment Agreements, Report of the Expert Seminar », 23 et 24 juin 2010, Genève, *Case study 1*, p. 16

Après avoir introduit cet enjeu des études d'impact des droits de l'homme, il convient de prendre en compte les répercussions de ceux-ci sur le contentieux arbitral d'investissement dès lors que des telles études ont été mené, ce qui d'un côté peut apparaître un effort purement théorique et académique, mais qui, on espère, prendra tout son sens à la lumière des considérations de la partie II.

## §2. *Les effets des études d'impact sur les droits de l'homme au niveau du contentieux arbitral*

Premièrement, pour ce qui concerne la nature des études d'impact sur les droits de l'homme, on affirme que ceux-ci peuvent être qualifiés de moyens complémentaires d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Cet article dispose que « il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »<sup>176</sup> Or, quoi que soient les modalités de conclusion des études d'impact sur les droits de l'homme, on peut statuer qu'ils rentrent dans cette définition. En effet, d'une part, si l'étude d'impact a été menée de façon commune entre les parties, en particulier entre État d'accueil et investisseur lors de la conclusion d'un contrat mais aussi entre deux États contractants qui concluent un TBI, avec la nomination d'un expert indépendant ou à tout le moins une prise de connaissance voire acceptation des résultats de l'étude, alors ceux-ci rentrent bien dans la définition de travaux préparatoire, qui est une notion délibérément floue, susceptible d'inclure des différents documents et, parmi ceux-ci, sans aucun doute, les facteurs inhérents au processus de négociation qui a conduit à la conclusion du traité ou du contrat.<sup>177</sup> D'autre part, même si on exclut cette qualification, au motif par exemple qu'ils ont été menés individuellement par l'État, les EIDH peuvent de toute manière être inclus dans la définition de « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu », une notion qui englobe finalement tous les éléments existants au moment de la conclusion du traité qui peuvent clarifier sa signification qui l'interprète estime relevant au cas d'espèce.<sup>178</sup>

---

<sup>176</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, Faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, article 32, voir [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)

<sup>177</sup> Olivier CORTEN et Pierre KLEIN, « The Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary », vol 1. Oxford, OUP, 2011, p. 852, « While it is true that [...] what constitutes preparatory work depends 'on the circumstances of each case', there is no doubt that elements that are intrinsic to the negotiating process leading to a treaty will generally be accepted as preparatory work. These elements include the following: official records of the negotiations between the parties; draft texts proposed during the negotiations; statements made by State representatives during the debates; diplomatic exchanges; and interpretations formulated by the president of a drafting committee and not contested. »

<sup>178</sup> Ibidem, p. 859-860, « Encompassing all elements existing at the time of the conclusion of the treaty that can illuminate its meaning, the analysis of these circumstances is, according to some authors, often a more efficient means than preparatory work to uncover what the intention of the parties was with regard to the provisions of a treaty. [...] The

A défaut de règles internationales dédiées aux études d'impact sur les droits de l'homme, le statut de ceux-ci au niveau du contentieux sera celui de moyens complémentaires d'interprétation. Cela signifie qu'ils pourront être retenus par les tribunaux pour remplir les vides laissés par l'interprétation faite selon les règles de l'article 31 CVDT<sup>179</sup>. On se situe donc, du point de vue de la logique argumentative, à un moment ultérieur dans le raisonnement fait par les juges des tribunaux arbitraux sur l'interprétation des dispositions du traité par rapport à ce qu'on a exposé dans le premier chapitre à propos de l'article 31 CVDT, un moment que toutefois n'est qu'hypothétique. Effectivement, l'importance accordée aux moyens complémentaires d'interprétation dépend de l'approche herméneutique adoptée par un tribunal, et notamment si les juges choisissent de donner la priorité à une interprétation subjective du traité, qui cherche à établir l'intention authentique des parties, ou une interprétation objective, qui prend en considération en particulier les précédents arbitraux et les TBI rédigés en des termes similaires.<sup>180</sup>

En ayant à l'esprit cette valeur subsidiaire que l'instrument a actuellement au niveau interprétatif, on peut alors regarder aux enjeux où les études d'impact sur les droits de l'homme ont vocation à s'avérer utiles.

Tout d'abord on peut penser aux standards de protection de l'investisseur, dont les violations sont normalement à la base des allégations de l'investisseur à l'encontre de l'État. Or, d'un côté on a les attentes légitimes de l'investisseur, qui font partie de la notion de traitement juste et équitable ; à cet égard, dans la sentence *Tecmed c. Mexique* le tribunal affirme qu'il est requis à l'État d'accueil d'agir de façon cohérente, sans ambiguïtés et transparente, pour que l'investisseur puisse prévoir les politiques menées par l'État et en tenir compte lors du déroulement de son activité.<sup>181</sup> La stabilité du cadre normatif est donc une des garanties que l'État d'accueil doit donner à l'investisseur en vertu du traitement juste et équitable, cependant ici il n'est pas demandé que la législation ne soit jamais

---

criteria of contemporaneity of circumstances opens the door to an examination of elements existing at the time the treaty was concluded to explain its provisions. [...] Depending on the nature of the treaty, the interpreter could examine the political, economical, social, or other situation of the parties at the time of the conclusion. »

<sup>179</sup> Par exemple, le tribunal arbitral dans l'affaire *El Paso Energy International Company c. Argentine*, ICSID case n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, au paragraphe 606 a affirmé que « [...] supplementary means of interpretation may be used : to establish a special meaning ; to confirm or invalidate interpretations obtained by applying the elements listed in Article 31 ; to correct results so obtained If they are ambiguous, obscure, manifestly absurd or unreasonable. »

<sup>180</sup> Alex MILLS, « Balancing different interests », in *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice* (Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN et J.E. VINALES dir.), Oxford, OUP, 2014, p. 437

<sup>181</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. C. États-Unis mexicains*, ICSID case n° (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, paragraphe 154, « The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently [...] so that it may know before any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. »

modifiée, mais qu'il n'y ait pas de modifications déraisonnables ou arbitraires.<sup>182</sup> Les intérêts légitimes de l'État doivent aussi être pris en compte. Dans ce cadre, les EIDH pourraient contribuer à réduire les prétentions de l'investisseur en ce qui représenterait une violation de ses attentes légitimes, à les maintenir à un niveau qui est la raison d'être de cette protection, à savoir la garantie contre tout changement radical et fondamental dans le cadre normatif applicable à l'investissement<sup>183</sup>. En effet, si les études d'impact mettent en lumière la situation de l'État en ce qui concerne le respect et l'implémentation des droits de l'homme relevant pour l'investissement dans le territoire, il en résulte aussi les directions où l'action de l'État pourra aller, de sorte que difficilement une mesure pourra être qualifiée d'arbitraire ou déraisonnable.<sup>184</sup>

De l'autre côté, les EIDH pourraient avoir aussi des incidences à l'intérieur de l'analyse conduite dans le cadre d'une expropriation indirecte. En effet, les deux approches plus souvent mobilisées à cet égard manquent de tenir compte des connexions entre les mécanismes de protection des droits de l'homme et la protection de l'investissement<sup>185</sup> ; à savoir, soit la doctrine de l'effet unique vise à déterminer les effets de la mesure étatique sur les droits de l'investisseur sans considérer les raisons qui ont motivé le comportement de l'État, soit la doctrine des *police powers* a tendance à reconnaître à l'État toute liberté quand il agit selon l'intérêt public.<sup>186</sup>

D'autre part, les EIDH peuvent jouer un rôle aussi pour la recevabilité par les tribunaux des demandes reconventionnelles de l'État et des soumissions des *amici curiae*. En fait, pour ce qui concerne les demandes reconventionnelles, si à la base le tribunal devra considérer la façon dans laquelle la clause de recours à l'arbitrage est rédigée, les EIDH seraient utiles soit pour établir la compétence du tribunal, vu que l'étude sera facilement amenée à se prononcer sur ce point, soit lors de l'analyse au fond, pour établir si l'investisseur a violé le TBI, vu que l'étude aura clarifié la portée des obligations de l'investisseur en matière de droits de l'homme.<sup>187</sup> D'autre part, au niveau des interventions des *amici curiae*, l'existence d'une EIDH serait centrale pour l'admissibilité de celles-

---

<sup>182</sup> Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 391

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 390

<sup>184</sup> Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 283 et ss.

<sup>185</sup> Ursula KRIEBAUM, « Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights », in *The law of international relations – Liber amicorum HansPeter Neuhold* (A. REINISCH et U. KRIEBAUM dir.), Eleven International Publishing, 2007, p. 183

<sup>186</sup> Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 289

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 291

ci, dans la mesure où l'étude éclaire la nature de l'intérêt public des questions soulevées et la pertinence et l'expertise des intervenants.<sup>188</sup>

Les études d'impact sur les droits de l'homme sont donc un outil très précieux pour la prise en compte des droits de l'homme dans le droit international des investissements, en ce que d'une part ils interviennent à l'avance, dans la phase de mise en place de l'investissement, pour que les enjeux non-économiques entrent dans le discours, d'autre part, lorsque présents, ils pourraient, en l'état actuel du droit, guider l'interprétation du tribunal arbitral en rendant possible un meilleur équilibre entre la protection de l'investissement et celle des intérêts publics qui justifie l'action étatique.

D'autre part, la problématique des études d'impact et d'une probable évolution qui le rend une condition nécessaire pour l'instauration et le maintien d'un investissement dans un État hôte ouvre à la question plus complexe des obligations de l'investisseur envers l'État d'accueil, notamment en ce qui concerne le respect des droits de l'homme.

On passe alors à considérer la situation actuelle du droit international en ce qui concerne l'existence d'un quelconque type d'obligation des investisseurs en matière des droits de l'homme. La perspective adoptée sera, encore une fois, celle de la problématisation, ce qui permettra d'ouvrir au discours, dans la Partie II, à propos des incidences sur cette question du projet de traité sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme.

## Section 2 – Un état de lieux sur les obligations de l'investisseur étranger en matière de droits de l'homme

Traditionnellement, les entreprises même multinationales n'ont pas une personnalité juridique internationale. Elles ne peuvent donc, dans la vision classique du droit international, être considérées comme titulaires de droits et d'obligations en vertu du droit international. Cependant, l'absence de personnalité, si elle représente un problème pour permettre que les entreprises soient jugées directement responsables pour violation du droit international, ce problème n'est pas insurmontable du point de vue théorique.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> James HARRISON, "Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions", in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, P.-M. DUPUY, F. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN dir., Oxford, OUP, 2009, pp. 405

<sup>189</sup> Eric DE BRABANDERE, « Human Rights Obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility » in *Human Rights and International Legal Discourse*, Volume 4, n° 1, 2010, p. 78

Le droit international des droits de l'homme, pour sa part, impose, en ligne avec le droit international général, des obligations aux États, des obligations qui ont pour objectif justement de régler les relations parmi les sujets privés et l'État. Cela a été explicité notamment dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, où on lit que les États ont l'obligation de « respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte [...] ». <sup>190</sup>

Toutefois, comme on a déjà affirmé dans l'Introduction, le droit international des investissements et le droit international des droits de l'homme représentent une première évolution de ce cadre, en ce qu'ils imposent notamment des droits au profit directement des personnes privées. <sup>191</sup> Il y a lieu alors de considérer s'il est possible d'affirmer aussi qu'à un certain niveau des obligations existent pour les investisseurs étranger en droit international, en analysant notamment ces deux angles de perspective, à savoir le droit international général (§1) et le droit international des investissements en tant que branche spécifique de celui-ci (§2).

### *§1. L'absence d'obligations des investisseurs étrangers en droit international général*

Premièrement, on doit aborder le droit international des droits de l'homme, pour voir si les différents traités internationaux contiennent des références utiles pour ce discours sur les obligations des investisseurs étrangers.

Or, tout d'abord on peut considérer le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dont l'article 5 affirme que « aucune disposition du présente Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues dans ledit Pacte ». <sup>192</sup> On a donc une sorte de déclaration de principe selon laquelle tout individu, et notamment une entreprise lors de la mise en œuvre de son activité économique, est tenu de ne pas méconnaître les droits énoncés dans le Pacte, mais celle-ci reste justement une déclaration qui n'implique pas une responsabilisation des sujets privés en droit international. De la même teneur apparaît la remarque fait par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels à l'occasion du *General Comment* n° 24 de 2017 sur les

---

<sup>190</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ONU, 16 décembre 1966, article 2.1, disponible en ligne <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

<sup>191</sup> Voir *supra*

<sup>192</sup> Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ONU, 16 décembre 1966, article 5, disponible en ligne <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

obligations des États en vertu du ICESCR dans le contexte des activités commerciales<sup>193</sup> ; le Comité a affirmé que selon les standards internationaux, les entreprises commerciales sont censées respecter les droits du Pacte au-delà du fait que des lois nationales qui mettent en œuvre ces droits aient été conclues dans l'État de référence.<sup>194</sup> Pour le reste, effectivement, le Pacte se concentre essentiellement sur les obligations des États et sur les situations dans lesquelles les États peuvent être retenus responsables pour la conduite des entreprises qui ont leur nationalité, même au niveau d'extraterritorialité.<sup>195</sup>

De l'autre côté, on a une série d'instruments de *soft law* qui posent des obligations pour les opérateurs économiques<sup>196</sup> ; en ce sens :

-l'OIT, avec la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998, oblige les États à créer un système obligatoire applicable aussi aux investisseurs étrangers afin d'obtenir la liberté d'association, l'élimination du travail forcé et du travail des enfants et l'abolition de la discrimination en matière d'emploi<sup>197</sup> ;

-les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales recommandent que les entreprises contribuent à la réalisation du développement durable et respectent les droits de l'homme internationalement reconnus<sup>198</sup> ;

-le Global Compact a finalement créé une occasion de discussion entre États et acteurs privés, avec l'objectif d'un respect spontané, par les entreprises, de certains principes fondamentaux, parmi lesquels le principe 1 et 2, qui affirment que les entreprises doivent supporter et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus et s'assurer de ne pas contribuer aux violations de ces droits.<sup>199</sup>

---

<sup>193</sup> « General Comment No 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities », Committee in Economic, Social and Cultural Rights, 10 août 2017, voir

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOUuG4TpS9jwIhCJcXiuZ1yrkMD%2FSj8YF%2BSXo4mYx7Y%2F3L3zvM2zSUbW6ujInCawQrJx3hlK8Odk6DUwG3Y>

<sup>194</sup> Ibidem, paragraphe 5, « In addition, under international standards, business entities are expected to respect Covenant rights regardless of whether domestic laws exist or are fully enforced in practice. »

<sup>195</sup> Eric DE BRABANDERE, « Human rights and international investment law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Markus KRAJEWSKI et Rhea T. HOFFMANN dir., Edward Elgar Publishing, 2019, p. 622

<sup>196</sup> Voir *supra* ; Olivia DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2015, p. 548-550

<sup>197</sup> Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, Conférence internationale du Travail, 86<sup>ème</sup> Session, Genève, 18 juin 1998, voir <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang-fr/index.htm>

<sup>198</sup> OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2011, voir <https://doi.org/10.1787/9789264115439-fr>

<sup>199</sup> The Ten Principles of the UN Global Compact, voir <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>

Le cadre qui ressort de cette analyse semble encourageant surtout si on pense à la pression qui peut être exercée sur les entreprises par la société civile, toujours plus sensible aux enjeux non-économiques liés aux activités commerciales tels que le développement durable ou l'exploitation des travailleurs. Tout cela incite les entreprises à adopter des codes de conduite où elles s'engagent à garantir certains standards dans le domaine du droit social, de la santé et de l'environnement. L'intérêt de cette autorégulation des sociétés par les codes de conduite réside toutefois surtout dans la possibilité qu'on assistera à la formation d'une coutume internationale qui lie les opérateurs économiques internationaux.<sup>200</sup>

Pour le reste, en définitive toutes ces instances restent des déclarations de principes, que les entreprises sont appelées à tenir en compte et mettre en œuvre de façon spontanée, soit par la nature de *soft law* des instruments qui les contiennent soit et surtout parce qu'en l'état actuel du droit international on ne peut pas généralement engager la responsabilité internationale des personnes privées.

Il convient alors de prendre en compte le droit international des investissements, pour voir si de la pratique récente de conclusion des accords internationaux d'investissement et de la jurisprudence arbitrale ressorte quelque indication en faveur de l'existence des obligations pour les investisseurs internationaux.

## *§2. Un début d'encadrement juridique des obligations de l'investisseur en droit international des investissements*

Pour ce qui concerne le droit international des investissements, on peut commencer par la jurisprudence arbitrale, en ce que celle-ci se fonde logiquement sur des instruments, conventionnels et contractuels, conclus à un moment où les préoccupations liées au développement durable n'étaient encore pas si centrales, de sorte que les références à la dimension sociale de l'investissement dans ces textes résultent limités.

Il est alors compréhensible que la jurisprudence arbitrale n'ait pas reconnu l'existence des obligations de l'investisseur en matière de droits de l'homme, vu que celles-ci jusqu'aux TBI de nouvelle génération étaient quasiment absentes.<sup>201</sup>

En effet, on peut affirmer que l'avancée la plus significative dans ce domaine est représentée par l'appréciation du tribunal dans l'affaire *Urbaser c. Argentina*, qu'on a déjà analysé à plusieurs

---

<sup>200</sup> Philippe KHAN, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Ferhat HORCHANI dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2006, p. 104-106

<sup>201</sup> Voir *supra*, Introduction



reprises au cours de cette Partie. Or, non seulement le tribunal, à cette occasion, a affirmé que les traités internationaux en matière de droits de l'homme peuvent bien rentrer dans le champ de la loi applicable et qu'il est nécessaire, dans certaines situations, d'analyser ces textes pour établir leur portée et effets sur un différend entre investisseur et État d'accueil, mais qu'il ne peut pas être exclu que de ce texte ressortent des obligations à la charge des investisseurs.<sup>202</sup>

En l'espèce, même si finalement le tribunal a conclu qu'il n'existait pas, pour l'investisseur, une obligation positive de garantir et contribuer à la réalisation du droit à l'eau, le tribunal, lors de cette analyse, soit a ouvert au fait que les entreprises transnationales soient des sujets de droit international auxquels s'imposent des obligations, soit notamment il a individué une obligation, pour les investisseurs, de ne pas s'engager en des activités qui mettraient en péril la dignité humaine et le droit de vivre dans des conditions de vie adéquates.<sup>203</sup>

Il est justifié d'affirmer que cette affirmation soit le résultat d'une évaluation du droit international des droits de l'homme qui révèle une ouverture d'esprit non commune pour un tribunal arbitral. En revanche, globalement cette affaire montre que le droit international général ne peut représenter qu'un point d'entrée limité pour les obligations des investisseurs.

Il convient alors d'évoquer la pratique récente de rédaction des accords internationaux d'investissement, en ce qu'il est logique que des vraies obligations de l'investisseur soient développées par les instruments internationaux propres au droit international des investissements.

En ce sens, il a été soutenu qu'il est possible de diviser les obligations de l'investisseur en trois catégories : les obligations de due diligence, les obligations de résultat et les obligations horizontales.<sup>204</sup>

Ainsi, les obligations de due diligence peuvent être définies comme des obligations de comportement, qui obligent l'investisseur à tenir une conduite de laquelle résulte un effort, dans la mesure du possible, de ne pas violer certains standards. On pourrait à cet égard faire une comparaison avec le régime juridique de la Zone dans le droit international de la mer tel qu'énoncé dans la Convention de Montego Bay, qui prévoit que les États mettent en place toute mesure pour garantir la

---

<sup>202</sup> *Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, paragraphe 1195, « [...] The focus must be, therefore, on contextualising a corporation's specific activities as they relate to the human rights at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual. »

<sup>203</sup> *Ibidem*, paragraphe 1195, « [...] In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law. » et paragraphe 1199, « At this juncture, it is therefore to be admitted that human rights for everyone's dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights. »

<sup>204</sup> Makane Moïse MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, S.F.D.I., Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Éditions A. Pedone, 2017, p. 322

sauvegarde des ressources de la Zone, mais qui finalement le respect de la Convention pèse sur toute personne dont l'activité pourrait menacer l'intégrité de la Zone, en ce que toute entreprise qui souhaite exploiter la Zone doit se soumettre aux exigences et au contrôle de l'Autorité internationale des fonds marins, qui agit pour le compte de l'humanité entière.<sup>205</sup> En effet, au niveau logique, pour qu'une effective réalisation des droits de l'homme, qui regardent tout individu, puisse s'accomplir, la coopération des agents économiques dont l'activité menace les droits de l'homme internationalement reconnus résulte indispensable. A titre d'exemple, on pourrait considérer l'article 24 du modèle de Code panafricain des investissements, qui affirme que la conformité du comportement des investisseurs en matière d'éthique commerciale et des droits de l'homme doit être gouvernée par certains principes, comme la protection des droits de l'homme internationalement reconnus, le refus de toute violation des droits de l'homme et l'élimination du travail forcé ou obligatoire.<sup>206</sup>

Pour ce qui concerne les obligations de résultat, il s'agit d'obligations plus précises, qui prévoient l'exigence d'atteindre un objectif donné, en laissant le sujet libre quant aux moyens meilleurs pour mettre en œuvre cette obligation. A cet égard, on peut penser à l'article 14 du TBI entre la Nigeria et le Maroc de 2016, qui impose aux investisseurs de conduire des études d'impact de l'activité économique qu'ils entendent engager soit en matière d'investissement soit de droits de l'homme.<sup>207</sup>

Enfin, pour les obligations horizontales, il s'agit d'une forme d'obligation partagée entre investisseur et État d'accueil, ils posent un standard de comportement pour le respect duquel la coopération entre eux s'avère nécessaire. Cela est le cas pour l'article 10 du modèle de TBI de la Communauté de développement d'Afrique australe, qui pose une obligation commune contre la Corruption, en statuant que les investisseurs ne doivent offrir aucun type d'avantage aux agents publics de l'État d'accueil en vue d'obtenir des favoritismes par rapport à un investissement existant ou futur.<sup>208</sup>

On peut conclure que, même si pour l'instant la pratique demeure limitée, la meilleure façon pour s'assurer que les investisseurs étrangers soient soumis à des obligations en matière de droits de l'homme est d'intervenir directement sur les accords internationaux d'investissement, ce qui représente une avancée et une spécification ultérieure du droit international des investissements par rapport au droit international général.

---

<sup>205</sup> Convention des Nations unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, articles 136 à 140, voir [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_f.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf)

<sup>206</sup> Projet de Code Panafricain d'investissements, article 24

<sup>207</sup> TBI entre Nigeria et Maroc, article 14, déjà cité, voir note 35

<sup>208</sup> SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, 2012, article 10

Des telles références sont en mesure de garantir un véritable équilibre entre la protection de l'investissement étranger et les instances qui dérivent du droit international des droits de l'homme.

D'autre part, le projet de traité onusien, pour ce qui concerne le discours sur les obligations de l'investisseur, semble contenir des aspects intéressants, même si, cette fois, du côté du droit international général et de l'ordre juridique interétatique de celui-ci, et on reprendra donc ce sujet dans la Partie II.

## **CONCLUSION PROVISOIRE**

Dans la Partie I, on a ouvert une série de raisonnements à partir d'un côté de certaines clauses classiques des accords internationaux d'investissement, de l'autre de quelque aspect des relations diverses entre investisseur étranger et État d'accueil, la perspective adoptée étant celle d'un tribunal arbitral et de ses possibles appréciations dans le cas d'un différend qui implique des argumentations fondées sur les droits de l'homme et visant à limiter les droits et prétentions de l'investisseur.

On a constaté, en définitive, que, compte tenu des limitations dérivant de la nature du contentieux arbitral, au moins au niveau théorique, en l'état actuel du droit, l'intégration des droits de l'homme dans le contentieux arbitral est, dans une certaine mesure, outre que possible et souhaitable, parfois même opportune et nécessaire.

Il y a lieu maintenant d'aborder la Partie II, où on introduira le projet d'instrument juridiquement contraignant, finalement un traité, sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme. On estime en effet que cet instrument pourra provoquer des avancées pour une intégration satisfaisante des aspects économiques et non-économiques liés à l'opération d'investissement transnational, de manière à pousser aussi les arbitres vers cette intégration, laquelle, comme on a d'ailleurs affirmé dans la Partie I, demeure très limitée par rapport à jurisprudence arbitrale globalement considérée.

## **PARTIE II : LES INCIDENCES DU PROJET DE TRAITÉ ONUSIEN SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET LES DROITS DE L'HOMME AU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS**

A la lumière de ce qu'on a vu dans la première partie, il y a lieu maintenant d'aborder la question des possibles contributions au droit international des investissements du projet d'instrument juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises.

En effet, comme on a déjà affirmé, il s'agit, pour ce projet de traité, d'un instrument qui vise principalement le droit international général, en ce qu'il fixe des obligations pour les États en tant que sujets classiques du droit international général, des obligations qui touchent essentiellement la coopération internationale entre États et l'effectivité des procédures législatives au niveau national. L'objectif final de l'instrument est d'assurer aux victimes des abus en matière des droits de l'homme dans le contexte des activités transnationales des entreprises un effectif accès à la justice et la possibilité concrète de voir ces abus redressés et dédommagés.<sup>209</sup>

On constate finalement, à la base de ce choix du OEIGWG, l'incapacité du droit international tout seul d'encadrer le comportement des entreprises multinationales et de les obliger au respect de certains standards au niveau des enjeux non-économiques liés à leur activité commerciale. Il s'agit, pour l'essentiel, d'un instrument qui vise à pousser les États à légiférer en matière d'obligations des entreprises multinationales en matière des droits de l'homme qui aient un caractère extraterritorial en ce que toute entreprise installée dans le territoire d'un État soit tenue au respect de ces obligations indépendamment du lieu où celle-ci exerce son activité.

Cependant, on soutient que certaines dispositions du traité puissent avoir des répercussions sur le droit international des investissements largement entendu, en ce qui au but du compte on pourrait avoir des changements de la façon dans laquelle les tribunaux arbitraux prennent en considération les droits de l'homme quand ils tranchent un litige qui leur est soumis sur la base d'un accord international d'investissement.

Pour ce motif, on va analyser les problématiques qu'on a abordé dans la Partie I, en évaluant les possibles évolution à la lumière de l'interprétation qui serait possible donner à certaines dispositions du projet d'instrument juridiquement contraignant. Il y a lieu tout d'abord de reprendre

---

<sup>209</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 2.1, « The purpose of this (Legally Binding Instrument) is : [...] d. To ensure access to justice and effective, adequate and timely remedy for victims of human rights abuses in the context of business activities ; »

le discours sur certaines clauses classiques des TBI et leur nouveau potentiel pour l'intégration des droits de l'homme dans l'arbitrage d'investissement à la lumière des dispositions du projet de traité ONU sur les sociétés transnationales et les droits de l'homme (**Chapitre I**) pour considérer après les avancées pour ceux enjeux appartenant de façon plus générale au droit international des investissements, toujours en vertu des dispositions du traité et dans l'arbitrage d'investissement (**Chapitre II**).

## **Chapitre I – La portée renouvelée de certaines clauses des AII à la lumière du projet de traité**

On aborde alors la réflexion concernant le projet de traité sur les entreprises transnationales et les droits de l'homme et les apports de celui-ci sur le droit international des investissements en considérant les problématiques qu'on a soulevé dans la Partie I par rapport à la clause de droit applicable et à celle de conformité au droit national de l'État d'accueil.

On retient d'être autorisés d'argumenter sur les contributions de ce projet de traité sur le contentieux arbitral, même si les dispositions de celui-ci sont adressées principalement aux juridictions nationales des États qui ratifieront l'accord, d'une part parce que le champ d'application du projet s'étend à toutes les activités commerciales, y compris celles à caractère transnational<sup>210</sup>, et l'investissement transnational rentre à tous égards dans cette définition, d'autre part en raison du fait que le projet contient un article nommé *Cohérence avec les principes et les instruments du droit international*<sup>211</sup>, y compris donc les TBI et les autres accords internationaux d'investissement.

Il s'ensuit que les tribunaux arbitraux ne pourront pas se dire exemptés des implications que l'adoption et la ratification du projet de traité en examen aurait au niveau des rapports entre systèmes juridiques en droit international, vu que en définitive l'arbitrage international, même s'il se présente comme une alternative au contentieux devant les juridictions nationales, doit en tout cas respecter certains standards dictés par le droit national et international ; à cet égard, il suffit de considérer que la jurisprudence arbitrale s'est naturellement alignée sur des lignes directrices qui visent à trouver un équilibre entre les droits et intérêts de l'investisseur et les obligations de l'État de satisfaire l'intérêt général quand la confiance sur l'impartialité de l'arbitrage international avait été remise en cause par

---

<sup>210</sup> Ibidem, article 3.1, « This (Legally Binding Instrument) shall apply to all business activities, including business activities of a transnational character. »

<sup>211</sup> Ibidem, article 14, intitulé *Consistency with International Law principles and instruments*

certaines sentences trop éloignées du cadre de l'ordre juridique international<sup>212</sup> et certains pays ont cherché des solutions alternatives à l'arbitrage.<sup>213</sup>

Il convient alors de traiter du contentieux arbitral d'investissement après l'adoption du projet de traité premièrement en ce qui concerne l'interprétation systémique des normes en matière des droits de l'homme guidée par le projet de traité (Section 1), et deuxièmement des incidences du projet de traité dans le discours sur la conformité de l'investissement au droit national de l'État d'accueil (Section 2).

### Section 1 – L'interprétation systémique des normes en matière de droits de l'homme conformément au projet de traité

Premièrement, suivant l'ordre des arguments de la Partie I, il y a lieu d'aborder le discours sur la clause de la loi applicable, qui présente des points d'intérêt soit pour les relations du futur traité avec la loi applicable dans le contentieux arbitral (§1) soit pour les changements qui pourraient intervenir au niveau de l'intégration systémique des normes en matière de droits de l'homme (§2).

#### *§1. Les relations du futur traité avec la loi applicable dans le contentieux arbitral*

Comme on a déjà commencé à affirmer, si le projet de traité sera adopté et ratifié par les États, celui-ci est censé rentrer sans problèmes dans le champ de la loi applicable par les tribunaux arbitraux. En effet, si les clauses des accords internationaux d'investissement sur la loi applicable prévoient normalement le recours à la loi de l'État d'accueil et des principes du droit international<sup>214</sup>, du moment où cet État d'accueil fait partie du traité, celui-ci serait applicable. A cet égard, on peut considérer que pour les pays qui ont une conception dualiste de l'ordre juridique national et international, dès lors qu'on aura une loi de ratification qui fait en sorte que le traité intègre substantiellement l'ordre juridique interne grâce à une loi du pays ayant le même contenu de celui-ci

---

<sup>212</sup> Sabrina ROBERT-CUENDET, « Convergences et divergences entre droits de l'homme et droits des investisseurs – analyse sous l'angle du contrôle exercé par le juge européen et les arbitres internationaux », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 131 et ss.

<sup>213</sup> Francisco PASCUAL-VIVES, « Investissements étrangers et protection des intérêts publics », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 192-196 ; en particulier, le Brésil avait exclu l'arbitrage d'investissement des TBI conclus en 2015, en le substituant avec un *ombudsman* chargé de protéger les droits des investisseurs étrangers, l'Australie entre 2010 et 2013 a exprimé son opposition à l'arbitrage et maintenant elle décide au cas par cas de son inclusion dans les accords internationaux d'investissement qu'elle conclut, l'Afrique du Sud en 2015 a établi le recours à la médiation comme mécanisme prioritaire de règlement des différends en matière d'investissements.

<sup>214</sup> Au moins tendanciellement, voir *supra*

ou renvoyant directement au texte du traité<sup>215</sup> ; de l'autre côté, dans les pays de tradition moniste le traité rentrera dans l'ordre juridique de l'État déjà au moment de sa ratification ou approbation.<sup>216</sup>

Cela est le cas pour tout traité international, de sorte qu'on peut légitimement se demander quel serait l'intérêt de ce traité pour un État qui participe déjà aux instances internationales de protection des droits de l'homme. La réponse vient du traité lui-même, en ce qu'il se fixe comme objectif de clarifier et faciliter d'une part l'effective mise en œuvre des obligations des États de respecter, protéger, réaliser et promouvoir les droits de l'homme dans le contexte des activités commerciales, de l'autre le respect et la réalisation des obligations en matière des droits de l'homme des entreprises.<sup>217</sup> De plus, comme on a déjà souligné, ce traité vise à s'appliquer à toute activité commerciale et à couvrir tous les droits de l'homme et les libertés fondamentales internationalement reconnus qui lient les États parties à celui-ci.<sup>218</sup>

On est donc face à un instrument international qui vise le domaine des activités commerciales notamment à caractère transnational et cherche à clarifier les droits et les obligations des États et des entreprises commerciales en matière des droits de l'homme. Or, un tribunal arbitral, dès lors qu'il est saisi d'un différend entre un État et un investisseur étranger qui porte sur le non-respect par l'État des standards de protection découlant d'un accord international d'investissement ou d'un contrat et où l'État pourra avancer des argumentations fondées notamment sur l'intérêt général, pourra bien difficilement, en toute logique, éviter de prendre en considération un tel instrument.

Il convient maintenant de rentrer dans le fond de la question, et analyser comment le projet de traité gère la problématique des rapports entre activité économique transnationale et respect des droits de l'homme, pour considérer comment cet angle de perspective pourrait intégrer les appréciations des arbitres dans le contentieux des investissements.

A cet égard, l'article du projet qui s'impose comme central est l'article 14, sur la conformité avec les principes et les instruments internationaux. De façon préliminaire, il convient d'affirmer que,

---

<sup>215</sup> Par exemple Constitution italienne, 1948, article 10.1, « L'ordinamento giuridico si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. », voir <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-10>

<sup>216</sup> A cet égard Constitution française, 1958, article 55, « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

<sup>217</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 2.1, « The purpose of this (Legally Binding Instrument) is : a. To clarify and facilitate effective implementation of the obligation of States to respect, protect, fulfil and promote human rights in the context of business activities, particularly those of transnational character; b. To clarify and ensure respect and fulfilment of the human rights obligations of business enterprises. »

<sup>218</sup> Ibidem, article 3.1 intitulé *Scope*, déjà cité, voir note 210



même si la présente contribution se focalise sur les rapports conflictuels entre droits de l’homme et droits de l’investisseur étranger, cela ne signifie pas qu’on entend substituer ces argumentations aux fondements de la protection garantie à l’investisseur par les TBI. L’investisseur pourra donc bien faire valoir cette protection, en essayant d’y ajouter des références aux textes internationaux des droits de l’homme. Toutefois, les tribunaux arbitraux considèrent communément que la protection offerte par les TBI est plus élevée que celle offerte par les instruments de protection des droits de l’homme<sup>219</sup>, parce que les accords internationaux d’investissement visent principalement à la protection de leurs intérêts à plusieurs niveaux et à faire en sorte qu’ils soient incités à investir, s’imposant de cette façon comme *lex specialis* et garantissant donc une interprétation plus favorable<sup>220</sup>. Or, le projet de traité ne s’opposerait pas à des tels arguments, en ce que l’article 14.3 peut bien être lu en ce que l’instrument juridiquement contraignant ne modifiera pas la portée des dispositions du droit interne ou international qui résultent plus protectrices des droits de l’homme dans le contexte des activités commerciales<sup>221</sup>, du moment où en cette référence aux droits de l’homme on entendrait les droits dont jouit l’investisseur dans le TBI.

A ce point, il convient d’aborder la disposition la plus importante en ce qui concerne l’enjeu de la loi applicable et de l’intégration systémique des droits de l’homme dans l’arbitrage d’investissement.

## §2. Une nouvelle étendue de l’intégration systémique en matière de droits de l’homme

L’article 14.5.a, en fait, statue que les États doivent garantir que tous les accords bilatéraux ou multilatéraux existants, y compris les accords régionaux ou sous-régionaux, sur des questions relatives à l’instrument juridiquement contraignant et à ses protocoles, y compris les accords de commerce et d’investissement, doivent être interprétés et mis en œuvre de façon à ne pas

---

<sup>219</sup> Voir par exemple *Renta 4 S.V.S.A. et al. c. Russie*, SCC Case n° 24/2007, sentence du 20 juillet 2012, paragraphe 22, « [...] Human rights conventions establish minimum standards to which all individuals are entitled irrespective of any volition on their part, whereas investment-protection treaties contain undertakings which are explicitly designed to induce foreigners to make investments in reliance upon them. It therefore makes sense that the reliability of an instrument of the latter kind should not be diluted by precisely the same notions of “margins of appreciation” that apply to the former. »

<sup>220</sup> Patrick JACOB et Franck LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », in *Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012, p. 648

<sup>221</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 14.3, « Nothing in the present (Legally Binding Instrument) shall affect any provisions in the domestic legislation of a State party or in any regional or international treaty or agreement that is more conducive to the respect, protection, fulfilment and promotion of human rights in the context of business activities [...]. »

compromettre ou limiter leur capacité de satisfaire les obligations qui découlent du traité et des autres conventions et instruments pertinents en matière des droits de l'homme.<sup>222</sup>

On entend soutenir que, à travers cet article, les tribunaux arbitraux sont appelés à interpréter les TBI existants qui leur soient soumis à l'occasion d'un ISDS dans un sens qui n'empêche pas l'État de respecter ses engagements internationaux en matière de droits de l'homme, en sorte qu'il reviendrait à ces tribunaux de garantir une intégration harmonieuse entre dimension économique et sociale de l'investissement transnational. A la lumière de ce qui précède, en effet, il est évident que, même si la disposition vise en premier lieu les États parties au futur traité, qui doivent faire en sorte que cette interprétation ait effectivement lieu, les tribunaux arbitraux ne sauraient ignorer une telle disposition, qui clairement vise leur domaine de compétence et juridiction.

L'article nous donne aussi une idée de la façon dans laquelle cette prise en compte devrait s'effectuer, en ce que, comme il a été noté<sup>223</sup>, cette disposition se réfère implicitement à la règle de l'intégration systémique de l'article 31, §3, (c) de la CVDT, qui requiert de tenir compte de toute règle de droit international relevant et applicable aux relations entre les parties<sup>224</sup>, en permettant de résoudre la majorité des conflits entre normes.

A notre avis, cette intégration des droits de l'homme aurait lieu d'une façon similaire au type d'argumentation utilisée spontanément par le tribunal arbitral dans l'affaire *Urbaser c. Argentina* : ici, le tribunal a passé en revue les traités internationaux en matière de droits de l'homme pertinents dans l'affaire, en concluant qu'au cas d'espèce aucun de ces textes n'incluait une obligation pour un sujet non-étatique de mettre en œuvre activement le droit à l'eau.<sup>225</sup>

Le cadre résultant de l'application de la disposition en cause tiendrait donc à ce que, dans une affaire où l'État fait valoir des argumentations fondées sur les droits de l'homme pour justifier son comportement ou revendiquer que l'investisseur n'a pas de titre pour demander au tribunal la protection de l'accord international d'investissement applicable en l'espèce, le tribunal arbitral devrait sélectionner les textes du droit international qui pourraient avoir un intérêt pour trancher le

---

<sup>222</sup> Ibidem, article 14.5, « States Parties shall ensure that : a. All existing bilateral or multilateral agreements, including regional or sub-regional agreements, on issues relevant to this (Legally Binding Instrument) and its protocols, including trade and investment agreements, shall be interpreted and implemented in a manner that does not undermine or restrict their capacity to fulfil their obligations under this (Legally Binding Instrument) and its protocols, if any, as well as other relevant human rights conventions and instruments. »

<sup>223</sup> Roberta GRECO, « The Draft Treaty on Business and Human Rights : What way forward for greater consistency between human rights and investment agreements ? » in *How can a treaty on business and human rights fit with international law ? Assessing the development of international rules on corporate accountability*, Questions of International Law, 31 juillet 2021, p. 3

<sup>224</sup> Voir *supra*

<sup>225</sup> *Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, paragraphes 1195 à 1207

litige qui leur est soumis<sup>226</sup>, en élaborant, après cette analyse, la teneur et la portée des engagements internationaux de l'État qui découlent du droit international des droits de l'homme, pour pouvoir finalement résoudre le différend de manière à garantir la cohérence des différentes branches du droit international.

Or, cette disposition de l'article 14 a fait l'objet de discussions tout au long des discussions au sein de l'OEIGWG sur des nombreux points<sup>227</sup>.

Premièrement, certains États et organisations internationales et non-gouvernementales ont soutenu que la disposition manque de précision, en ce qu'elle ne précise pas quels instruments internationaux devraient effectivement être pris en compte. A ce propos, les tribunaux arbitraux pourraient considérer le projet de traité de façon complexe, en ce que d'un côté dans le préambule il est fait mention de plusieurs traités et instruments internationaux<sup>228</sup>, de l'autre l'article 3.3 cite expressément la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail tous les traités fondamentaux en matière de droits de l'homme et les Conventions fondamentales de l'OIT dont un État est partie et le droit international coutumier<sup>229</sup>. Le futur traité pourrait donc, en ce sens, guider l'appréciation des tribunaux.

Deuxièmement, l'article a été critiqué en ce qu'il aurait pu aller plus loin, en imposant soit une révision des traités existants pour s'assurer que ceux-ci soient conformes au droit international des droits de l'homme soit que les arbitres chargés d'un différend où l'interprétation des textes en la matière aient une connaissance spécifique du droit des droits de l'homme. Toutefois, on croit que des tels ajustements soit auraient rendu la disposition guère acceptable par les États, de sorte que la

---

<sup>226</sup> A cet égard, une contribution viendrait, en considérant de façon complexe les avancées que le traité permettrait au niveau du contentieux arbitral d'investissement, de la conclusion des études d'impact sur les droits de l'homme, voir *infra*

<sup>227</sup> Voir, seulement pour ce qui concerne la septième session du groupe de travail, l'*Annex with the compilation of the general statements from States and other relevant stakeholders*, l'*Annex with the compilation of comments and requests for clarifications from States* et la *Compilation of comments, requests for clarification and concrete textual proposals made by non-State stakeholders*, disponibles en ligne, <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>

<sup>228</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », préambule, notamment :

« (PP1), *Reaffirming* the principles and purposes of the Charter of the United Nations;

(PP2) *Recalling* the nine core International Human Rights Instruments adopted by the United Nations, and the eight fundamental Conventions adopted by the International Labour Organisation;

(PP3) *Recalling* also the Universal Declaration of Human Rights, as well as the Declaration on the Right to Development, the Vienne Declaration and Programme of Action, the Durban Declaration and Programme of Action, the UN Declaration on Human Rights Defenders, the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, relevant ILO Conventions, and recalling further the 2030 Agenda for Sustainable Development, as well as internationally agreed human rights Declarations; »

<sup>229</sup> *Ibidem*, article 3.3, déjà cité, voir note 96

ratification du texte aurait été compromise, soit auraient été difficilement mis en œuvre au niveau pratique.

Troisièmement et surtout, la disposition a fait l'objet de critiques en ce qu'elle ne dispose pas une véritable clause de suprématie des instances dérivantes du droit des droits de l'homme sur les droits de l'investisseur étranger. Le choix a été de suivre les préoccupations de ces États qui voyaient dans une telle disposition la création d'une hiérarchisation inacceptable du droit international, potentiellement en conflit avec le droit international coutumier<sup>230</sup>. Cela créerait des problèmes notamment en présence d'un réel conflit normatif, une situation dans laquelle les règles des accords internationaux d'investissement et celles des traités internationaux des droits de l'homme seraient irrémédiablement en conflit.<sup>231</sup> Cependant, on estime que une clause de suprématie de tous les traités internationaux ayant pour objet la protection des droits de l'homme d'un côté serait trop poussé par rapport à l'état actuel de l'ordre juridique international, de l'autre elle aurait des implications trop incertaines, compte tenu de l'étendue des droits de l'homme internationalement reconnus, de leur différente nature et extension.

En tout état des causes, si l'effet de l'article 14.5.a serait vraiment, comme on l'affirme, de faire en sorte que les tribunaux arbitraux prennent véritablement en compte les droits de l'homme relevant dans un cas d'espèce, l'avancée par rapport à la situation actuelle, où tout dépend finalement de la volonté et de la sensibilité des arbitres, serait déjà remarquable. Dans l'hypothèse la plus favorable, de plus, cette prise en compte serait tellement effective que les règles pertinentes du droit international des droits de l'homme seraient considérées comme étant finalement directement du droit applicable, et non seulement comme guidant l'appréciation du tribunal au niveau interprétatif, comme c'est le cas de l'article 31, §3 (c) de la CVDT, et qu'elle permettrait l'admissibilité des demandes reconventionnelles des États fondées directement sur ces règles.

Cette disposition ne vise en effet pas à réformer l'ordre juridique international et son équilibre, au contraire son objectif final est de garantir l'intégration harmonieuse du droit international des droits de l'homme et du droit international des investissements, pour éloigner le risque d'une fragmentation non justifiée du droit international.

---

<sup>230</sup> Voir *supra*

<sup>231</sup> Roberta GRECO, « The Draft Treaty on Business and Human Rights : What way forward for greater consistency between human rights and investment agreements ? » in *How can a treaty on business and human rights fit with international law ? Assessing the development of international rules on corporate accountability*, Questions of International Law, 31 juillet 2021, p. 3

Il y a lieu maintenant de procéder à l'analyse de la contribution du projet de traité à la problématique de la cohérence du droit international des droits de l'homme avec le droit international des investissements, en prenant en compte cette fois l'enjeu de la conformité de l'investissement au droit national de l'État d'accueil.

## Section 2 – Les incidences du projet de traité dans le discours sur la conformité de l'investissement au droit national de l'État d'accueil

La clause sur la conformité de l'investissement au droit national de l'État d'accueil a été l'appui, dans la Partie I, pour introduire des enjeux multiples. On a conclu, en particulier, que cette clause finit pour jouer seulement en présence des violations les plus sérieuses du droit de l'État d'accueil, au point qu'on peut considérer que le champ d'application de celle-ci serait comparable à celui de l'ordre public international ou transnational. Pour les droits de l'homme, cela signifie que la clause ne s'applique que pour ceux droits qui appartiennent au *ius cogens*, comme l'interdiction de la torture ou de l'esclavage<sup>232</sup>.

Pour faire face à cette limitation, dans la pratique récente de stipulation des accords internationaux d'investissement, les États les plus sensibles aux enjeux non-économiques liés à l'investissement étranger ont commencé à inclure des précisions à cet égard, en spécifiant que le droit de l'État d'accueil comprend aussi les lois relatives aux droits de l'homme<sup>233</sup>. Toutefois cette pratique demeure limitée.

En revanche, on peut considérer que l'article 14.5 du troisième projet d'instrument juridiquement contraignant pourrait contribuer au discours sur la conformité de l'investissement au droit national de l'État d'accueil en matière de droits de l'homme soit pour les accords existantes (§1) soit et surtout pour les accords nouveaux ceux qui seront conclus après l'entrée en vigueur du traité en cours de développement (§2).

### *§1. Les avancées à l'égard des accords existants*

Premièrement, pour ce qui concerne les traités bilatéraux existantes, on peut prendre en compte le même article 14.5.a qu'on a déjà abordé dans la Section précédente. En effet, l'article affirme que les accords internationaux d'investissement doivent être interprétés et mis en œuvre d'une

---

<sup>232</sup> Voir *supra*

<sup>233</sup> Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019, p. 263

manière à ne pas mettre en péril les obligations des États découlant du droit international des droits de l'homme.<sup>234</sup>

Or, à la lumière de ce qu'on a affirmé dans la Section précédente, on peut conclure d'une part que le futur traité rentrerait dans le champ du droit pertinent à une opération d'investissement à caractère transnational, d'autre part que les dispositions de ce traité rentreront, une fois celui-ci ratifié ou traduit en normes internes, dans l'ordre juridique national des États parties. On aurait donc une norme interne qui affirme la nécessité que les enjeux liés aux droits de l'homme soient considérés lors de la mise en œuvre d'un accord international d'investissement, et cette prise en considération devait résulter notamment au moment du contentieux devant le tribunal arbitral.

On peut affirmer aussi que les traités internationaux ont normalement une importance majeure, dans les différents ordres juridiques nationaux, en ce que normalement ceux-ci ont soit une valeur supra-législative soit une valeur législative mais en visant à réduire les incidences des autres dispositions du même rang, comme c'est le cas avec des conflits de lois ou des normes postérieures en la matière.<sup>235</sup>

On soutient donc qu'une telle disposition du projet de traité aura l'effet de faire rentrer, dans la notion de droit de l'État d'accueil auquel l'investissement doit être compatible en vertu d'une clause de conformité, les règles du droit international des droits de l'homme qui peuvent être qualifiées de significatives dans le contexte des activités commerciales à caractère transnational. Cela pourrait impliquer, à titre d'exemple, qu'un investissement conclu en violation d'un des standards de protection fixés par les huit Conventions fondamentales de l'OIT serait contraire non seulement au droit international, mais aussi à l'article 14.5.a du futur traité en tant que disposition de l'ordre juridique national de l'État qui serait État d'accueil dans un cas d'espèce. La conséquence serait que l'investisseur aurait conclu un investissement non-conforme au droit de l'État d'accueil, ce qui pourrait mener à la réduction ou à l'exclusion de la protection de l'investissement garantie par un accord international d'investissement.

Certes, il ne s'agit à ce stade que d'une hypothèse, de sorte que finalement un tribunal arbitral pourrait décider de ne pas retenir un tel argument, et d'autre part il s'agit d'une argumentation dont les présupposés sont déjà établis au niveau théorique en l'état actuel du droit avant l'entrée en vigueur du traité<sup>236</sup>, mais on entend souligner que l'utilité première de cet article serait de relier l'évaluation

---

<sup>234</sup> Voir *supra*

<sup>235</sup> Jean-Marc SOREL, « Le destin des normes internationales dans le droit interne : perspectives européennes », in *XXIV Curso de Derecho Internacional*, Rio de Janeiro, 1997, Secretaria General de la OEA, Washington DC, 1998, p. 265

<sup>236</sup> Voir à cet égard Eric DE BRABANDERE, « Human rights and international investment law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Markus KRAJEWSKI et Rhea T. HOFFMANN dir., Edward Elgar Publishing, 2019, p. 636, « So far, case law applying human rights as part of a “legally requirement” is non-existent. However, [...] it is safe to conclude that when human rights have been integrated in the host State's domestic law, and human rights obligation

de la conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil à des soucis non-économiques, de façon à pouvoir représenter un appui pour les États pour leurs appréciations et demandes reconventionnelles, qui seront à analyser par les arbitres dans la phase d'examen au fond<sup>237</sup>.

Finalement, le mérite principal du projet d'instrument juridiquement contraignant est de représenter un trait d'union à caractère contraignant entre l'activité économique des entreprises multinationales et le respect des droits de l'homme, entre le droit international des investissements et la dimension non-économique des activités commerciales, de sorte qu'il pourrait faire pencher la jurisprudence arbitrale vers la reconnaissance du fait que la conformité au droit interne doit se lire comme un standard englobant aussi des dispositions qui ne relèvent pas seulement de l'établissement et la gestion de l'investissement au niveau technique.

## §2. La conformité au droit national pour les accords conclus après l'entrée en vigueur du traité

D'autre part, les contributions les plus remarquables du projet d'instrument contraignant au discours sur la conformité de l'investissement au droit de l'État d'accueil sont celles qui regardent les accords d'investissement qui seront conclus après l'entrée en vigueur de celui-ci.

A cet égard, on doit prendre en compte toujours l'article 14 du projet de traité, sur la cohérence avec les instruments et les principes du droit international, et plus particulièrement l'article 14.5.b, qui statue que les États doivent garantir que tous les nouveaux accords bilatéraux ou multilatéraux de commerce et d'investissement soient compatibles avec les obligations des États en matière de droit de l'homme qui découlent de l'instrument juridiquement contraignant même et des autres instruments et conventions du droit des droits de l'homme pertinents.<sup>238</sup>

Cette formulation de l'article est le résultat des larges débats qui ont eu lieu tout au long des sessions du OEIGWG, en ce que la référence explicite aux traités de commerce et d'investissement avait été déjà formulé lors du zero draft, effacée avec le premier projet révisé puis réintroduite avec les deuxième et troisième révisions du projet d'instrument juridiquement contraignant<sup>239</sup>. La question principale était que, si certaines délégations nationales avaient accueilli favorablement l'inclusion de

---

thus form part of the domestic law of the host State, a breach of such human rights obligations – as a matter of domestic law – by a foreign investor will result in a denial of the application of the BIT to the investment. »

<sup>237</sup> Panayotis M. PROTOPSALTIS, « Compliance with the Laws of the Host Country in Bilateral Investment Treaties », *Transnational Dispute Management*, volume 12, issue 6, 1875-4120, Novembre 2015, p. 16

<sup>238</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 14.5., « States Parties shall ensure that : b. All new bilateral or multilateral trade and investment agreements shall be compatible with the States Parties' human rights obligations under this (Legally Binding Instrument) and its protocols, as well as other relevant human rights conventions and instruments. »

<sup>239</sup> Pour les rapports des sessions du groupe de travail et les différentes versions du projet de traité voir <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

cette disposition, des autres avaient exprimé des préoccupations par rapport à la façon dans laquelle une telle clause aurait été appliquée au niveau du contentieux arbitral.<sup>240</sup>

En tout état de cause, la formulation actuelle de la clause, que à la lumière de la stabilisation du projet entre la deuxième et la troisième version on peut estimer ne sera pas si différente de celle définitive, dans l'hypothèse où le traité sera effectivement conclu, permet de développer des réflexions plutôt intéressantes.

En effet, l'article impose aux États de garantir que les accords d'investissement qu'ils concluront après avoir adopté ce traité seront conformes à leurs engagements en matière de droits de l'homme. Il s'agit donc d'une obligation de résultat qui pèse tout d'abord sur les États, comme d'ailleurs est le cas de tout le projet de traité, qui intervient de façon classique dans l'ordre juridique international. Il s'ensuit que, une fois qu'un État fera partie du traité, il devra s'assurer un certain niveau d'intégration des droits de l'homme dans les TBI et autres instruments qu'il va conclure, peu importe les moyens à travers lesquels il atteindra ce résultat. Il est possible d'estimer cependant qu'en ce sens un outil presque indispensable serait représenté par les études d'impact sur les droits de l'homme.<sup>241</sup>

On peut argumenter donc qu'on aura une série de dispositions législatives qui réguleront ce point au niveau interne, et que les accords qu'il va conclure prendront en compte à un degré satisfaisant les enjeux non-économiques de l'investissement transnational.

A ce moment-là il y aura plusieurs points d'entrée au niveau du contentieux arbitral pour faire en sorte que l'investisseur respecte les obligations que lui impose le droit de l'État d'accueil, notamment si l'État d'accueil conclura, avec l'État de nationalité de l'investisseur, un traité bilatéral ou multilatéral d'investissement après la ratification du futur traité.

A cet égard, la conséquence de cette disposition serait de créer un cadre juridique pour les investissements transnationaux qui prévoit que dans les relations entre État d'accueil et investisseur étranger les droits de l'homme soient respectés et implémentés de manière conforme aux engagements internationaux de l'État en cause. Il pourrait en effet être soutenu que le champ d'application de l'article 14.5.b comprend non seulement les accords internationaux d'investissement, bilatéraux ou multilatéraux, mais aussi les contrats et accords du type investisseur-État, autre source classique du droit international des investissements.

---

<sup>240</sup> Roberta GRECO, « The Draft Treaty on Business and Human Rights : What way forward for greater consistency between human rights and investment agreements ? » in *How can a treaty on business and human rights fit with international law ? Assessing the development of international rules on corporate accountability*, Questions of International Law, 31 juillet 2021, p. 2

<sup>241</sup> Voir *infra*



En ce sens, en regardant à la lettre de la disposition, l'article 14.5.b utilise l'expression *investment agreement*, un terme dont l'étendue n'est pas limitée aux traités internationaux, mais peut englober aussi des autres instruments, et notamment les contrats investisseur-État. Il n'y aurait alors aucun intérêt, à notre avis, à ajouter une référence explicite aux contrats dans le texte de l'article, comme l'a suggéré un intervenant non-étatique au cours de la discussion sur cette disposition pendant la septième session du OEIGWG.<sup>242</sup>

A ce point-là, il ne serait pas nécessaire d'attendre qu'une modification des TBI existantes intervienne, cet article pourrait commencer à s'appliquer du moment où des nouveaux investissements soient admis, sur la base d'un accord investisseur-État, dans un État d'accueil à la suite de la ratification par celui-ci du futur traité.

Or, un tribunal arbitral qui se trouve saisi d'un différend entre un investisseur et un État sur la base de la clause compromissoire contenue dans le contrat entre l'État et l'investisseur, certes, selon que l'activité économique engagée par ledit investisseur nécessite la stipulation d'un contrat, par exemple d'un contrat de concession, dans cette situation le tribunal arbitral serait vraisemblablement appelé à contrôler soit qu'effectivement le contrat ait été conclu de façon à être compatible avec les obligations en matière de droits de l'homme découlant du Traité onusien et des autres conventions et instruments internationaux, soit que le comportement de l'investisseur tout au long de ses relations avec l'État d'accueil ne ait pas été contraire à ses obligations. A cet égard, même si le discours sera repris dans le Chapitre II, on peut considérer que déjà dans le préambule du projet de traité, dont on n'entend pas méconnaître la valeur juridique mais qui peut néanmoins représenter une source de réflexion, on lit que les entreprises commerciales ont l'obligation de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, y compris en s'abstenant de contribuer à provoquer des violations de ces droits à travers leur activité.<sup>243</sup>

En ce contexte, on entend soutenir qu'un tribunal arbitral pourrait arriver à déterminer qu'un investissement qui a été conclu ou mené en manière non conforme avec le cadre juridique interne à l'État d'accueil qui se créerait avec l'adoption par celui-ci du futur traité, grâce notamment à l'article 14.5.b, serait contraire à la clause de conformité au droit national de l'État d'accueil contenue dans le TBI qui dans un cas d'espèce règle les investissements entre l'État d'accueil et l'État de nationalité

---

<sup>242</sup> *Compilation of comments, requests for clarification and concrete textual proposals made by non-State stakeholders*, disponible en ligne, <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>

<sup>243</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », préambule, PP11, « *Underlining* that business enterprises, regardless of their size, sector, location, operational context, ownership and structure have the obligation to respect internationally recognized human rights, including by avoiding causing or contributing to human rights abuses through their own activities and addressing such abuses when they occur, as well as by preventing or mitigating human rights abuses that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships. »

de l'investisseur qui a conclu le contrat avec l'État d'accueil. Il serait possible d'ailleurs, comme ressort de la jurisprudence arbitrale, compte tenu des difficultés posées par la distinction entre *treaty claims* et *contract claims*<sup>244</sup>, de prendre en compte cette conformité au droit national soit dans l'analyse de la compétence du tribunal soit dans la phase d'examen au fond, avec des différents aboutissements possibles.<sup>245</sup>

D'autre part, il résulte des commentaires de la septième session du OEIGWG qu'il y a une volonté de certaines délégations d'aller plus loin dans la formulation de cette disposition<sup>246</sup>.

Or, d'un côté il a été affirmé qu'il serait nécessaire d'ajouter à l'article 14.5.b une indication explicite que les accords internationaux de commerce et d'investissement doivent contenir des références explicites aux droits de l'homme soit au niveau de la loi applicable, de la conformité au droit de l'État d'accueil et du pouvoir de régulation de l'État soit dans une clause qui pour contenu pourrait être comparable à celle de l'article 18 du TBI entre Nigeria et Maroc<sup>247</sup>, qui prévoit que les investisseurs doivent défendre et respecter les engagements en matière de droits de l'homme dans l'État d'accueil. On peut toutefois retenir que, si une prévision de ce type aurait sans doute accru la portée révolutionnaire du futur traité, la pratique récente de conclusion des Traités Bilatéraux d'Investissement et des autres accords internationaux d'investissement montrent très clairement la volonté des États d'aller en ce sens<sup>248</sup>, de sorte que le résultat visé par une telle précision seront atteints spontanément avec la modification progressive des accords, grâce à l'importance toujours majeure qui revêtent les préoccupations liées au développement socialement durable dans le contexte social contemporain.

De l'autre côté, des diverses instances suggéraient qu'il serait approprié insérer dans l'article en cause des clarifications sur la façon dans laquelle matériellement les enjeux liés aux droits de l'homme auraient pu rentrer dans le processus de négociation et conclusion des futurs accords internationaux d'investissement. En particulier, il a été proposé que l'article mentionne la nécessité que soient menés, avant la conclusion des accords de commerce et d'investissement, des études d'impact sur les droits de l'homme. Or à nouveau, même si certes l'inclusion de cette condition aurait été positive, on croit que finalement une telle obligation découle également de la lecture complexe

---

<sup>244</sup> Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020, p. 155 et ss.

<sup>245</sup> Voir *supra*

<sup>246</sup> Voir l'*Annex with the compilation of the general statements from States and other relevant stakeholders*, l'*Annex with the compilation of comments and requests for clarifications from States* et la , *Compilation of comments, requests for clarification and concrete textual proposals made by non-State stakeholders* disponibles en ligne, <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>

<sup>247</sup> TBI entre Nigeria et Morocco, 3 décembre 2016, article 18, voir note 36

<sup>248</sup> Voir *supra*

du projet de traité, et notamment serait adressée aux investisseurs au moment où ils établissent un investissement, comme on a déjà partiellement argumenté et comme sera aussi soutenu dans la Section suivante<sup>249</sup>.

A la lumière de ces considérations, on peut conclure de façon transitoire que le projet de traité pourrait avoir des fortes incidences dans le contentieux arbitral, grâce notamment au jeu de certaines clauses qui se trouvent communément dans les accords internationaux d'investissement, de façon que ces innovations concerneraient au moins théoriquement une partie considérable de la jurisprudence arbitrale.

D'autre part, il y a lieu d'analyser maintenant, dans le Chapitre II, des autres clauses du projet d'instrument juridiquement contraignant, grâce auxquelles soit on complétera certaines questions déjà ouvertes soit on ajoutera des éléments de réflexion innovants et cruciaux.

## **Chapitre II – Les avancées de l'intégration des droits de l'homme dans le droit international des investissements apportées par le projet de traité**

On passe maintenant à examiner les aspects du droit international des investissements au sens large qu'on a déjà abordé dans la première partie, à savoir les études d'impact sur les droits de l'homme et les obligations de l'investisseur étranger. Ces sujets présentent justement une importance pour le discours sur les implications qui aurait une effective mise en place du projet d'instrument juridiquement contraignant sur les entreprises transnationales et les droits de l'homme, dans la mesure où celui-ci contient des dispositions dont l'interprétation pourrait intéresser le droit international des investissements en général et plus en particulier le contentieux devant les tribunaux arbitraux.

Il s'agit d'une analyse qui portera en particulier sur l'article 6 du projet de traité, dont le titre est *Prévention*. Or, le premier paragraphe de l'article indique que les États parties doivent réglementer efficacement les activités de toutes les entreprises commerciales dans leur territoire, juridiction ou autrement dans leur contrôle, y compris les sociétés transnationales et les autres entreprises qui mènent des activités à caractère transnational.<sup>250</sup> On peut retenir que, si d'un côté l'article pourrait

---

<sup>249</sup> Voir *infra*

<sup>250</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 6.1, « State Parties shall regulate effectively the activities of all business enterprises within their territory, jurisdiction, or otherwise

être considéré comme créant une sorte de compétence extraterritoriale de l'État où une entreprise multinationale est implantée, ce qui pourrait être soutenu au moins pour ce qui concerne les activités menées à l'étranger par des entreprises dont le contrôle revient à l'État au motif qu'il est impliqué de quelque façon dans l'organisation d'une entreprise, il n'y a pas lieu d'aborder ce discours aux fins du présent mémoire.

A cet égard, on jugera que cet article affirme qu'il appartient à l'État où l'activité de l'entreprise intéressée est effectuée de réglementer cette activité. En effet, de cette façon on se retrouve à traiter des relations de l'État d'accueil avec l'investisseur étranger, on intervient dans la relation entre les sujets qui sont partie au contentieux devant les tribunaux arbitraux.

Il y a lieu alors de considérer tout d'abord l'enjeu de l'existence d'une obligation, pour les sociétés transnationales et autres entreprises, de réaliser des études d'impact sur les droits de l'homme (Section 1), pour prendre en compte après plus en général comment le projet de traité pourrait encadrer le comportement des investisseurs étrangers (Section 2).

### Section 1 – Une obligation matérielle de conclusion des études d'impact sur les droits de l'homme

On aborde alors premièrement la question des études des droits de l'homme à la lumière des dispositions du projet d'instrument juridiquement contraignant qui on retient puissent être relevant en ce sens. Les points d'intérêt à prendre en compte sont d'une part la teneur de l'obligation de conclusion des études d'impact sur les droits de l'homme dans le projet de traité (§1), de l'autre les conséquences de cette disposition au niveau du contentieux (§2).

#### *§1. La teneur de l'obligation de conclusion des études d'impact sur les droits de l'homme dans le projet de traité*

A l'égard des études d'impact des droits de l'homme, et pour ce qui relève le droit international des investissements, le paragraphe 4 de l'article 6 de la troisième version du projet affirme que les États doivent garantir que les mesures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme prises par les entreprises commerciales comprennent :

-la réalisation et la publication d'études d'impact sur les droits de l'homme, les droits des travailleurs, l'environnement et le changement climatique tout au long de leurs opérations ;

---

under their control, including transnational corporations and other enterprises that undertake activities of a transnational character. »

-mener des consultations significatives avec les individus ou communautés dont les droits de l'homme peuvent potentiellement être affectés par les activités commerciales, et notamment avec les populations indigènes ;

-intégrer des normes sur la due diligence en matière de droits de l'homme dans les contrats concernant leurs relations commerciales en prenant des dispositions sur le renforcement des capacités et sur les apports financiers, selon le cas.<sup>251</sup>

On argue que ces dispositions, lues dans la perspective du droit international des investissements, au-delà de la formulation des obligations, créent un cadre juridique où les investisseurs étrangers, lors de l'implantation d'un investissement dans un État d'accueil qui aura ratifié le futur traité, doivent s'assurer de prendre en compte les droits de l'homme dans le déroulement de leur activité économique en ce qu'ils doivent prendre soin de rédiger des études d'impact sur les droits de l'homme où l'une des composantes soit aussi l'identification et l'audience des personnes privées qui pourraient être intéressées par l'activité économique déroulé.

A cet égard, même si la disposition du traité impose une obligation premièrement à l'État, il apparaît que le respect de cette obligation dans le contexte de l'investissement transnational revient principalement à l'investisseur étranger au moment où il commence une activité dans le territoire de l'État d'accueil et il cherche à conclure des contrats pour mettre en place et maintenir cette activité. Certes, l'État doit créer des conditions favorables pour que cette prise en compte soit possible et réalisée avec les meilleures pratiques, et quand il est impliqué à tout niveau dans le déroulement de l'activité économique de l'investisseur il devra encourager et contribuer à la réalisation des études d'impact et de l'inclusion des dispositions sur la due diligence en matière de droit de l'homme dans les contrats.

On entend soutenir que cette prévision créerait au niveau factuel une situation similaire à ce qui arrive avec les études d'impact environnementaux après l'adoption de la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontalier. En effet, cette Convention pose, pour ces activités qui par nature risquent plus facilement d'avoir des répercussions

---

<sup>251</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 6.4, « State Parties shall ensure that human rights due diligence measures undertaken by business enterprises shall include :

a. Undertaking and publishing regular human rights, labour rights, environmental and climate change impact assessments throughout their operations;

[...]

c. Conducting meaningful consultations with individuals or communities whose human rights can potentially be affected by business activities, and with other relevant stakeholders, including trade unions, while giving special attention to those facing heightened risks of business-related human rights abuses, such as women, children, persons with disabilities, indigenous people, people of African descent, older persons, migrants, refugees, internally displaced persons and protected populations under occupation or conflict areas;

[...]

f. Integrating human rights due diligence requirements in contracts regarding their business relationships and making provision for capacity building or financial contributions, as appropriate; [...] »

sur l'environnement, l'obligation pour l'investisseur de mener une étude d'impact environnemental avant de commencer le projet, étude qui sera évaluée et validée par l'État au moment de la délivrance de la concession.<sup>252</sup> On est en effet face à des activités qui requièrent des autorisations publiques particulières, comme des raffineries de pétrole ou des centrales thermiques.<sup>253</sup>

Or, pour les droits de l'homme la question doit être traitée de façon différente, avec notamment des aménagement en relation au type d'activité menée, mais on croit possible interpréter cette disposition comme exigeant de la part d'un investisseur étranger qu'il donne une dimension sociale à son investissement à compter de la phase de mise en place de celui-ci, pour garantir que les droits de l'homme et leur respect trouvent une place aussi dans une matière comme le droit de l'investissement, dont l'objet principal reste la protection de l'investisseur étranger.

## *§2. Les effets de la disposition de l'article 6.4 pour le contentieux arbitral*

A la lumière de ce qui précède, on pourrait effectivement avoir des conséquences aussi au niveau du contentieux arbitral. En effet, si les études d'impact s'insèrent dans le cadre de la prévention des atteintes aux droits de l'homme par les investisseurs étrangers, dès lors qu'elles ont été conclues on retrouverait les enjeux qu'on a examiné dans la Partie I concernant les attentes légitimes de l'investisseur et l'expropriation, en ce que l'investisseur ne saurait ignorer les instances dérivant des droits de l'homme face aux comportements de l'État.

De plus, dès lors que la disposition en examen soit effective dans un pays et que un investisseur étranger, peu importe la nature de l'activité économique qu'il exerce, ne mène pas des études d'impact sur les droits de l'homme avec les caractéristiques requises par l'article 6.4 du traité, si après il saisit un tribunal arbitral sur la base d'un comportement de l'État que celui-ci a pris en conformité aux exigences dérivantes des droits de l'homme, l'État à ce point-là, étant donné qu'il ait effectivement mise en œuvre les politiques nécessaires à garantir la réalisation de telles études d'impact, pourra non seulement argumenter dans le fond en niant le fait d'avoir effectivement violé les droits de l'investisseur, mais intervenir aussi au niveau de la compétence même du tribunal, en ce qu'il pourrait soutenir que l'investissement en cause ne contribue pas véritablement au développement économique de l'État d'accueil, vu que, comme on a déjà affirmé, on a désormais dépassé la notion purement quantitative de développement économique, et que la compatibilité de l'investissement avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine peut bien constituer

---

<sup>252</sup> Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Conclue à Espoo le 25 février 1991, voir [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch\\_XXVII\\_04p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch_XXVII_04p.pdf)

<sup>253</sup> Ibidem, Appendice I

une composante du *test Salini*<sup>254</sup> ; l'investisseur n'aurait donc pas de titres valables pour saisir le tribunal, en suivant ce qui soutient Alain Pellet dans son analyse du quatrième critère de la définition de l'investissement au titre de l'article 25(1) de la Convention CIRDI.<sup>255</sup> On aurait donc une avancée au niveau de la légalité de l'investissement, qui se lie à ce qui a été déjà affirmé dans la Section précédente<sup>256</sup>, même si ici on se situe au moment de l'établissement d'un investissement particulier, alors qu'en précédence l'attention était sur la définition du cadre législatif qui se situe en amont, au moment de la conclusion des accords internationaux d'investissement.

Finalement, la meilleure façon d'implémenter une obligation comme celle en examen serait de concrétiser l'*audit* des droits de l'homme que Bruno Simma a proposé comme solution pour que le droit international des droits de l'homme trouve une place dans l'arbitrage d'investissement.<sup>257</sup> Il soutient effectivement la mise en place d'un *audit* qui aurait les mêmes objectifs d'une étude d'impact sur les droits de l'homme, en ce qu'il s'agirait de développer une analyse légale des politiques et des pouvoirs de réglementation de l'État d'accueil dans son cadre constitutionnel et de déterminer la portée et les limitations de cette intervention, y compris en encadrant les engagements spécifiques de l'État de s'abstenir de réglementer une activité économique particulière. L'*audit* serait un engagement partagé de l'État d'accueil et de l'investisseur, pour faire face aux engagements de l'État spécialement dans le champ des droits économiques et sociaux de troisième génération et pour permettre à l'investisseur d'accéder aux rapports périodiques de l'État sur ces questions non-économiques, à travers une analyse des normes avec une dimension temporelle qui contienne un suivi des politiques et la prise en compte des possibles modifications du cadre normatif.

De cette façon, on aurait d'un côté l'inclusion de la perspective de l'État d'accueil en ce qui concerne les obligations internationales en matière des droits de l'homme comme partie du droit applicable aux relations avec l'investisseur étranger, de l'autre côté une meilleure définition des attentes légitimes de l'investisseur à l'avance, de manière que les arbitres n'aient pas une marge de discrétion excessive au moment du contentieux. Ce niveau de coopération au niveau contractuel intra-étatique serait, selon Simma, la meilleure garantie de la protection de l'investisseur en conformité aux engagements internationaux de l'État d'accueil, en ce qui finalement elle représenterait une

---

<sup>254</sup> *Salini Costruttori Spa c. Maroc*, ICSID case n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001

<sup>255</sup> Alain PELLET, « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE et Jorge E. VINALES dir., Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 768

<sup>256</sup> Voir *supra*

<sup>257</sup> Bruno SIMMA, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ? », *International and Comparative Law Quarterly*, volume 60, issue 3, juillet 2011, p. 594

alternative, une solution ex ante qui aurait une meilleure prise en compte du cadre général par rapport aux approches purement monétaires et compensatoire du ISDS<sup>258</sup>.

En effet, l'article 6.4 contient aussi une disposition qui vise au suivi de cette insertion des droits de l'homme dans la gestion et l'orientation de l'activité économique, qui finalement réaliserait un développement économique qu'on pourrait à juste titre définir durable, en ce qu'on lit que les entreprises doivent aussi rendre compte publiquement et périodiquement des questions non-économiques, y compris en fournissant des informations sur l'organisation sociétale et sur les mesures, risques, issues et indicateurs qui concernent les standards en matière de droits de l'homme, santé, environnement et changement climatique tout au long de leurs opérations économiques.<sup>259</sup>

Cependant, il reste que le projet d'instrument juridiquement contraignant n'impose pas des obligations directement aux investisseurs, il reste dans l'approche classique du droit international en interposant toujours les obligations des États qu'au moins doivent garantir ou surveiller l'effectivité de la mise en œuvre de telles obligations. En effet, comme on a dit, le OEIGWG a jugé que l'état actuel du droit international ne permettait pas la reconnaissance des personnes privées en tant que sujets du droit international, auxquels il serait alors possible d'imposer des obligations sur le plan international. A cet égard, on pourrait répondre aux arguments qu'on vient d'exposer en disant que finalement ces obligations dérivent du droit national et non international.

Il y a lieu alors d'analyser les énoncés du projet de traité où ils ressortent des références utiles au discours sur les obligations de l'investisseur, pour considérer cet enjeu à la lumière des résultats de l'exposition faite à ce sujet dans la partie I et évaluer la contribution effective en ce sens de cet instrument.

## Section 2 – La source effective des obligations de l'investisseur en matière de droits de l'homme résultants du projet de traité

Dans la section précédente, on a en réalité déjà ouvert au discours sur les obligations de l'investisseur qui pourraient découler du projet d'instrument juridiquement contraignant. En effet, on a argumenté que l'enjeu des études d'impact sur les droits de l'homme finirait pour représenter une

---

<sup>258</sup> Ibidem, p. 596

<sup>259</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », article 6.4.e, « Reporting publicly and periodically on non-financial matters, including information about group structures and suppliers as well as policies, risks, outcomes and indicators concerning human rights, health, environment and climate change standards throughout their operations, including on their business relationships; »



véritable obligation pour les investisseurs étrangers, qui pourrait avoir des répercussions directes sur les appréciations des tribunaux arbitraux. Cette conclusion est justifiée, à notre avis, en raison de la nature d'obligation de résultat qui aurait une disposition telle que celle de l'article 6.4.a du projet de traité.<sup>260</sup>

Il convient maintenant de prendre en considération l'article 6 du projet de traité de façon plus globale, ainsi que les autres références aux obligations des investisseurs contenues dans le troisième projet révisé.

### *§1. Les obligations des opérateurs économiques dans le préambule du projet de traité*

Or, premièrement il est intéressant d'analyser certains principes rappelés dans le préambule du projet d'instrument juridiquement contraignant. A cet égard, on estime que cette analyse est utile parce que d'un côté, à la lumière de ce qu'on a pu évaluer, le futur traité représenterait un texte pertinent dans le contexte d'un contentieux arbitral selon la règle de l'article 31, §3 (c) de la CVDT, qui pourrait donc guider l'appréciation du tribunal dans l'interprétation du droit applicable, de l'autre, selon la règle de l'article 31, § 2 de la même Convention<sup>261</sup>, la portée effective de ce traité ne peut être déterminé sans prendre en compte le contexte juridique de celui-ci, dont le préambule est un élément essentiel.

En effet, le préambule du projet de traité semble aller très loin en matière de reconnaissance des obligations des opérateurs économiques en matière de droits de l'homme, en ce que, après avoir affirmé que l'obligation de respecter et mettre en œuvre les droits de l'homme pèse principalement sur les États, qui doivent entre autres prévenir les violations commises par les entreprises commerciales dans leur territoire, compétence ou contrôle<sup>262</sup>, on y trouve une déclaration explicite que les entreprises commerciales ont l'obligation de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, y compris en s'abstenant de contribuer à provoquer des violations de ces droits à travers leur activité et en prévenant ou atténuant les violations des droits de l'homme qui sont en relation avec leurs activités économiques.<sup>263</sup>

Le préambule donc d'un côté reprend les modalités classiques du droit international général, en soulignant les obligations des États, de l'autre affirme l'existence d'une véritable obligation pour

---

<sup>260</sup> Voir *supra*

<sup>261</sup> Convention de Vienne sur le droit des traités, Faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, article 31, §2, voir [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)

<sup>262</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », préambule, PP7

<sup>263</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », préambule, PP11, déjà cité, voir note 243

les investisseurs de respect des droits de l'homme ; il s'agit, finalement, d'une obligation de due diligence, de comportement, qui toutefois semble être pacifiquement reconnue en l'état actuel du droit international. Dans le *corpus* du traité, effectivement, on retrouve cette dichotomie.

De plus, on pourrait affirmer que cette obligation est en quelque sorte une obligation commune des États et des opérateurs économiques, de façon similaire à celle de protection de l'intégrité de la Zone en droit international de la mer.<sup>264</sup> A cet égard, dans le préambule on lit soit que les entreprises commerciales ont la capacité de poursuivre un développement économique durable, qui respecte les droits de l'homme, du travail, la santé et la sécurité, l'environnement et le climat<sup>265</sup>, soit que les activités de entreprises ont un impact disproportionné sur les droits de l'homme liés à ces activités, de sorte qu'il y a la nécessité d'une perspective intégrée entre business et droits de l'homme pour que cette situation puisse être résolue<sup>266</sup>. Il apparaît donc que cette obligation<sup>267</sup> révèle la nécessité d'un effort partagée entre États, qui doivent établir le cadre juridique, et opérateurs économiques, qui doivent respecter et mettre en œuvre ce cadre.

L'existence d'obligations des investisseurs en matière de droits de l'homme est confirmée fermement par le dernier principe du préambule, selon lequel les États veulent clarifier et faciliter l'effective mise en œuvre des obligations des États en matière de violation des droits de l'homme dans le contexte commercial et des obligations des entreprises à cet égard.<sup>267</sup>

Cette affirmation est reprise dans l'article 2 du projet de traité, sur les objectifs de l'instrument juridiquement contraignant, en ce qu'ici il est affirmé que le traité vise à clarifier et garantir le respect et la mise en œuvre des obligations des entreprises commerciales en matière de droits de l'homme.<sup>268</sup>

## §2. *L'imposition indirecte des obligations à la charge de l'investisseur en matière des droits de l'homme*

Pour ce qui concerne le corpus du projet de traité, la disposition centrale est, comme on a déjà eu l'occasion d'affirmer, l'article 6, intitulé *Prévention*.

Dans cet article, le paragraphe 2 semble reprendre le contenu du PP11 sur le respect des droits de l'homme internationalement reconnus par les entreprises, toutefois, ici, on assiste à un changement de perspective non-négligeable : on lit, en effet, que les États doivent prendre des mesures légales et

---

<sup>264</sup> Voir *supra*

<sup>265</sup> « OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », préambule, PP10

<sup>266</sup> Ibidem, préambule, PP13

<sup>267</sup> Ibidem, préambule PP18

<sup>268</sup> Ibidem, article 2.1.b, déjà cité, voir note 217

politiques appropriées pour garantir que les entreprises commerciales, y comprises les entreprises transnationales et autres entreprises qui s'engagent dans des activités à caractère transnational, respectent les droits de l'homme internationalement reconnus et préviennent et atténuent les violations des droits de l'homme tout au long de leur activité commerciale.<sup>269</sup>

Le paragraphe suivant continue en statuant que à cette fin, les États doivent exiger que les entreprises commerciales assument un standard de diligence due en matière de droits de l'homme, notamment en identifiant les potentielles violations des droits de l'homme qui peuvent survenir pendant le déroulement de leur activité économique, en prenant des mesures pour éviter ces violations, en surveillant l'effectivité de ces mesures et en communiquant avec les parties intéressées, en particulier avec les individus touchés ou potentiellement touchés par ces violations.<sup>270</sup>

Force est de constater, à ce point, qui finalement le traité, s'il sera adopté, ne contiendra pas une véritable obligation directe, pour les opérateurs économiques et, pour ce qui nous intéresse, pour les investisseurs étrangers, on n'aura pas une pleine reconnaissance de la personnalité juridique internationale des personnes privées au niveau du droit international général. Les obligations des investisseurs qui peuvent résulter de l'analyse de ce texte resteraient donc en définitive des obligations qui dérivent du droit interne, l'action intermédiaire des États demeure indispensable.

A cet égard, au cours des discussions de la septième session de travail du OEIGWG il a été soutenu qu'une telle référence, qui finalement vise à faire en sorte que les États adoptent des lois sur la diligence due, à l'instar de la loi française de 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés

---

<sup>269</sup> Ibidem, article 6.2, « States Parties shall take appropriate legal and policy measures to ensure that business enterprises, including transnational corporations and other business enterprises that undertake activities of a transnational character, within their territory, jurisdiction, or otherwise under their control, respect internationally recognized human rights and prevent and mitigate human rights abuses throughout their business activities and relationships. »

<sup>270</sup> Ibidem, article 6.3, « For that purpose, State Parties shall require business enterprises to undertake human rights due diligence, proportionate to their size, risk of human rights abuse or the nature an context of their business activities and relationships, as follow:

- a. Identify, assess, and publish any actual or potential human rights abuses that may arise from their own business activities, or from their business relationships;
- b. Take appropriate measures to avoid, prevent, and mitigate effectively the identified actual or potential human rights abuses which the business enterprise causes or contributes to through its own activities, or through entities or activities which it controls or manages, and take reasonable and appropriate measures to prevent or mitigate abuses to which it is directly linked through its business relationships;
- c. Monitor the effectiveness of their measures to prevent and mitigate human rights abuses, including in their business activities;
- d. Communicate regularly and in an accessible manner to stakeholders, particularly to affected or potentially affected persons, to account for how they address through their policies and measures any actual or potential human rights abuses that may arise from their activities including in their business relationships. »

mères<sup>271</sup>, puisse avoir du sens dans le contexte du projet d'instrument juridiquement contraignant et pourrait au contraire faire obstacle à cette évolution.<sup>272</sup>

Toutefois, on estime que, même si on n'aura pas un effet immédiat au niveau du contentieux arbitral, une lecture globale de l'article 6, c'est-à-dire en considérant aussi le paragraphe 4 et notamment la lettre f<sup>273</sup>, qui vise à imposer aux investisseurs d'inclure dans les contrats commerciaux qu'ils vont conclure des dispositions de due diligence en matière des droits de l'homme, peut sans doute être interprété en ce qu'il représentera une contrainte, pour les États et les investisseurs étrangers, de conclure des accords internationaux d'investissement et des contrats d'investissement où soit réalisé un équilibre satisfaisant entre les droits et prétentions des investisseurs étrangers et l'exigence de respecter et mettre en œuvre les droits de l'homme internationalement reconnus.

On pourrait conclure, alors, que même si le projet d'instrument n'aura pas des effets révolutionnaires sur le régime juridique du droit international général, il aurait quand même une conséquence positive au niveau de la responsabilisation des investisseurs internationaux, en ce qu'il encouragera de façon active la tendance récente à l'inclusion, dans les accords internationaux d'investissements, des références aux droits de l'homme, en donnant un encadrement de la teneur et de la portée de cette inclusion, et qu'il représentera un cadre législatif contraignant en ce sens, une avancée par rapport à la situation actuelle où l'évolution de cette intégration des droits de l'homme est laissé à la volonté et à la sensibilité des États.

---

<sup>271</sup> Voir *supra*, note 83

<sup>272</sup> Voir l'*Annex with the compilation of comments and requests for clarifications from States*, disponible en ligne, <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>

<sup>273</sup> *Ibidem*, article 6.4.f, déjà cité, voir note 252

## **CONCLUSION**

L'objectif de ce mémoire a été d'analyser les méthodes à travers lesquelles les exigences liées au respect et à la mise en œuvre des droits de l'homme peuvent rentrer dans la perspective du contentieux arbitral d'investissement en tant que limites aux prétentions et aux droits accordés aux investisseurs étrangers. En effet, si actuellement cette intégration résulte insuffisante en vue de parvenir à un équilibre satisfaisant entre enjeux économiques et non économiques de l'investissement étranger, il est surtout à cause de la réticence des tribunaux arbitraux à réduire la protection des investisseurs étrangers, contrairement à ce que la sensibilité sociale contemporaine envers le développement durable souhaiterait.

On peut conclure, à la lumière de ce qu'on a argumenté jusqu'à ce point, que l'union de cette sensibilité accrue au niveau mondiale, qui est à l'origine de diverses avancées et notamment de la tendance à l'inclusion dans les accords internationaux d'investissement des dispositions en matière de droits de l'homme, avec le projet de traité onusien qui, nous l'espérons, sera bientôt adopté, créent un cadre bien favorable pour la réalisation de cette intégration, dont on a cherché de mettre en lumière les aspects les plus intéressants pour le contentieux arbitral d'investissement.

Il ne nous reste, en définitive, qu'à attendre que l'évolution qui semble être en cours en la matière aboutisse à des résultats concrets, qui permettent d'affirmer qu'un investisseur dont l'activité vise le simple développement économique, sans protéger les droits des individus qui se trouvent menacés par celui-ci et en général sans tenir en compte du contexte sociale, environnementale et humaine où cet investissement s'insère, ne mérite à son tour aucune protection.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT**

TBI entre Colombia et Espagne, 16 septembre 2021

TBI entre Japon et Géorgie, 29 janvier 2021

Trade and investment framework agreement between the government of the United States of America and the Government of the Republic of Fiji, 15 octobre 2020

TBI entre Hong Kong, China SAR et Mexico, 31 janvier 2020

TBI entre Japan et Morocco, 8 janvier 2020

TBI entre Brasil et Équateur, 25 septembre 2019

Economic Partnership Agreement entre les états du CARIFORUM et le Royaume Uni, 22 mars 2019

TBI entre Brasil et Émirats Arabes Unis, 15 mars 2019

TBI entre Belarus et Hongrie, 14 janvier 2019

TBI entre Nigeria et Morocco, 3 décembre 2016

TBI entre Argentina et Qatar, 6 novembre 2016

TBI entre France et Sénégal, 26 juillet 2007

TBI entre l'Autriche et Malte, 25 mai 2002

TBI entre El Salvador et Espagne, 14 février 1995

Traité sur la Charte de l'Énergie, 17 décembre 1994

TBI entre Russie et Finlande, 15 août 1991

TBI entre Suisse et Uruguay, 7 octobre 1988

TBI entre Royaume Uni et Chine, 15 mai 1986

---

Modèle de TBI de la Norvège, 2007

Modèle de TBI de la Norvège, 2015

Modèle de TBI de l'Inde, 2015

Modèle de TBI de l'Italie, 2021

Modèle de TBI des États-Unis, 2012

Code panafricain d'investissements, projet de décembre 2016

Modèle de TBI du Southern African Development Community de 2012

## **LOIS NATIONALES**

### Allemagne :

Loi régissant les devoirs de diligence des entreprises dans les chaînes d'approvisionnement, 11 juin 2021

### Australie :

Modern Slavery Act n° 153, 2018, voir <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>

### France :

Constitution française, 1958, article 55

Article 1442, Code de Procédure Civile, voir

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000023450909](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000023450909)

Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, voir <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626/>

### Italie :

Constitution italienne, 1948, article 10.1, voir <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/principi-fondamentali/articolo-10>

### Pays Bas :

Loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants, 14 mai 2019

### Royaume Uni :

Modern Slavery Act 2015, Part 6 – Transparency in supply chains, voir <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/part/6/enacted>

## **JURISPRUDENCE ARBITRALE**

*Alvarez y Martin Corporación et al. c. Republic of Panama*, ICSID Case ARB/15/14, sentence du 12 septembre 2018

*Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case N° ARB/81/1, sentence du 20 novembre 1984

*Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case N° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990

*Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investment Centre et le Gouvernement du Ghana* (CNUDCI), sentence du 27 octobre 1989

*Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. United Republic of Tanzania*, ICSID Case n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008

*Channel Tunnel et France-Manche c. Royaume Uni et France*, affaire CPA n° 2003-06, sentence partielle du 30 janvier 2008

*CMS Gas c. Argentina*, ICSID Case n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005

*Desert Line c. Yémen*, affaire CIRDI n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008

*Eco Oro Minerals Corp. contre Republic of Colombia*, ICSID Case N° ARB/16/41, sentence du 9 septembre 2021

*El Paso Energy International Company c. Argentine*, ICSID case n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011

*Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Republic of Philippines*, ICSID Case n° ARB/03/25, sentence du 16 août 2007

*Grand River Enterprises Six-Nations, Ltd. et al. c. The United States of America*, NAFTA-UNCITRAL, sentence du 12 janvier 2011

*Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006

*Ioan Micula, Viorel Micula, S.C., European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], ICSID Case n° ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 septembre 2008

*Malicorp Limited c. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n° ARB/08/18

*MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. v. République du Chili*, ICSID Case n° ARB/01/7, Sentence du 25 mai 2004

*Phoenix Action Ltd c. République Tchèque*, ICSID Case n° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009

*Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. c. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case n° ARB/10/7, Sentence du 8 juillet 2016

*Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008

*Renta 4 S.V.S.A. et al. c. Russie*, SCC Case n° 24/2007, sentence du 20 juillet 2012,

*Saba Fakes c. Turquie*, ICSID Case n° ARB/07/20, sentence du 14 juillet 2010



*Salini Costruttori Spa c. Maroc*, ICSID case n° ARB/00/4, décision sur la compétence du 23 juillet 2001

*Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, sentence partielle, 17 mars 2006,

*SAUR International S.A. c. Republic of Argentina*, ICSID Case n° ARB/04/4, Décision sur la compétence et sur la responsabilité du 6 juin 2012

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case N° ARB/84/3, sentence du 20 mai 1990

*Suez et al. C. République argentine*, ICSID case n. ARB/03/17, Decision on liability du 30 juillet 2010

*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. C. États-Unis mexicains*, ICSID case n° (AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003

*Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Argentina*, ICSID Case n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016

*Vacuum Salt c. Ghana*, ICSID case ARB/92/1, sentence du 16 février 1994

*Vladislav Kim and others c. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case n° ARB/13/6, décision sur la compétence du 8 mars 2017

*World Duty Free Company Limited c. The Republic of Kenya*, ICSID Case n° ARB/00/7, sentence du 4 octobre 2006

## **JURISPRUDENCE INTERNATIONALE**

CIJ, arrêt du 27 février 2007, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*

CIJ, arrêt su 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête 2002) – République démocratique du Congo c. Rwanda*

CIJ, sentence du 6 novembre 2003, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*

Cour IADH, *Aloeboetoe y otros c. Surinam*, (Fonds), jugement du 4 décembre 1991

TPY, *Le procureur c. Anto Furundzija*, Chambre de première instance II, IT-95-17/1.-T, 10 décembre 1998

## DOCUMENTS ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, UN doc. A/CN.4/L.482

« UN Code of Conduct for Transnational Corporations », dernière version : UN Doc. E/1990/94 du 12 juin 1990

Adoptées le 13 août 2003, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme au sein de la Commission des droits de l'homme, Cinquante-cinquième session, « Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights », E/CN/Sub.2/2003/12/Rev.2 of 26 Août 2003

Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy Framework, HR/PUB/11/74, 2011 Nations Unies

Conseil des droits de l'homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence protéger, respecter et réparer des Nations unies*, A/HRC/17/31/2011

Statement on behalf of a Group of Countries at the 24<sup>th</sup> Session of the Human Rights Council, General Debate – Item 3 “Transnational Corporations and Human Rights”, Geneva, September 2013, « We deliver this statement on behalf of the African Group, the Arab Group, Pakistan, Sri Lanka, Kyrgyzstan, Cuba, Nicaragua, Bolivia, Venezuela Peru and Ecuador ». Voir <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf>

Résolution 26/9 du 14 juillet 2014, Conseil des droits de l'homme. 26<sup>ème</sup> session, voir <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/53/PDF/G1408253.pdf?OpenElement> ; résolution adoptée par 20 voix contre 14, avec 13 abstentions

Rapport de la première session du groupe de travail intergouvernemental à composition limitée, qui s'est tenue du 6 au 10 juillet 2015, conformément au programme de travail annuel du Conseil des droits de l'homme, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/23/PDF/G1601823.pdf?OpenElement>

OHCHR, « Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights », paragraphe 51, voir <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/000/38/PDF/G1900038.pdf?OpenElement>

« OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft 17.08.2021, Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises », voir <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>

*Annex with the compilation of the general statements from States and other relevant stakeholders, Annex with the compilation of comments and requests for clarifications from States, Compilation of comments, requests for clarification and concrete textual proposals made by non-State stakeholders*, <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>

<https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/session7>, « History of the Process »

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ONU, 16 décembre 1966, article 2.1, disponible en ligne <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ONU, 16 décembre 1966, article 5, disponible en ligne <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

« General Comment No 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights in the context of business activities », Committee in Economic, Social and Cultural Rights, 10 août 2017, voir <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMOUuG4TpS9jwIhCJcXiuZ1yrkMD%2FSj8YF%2BSXo4mYx7Y%2F3L3zvM2zSUbw6ujlnCawQrJx3hIK8Odk6DUwG3Y>

The Ten Principles of the UN Global Compact, voir <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>

Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, « Principes directeurs applicables aux études de l'impact des accords de commerce et d'investissement sur les droits de l'homme », A/HRC/19/50/Add.5, 19 décembre 2011, § 1.1

*Human rights, trade and investment*, Report of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 juillet 2003

« Human Rights Impact Assessment : A Review of the Literature, Differences with other forms of Assessments and Relevance for Development, World Bank » février 2013, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/834611524474505865/pdf/125557-WP-PUBLIC-HRIA-Web.pdf>

Commission européenne des droits de l'homme, Décision n° 235/56, 10 juin 1958, Yearbook 2, p. 300

« Human Rights Impact Assessments for Trade and Investment Agreements, Report of the Expert Seminar », 23 et 24 juin 2010, Genève, voir [https://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/report\\_hria-seminar\\_2010.pdf](https://www2.ohchr.org/english/issues/food/docs/report_hria-seminar_2010.pdf)

Convention de Vienne sur le droit des traités, Faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, voir [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf)

Commission du droit international, « Final report of the Study Group on Fragmentation of International Law : Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law », paragraphe 420, UN Doc A/CN.4/L.682 (13 April 2006)

Convention des Nations unies sur le droit de la mer, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, articles 136 à 140, voir [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_f.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf)

Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, Conclue à Espoo le 25 février 1991, voir [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch\\_XXVII\\_04p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1991/02/19910225%2008-29%20PM/Ch_XXVII_04p.pdf)

OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2011, voir <https://doi.org/10.1787/9789264115439-fr>

Étude menée en 2014 par l'OCDE, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jz0xvqx1zlt-en.pdf?expires=1654182462&id=id&acname=guest&checksum=072EE536FC6DC9EB92BD963894ED7E04>

OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5<sup>ème</sup> édition (mars 2017), voir [https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS\\_124923/lang--fr/index.htm](https://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124923/lang--fr/index.htm)

Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi, Conférence internationale du Travail, 86<sup>ème</sup> Session, Genève, 18 juin 1998, voir <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--fr/index.htm>

ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, voir <https://www.iso.org/fr/publication/PUB100258.html>

Convention CIRDI,  
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>

Clauses Modèles du CIRDI,  
<http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/model-clauses-fra/main-fra.htm>

## **OUVRAGES ET MANUELS**

Olivier CORTEN et Pierre KLEIN, « The Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary », vol 1. Oxford, OUP, 2011

Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020

Jean-Pierre LAVIEC, « Définition des investissements étrangers », in *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Genève, Graduate Institute Publications, 1985

Marie-Laure NIBOYET, Géraud DE GEOUIFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2020

Tennessee SOUDAIN, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme », Université de Strasbourg, Thèse de 2018

## CHAPITRES ET CONTRIBUTIONS

Walid BEN HAMIDA, « Rapport introductif », in *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse*, Walid BEN HAMIDA et Frédérique COULÉE dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2017

Ludovica CHIUSI, « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement ? », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

Olivia DANIC, « Droit international des investissements, droits de l'homme, droit de l'environnement », in *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Charles LEBEN dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2015

Philippe DE BOURNOVILLE, « Au sujet des demandes incidentes en matière d'arbitrage », in *L'arbitrage : travaux offerts au professeur Albert Fettweis*, L. Matray dir., E- Story-Scientia, Université de Liège, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, 1989

Eric DE BRABANDERE, « Human rights and international investment law », in *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Markus KRAJEWSKI et Rhea T. HOFFMANN dir., Edward Elgar Publishing, 2019

Arnaud DE NANTEUIL, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violations des droits de l'homme : perspectives et limites », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

Pierre Marie DUPUY, « Unification rather than Fragmentation of International Law ? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, P.-M. DUPUY, F. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN dir., Oxford, OUP, 2009,

Pierre-Marie DUPUY et Jorge E. VINALES, « Human Rights and Investment Disciplines : Integration in Process » in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A., REINISCH eds., *International Investment Law*, Baden Baden Nomos, 2012

James HARRISON, « Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions », in *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, P.-M. DUPUY, F. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN dir., Oxford, OUP, 2009

Philippe KHAN, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Ferhat HORCHANI dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2006

Ursula KRIEBAUM, « Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights », in *The law of international relations – Liber amicorum HansPeter Neuhold* (A. REINISCH et U. KRIEBAUM dir.), Eleven International Publishing, 2007

Lahra LIBERTI, « Investissements et droits de l'homme », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux – New Aspects of International Investment Law*, Philip KHAN dir. Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

Makane Moïse MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, S.F.D.I., Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis, Paris, Éditions A. Pedone, 2017

Alex MILLS, « Balancing different interests », in *The Foundations of International Investment Law : Bringing Theory into Practice* (Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN et J.E. VINALES dir.), Oxford, OUP, 2014

Francisco PASCUAL-VIVES, « Investissements étrangers et protection des intérêts publics », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

Alain PELLET, « Notes sur la fragmentation du droit international : droit des investissements internationaux et droits de l'homme », in *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Denis ALLAND, Vincent CHETAIL, Olivier DE FROUVILLE et Jorge E. VINALES dir., Leiden et Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014

Helene RASPAIL, « Due diligence et droits de l'homme », in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, S.F.D.I. Journée d'études franco-italienne du Mans, Sara CASSELLA dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2018

Eibe RIEDEL, Gilles GIACCA et Christophe GOLAY, « The development of Economic, Social and Cultural Rights in International Law », in *Economic, Social and Cultural Rights in International Law : Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, OUP, 2014

Sabrina ROBERT-CUENDET, « Spécificité et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in *Droit des Investissements Internationaux, Perspectives croisées*, Sabrina ROBERT-CUENDET dir., Bruxelles, Éditions Bruylant, 2017

Sabrina ROBERT-CUENDET, « Convergences et divergences entre droits de l'homme et droits des investisseurs – analyse sous l'angle du contrôle exercé par le juge européen et les arbitres internationaux », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

Mahmoud Mohamed SALAH, « L'encadrement inégal des activités des agents économiques transnationaux par le droit international des droits de l'homme », in *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international, mythe ou réalité ?* Paris, L.G.D.J., Lextenso éditions, 2012

Christoph H. SCHREUER, « The Future of Investment Arbitration », in *Looking at the Future – Essays on International Law in honour of W. M. Reisman*, M. H. ARSANJANI, J.K. COGAN, R.D. SLOANE, S. WIESSNER dir., Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011

Bruno SIMMA et Theodore KILL, « Harmonising Investment Protection and International Human Rights : First Steps Towards a Methodology », in *International Investment Law for the 21st Century : essays in honour of Christoph Schreuer*, Christina BINDER, Ursula KRIEBAUM, August REINISCH et Stephan WITTICH dir., Oxford, 2009

Jean-Marc SOREL, « Le destin des normes internationales dans le droit interne : perspectives européennes », in *XXIV Curso de Derecho Internacional*, Rio de Janeiro, 1997, Secretaria General de la OEA, Washington DC, 1998

Gisèle STEPHENS-CHU et Daniel MÜLLER, « Droits et obligations issus du droit de l'investissement et des droits de l'homme : entre exclusivité et harmonisation », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

Éric TEYNIER et Arianna RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement », in *Droit de l'homme et droit international économique*, Catherine TITI dir., Paris, Bruylant, 2019

Sébastien TOUZÉ, « Ouverture », in *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme, une approche contentieuse*, Walid BEN HAMIDA et Frédérique COULÉE dir., Paris, Éditions A. Pedone, 2017

## ARTICLES DE DOCTRINE ET DE PRESSE

Walid BEN HAMIDA, Case Comment – « SAUR International c. République argentine : Droit national, droit international et droits de l'homme : l'histoire d'un ménage à trois », *ICSID Review*, Volume 28, n° 2 (2013)

Ludovica CHIUSI, « The Role of International Investment Law in the Business and Human Rights Legal Process », *International Community Law Review* 21 (2019) 35-55, Leiden, Brill, 2019, p. 42

Eric DE BRABANDERE, « Human Rights Obligations and Transnational Corporations: The Limits of Direct Corporate Responsibility » in *Human Rights and International Legal Discourse*, Volume 4, n° 1, 2010

Diane DESIERTO, « The ICESCR as a Legal Constraint on State Regulation of Business, Trade and Investment : Notes from CESCR General Comment N° 24 (août 2017) », *EJIL Talk*, 13 septembre 2017

Nicholas J. DIAMOND, « 2019 in Review : International Investment Agreements and Human Rights », in *Kluwer Arbitration Blog*, 8 février 2020

Anne DUTHILLEUL et Matthias DE JUVENEL, « Évaluation de la mise en œuvre de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Rapport officiel*, Ministère de l'économie et des finances, 2020

Emmanuel GAILLARD et Yas BANIFATEMI, « The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention : the Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Volume 18, Issue 2, 2003

Roberta GRECO, « The Draft Treaty on Business and Human Rights : What way forward for greater consistency between human rights and investment agreements ? » in *How can a treaty on business and human rights fit with international law ? Assessing the development of international rules on corporate accountability*, *Questions of International Law*, 31 juillet 2021

James HARRISON, « Measuring human rights : reflections on the practice of human rights impact assessment and lessons for the future », *Warwick School of Law Research Paper* n° 2010/26

Carolyn F. HILLEMANN, « UN Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with regard to Human Rights », *German Law Journal*, volume 4 n° 10, 2003, p. 1066

Patrick JACOB et Franck LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général (2012) », in *Annuaire français de droit international*, volume 58, 2012, p. 648

Sierra JIMENA « Is the Arbitral Award in the *Eco Oro v. Colombia* Dispute ‘Bad Law’ ? », 11 novembre 2021, [AfronomicsLaw.org](http://AfronomicsLaw.org)

Riddhi Dhananjay JOSHI and Shashikala GURPUR, « The silent spring of Human Rights in Investment Arbitration: *Jurisprudence Constante* through Case-Law Trajectory », in *Arbitration International*, Volume 36, Issue 4, 2020

Claude KIRONGOZI ICHALANGA, « Le ius cogens et les droits de l’homme », *Annales de la Faculté de Droit de l’Université de Kinshasa*, 2019

Awalou OUEDRAOGO, « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *revue générale de droit*, volume 42, n° 2, 2012

Panayotis M. PROTOPSALTIS, « Compliance with the Laws of the Host Country in Bilateral Investment Treaties », *Transnational Dispute Management*, volume 12, issue 6, 1875-4120, Novembre 2015, p. 16

John G. RUGGIE, « A UN Business and Human Rights Treaty? An issue Brief by John G. Ruggie », Harvard Kennedy School, 28 janvier 2014

Bruno SIMMA, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ? », *International and Comparative Law Quarterly*, volume 60, issue 3, juillet 2011

Eva VAN DER ZEE, « Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law ? », in *Legal Issues of Economic Integration*, Volume 40, Issue 1, Wolters Kluwer Éditions

Niccolo ZUGLIANI, « Human rights in international investment law : the 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty », *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, 68(3)



## TABLES DES MATIÈRES

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>3</b>
<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>5</b>
<b>LISTE DES ABBREVIATIONS.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>9</b>
<b>I. LE RAPPROCHEMENT ENTRE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS ET DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L’HOMME .....</b>	<b>9</b>
<i>A. Les possibles interactions entre les deux branches du droit international .....</i>	<i>10</i>
<i>B. La pratique récente de l’incorporation des droits de l’homme dans les AII.....</i>	<i>13</i>
<b>II. LE PROJET DE TRAITE ONU SIEN SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET LES DROITS DE L’HOMME : PROPOSITION D’ÉTUDE .....</b>	<b>18</b>
<i>A. La nécessité croissante d’un instrument juridiquement contraignant pour les entreprises en matière de droits de l’homme .....</i>	<i>19</i>
<i>B. Délimitation du sujet et problématique du mémoire.....</i>	<i>26</i>
<b>PARTIE I : LES DROITS DE L’HOMME COMME LIMITE AUX DROITS DES INVESTISSEURS EN DROIT INTERANTIONAL DES INVESTISSEMENTS .....</b>	<b>31</b>
<b>CHAPITRE I – LE RÔLE DE CERTAINES CLAUSES DES AII DANS LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L’HOMME DANS L’ARBITRAGE D’INVESTISSEMENTS .....</b>	<b>32</b>
<i>Section 1 – La clause de droit applicable et les enjeux liés à l’intégration systémique des normes en matière de droits de l’homme.....</i>	<i>32</i>
§1. L’étendue de l’ouverture du contentieux arbitral aux droits de l’homme par la clause de droit applicable .....	33
§2. Le fonctionnement de l’intégration systémique en matière de droits de l’homme .....	36
<i>Section 2 – La clause de conformité au droit national de l’État d’accueil et les incidences au niveau des droits de l’homme .....</i>	<i>39</i>
§1. La question du contrôle du respect de la clause de conformité au droit national par les tribunaux arbitraux .....	40
§2. L’utilisation de la clause de conformité au droit national en matière de droits de l’homme.....	43
<b>CHAPITRE II – DES POINTS D’ENTRÉE ULTÉRIEURS DES DROITS DE L’HOMME DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS POUR UN MEILLEUR ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS CONFLICTUELS .....</b>	<b>46</b>
<i>Section 1 – Les études d’impact sur les droits de l’homme et l’encadrement ex ante de l’activité économique des investisseurs .....</i>	<i>47</i>
§1. Les études d’impact sur les droits de l’homme en droit international des investissements .....	47
§2. Les effets des études d’impact sur les droits de l’homme au niveau du contentieux arbitral .....	50
<i>Section 2 – Un état de lieux sur les obligations de l’investisseur étranger en matière de droits de l’homme .....</i>	<i>53</i>
§1. L’absence d’obligations des investisseurs étrangers en droit international général .....	54
§2. Un début d’encadrement juridique des obligations de l’investisseur en droit international des investissements.....	56
<b>CONCLUSION PROVISOIRE .....</b>	<b>60</b>

<b>PARTIE II : LES INCIDENCES DU PROJET DE TRAITÉ ONUSIEN SUR LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET LES DROITS DE L’HOMME AU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS .....</b>	<b>61</b>
<b>CHAPITRE I – LA PORTEE RENOUVELEE DE CERTAINES CLAUSES DES AII A LA LUMIERE DU PROJET DE TRAITE .....</b>	<b>62</b>
<i>Section 1 – L’interprétation systémique des normes en matière de droits de l’homme conformément au projet de traité .....</i>	<i>63</i>
§1. Les relations du futur traité avec la loi applicable dans le contentieux arbitral .....	63
§2. Une nouvelle étendue de l’intégration systémique en matière de droits de l’homme .....	65
<i>Section 2 – Les incidences du projet de traité dans le discours sur la conformité de l’investissement au droit national de l’État d’accueil .....</i>	<i>69</i>
§1. Les avancées à l’égard des accords existants.....	69
§2. La conformité au droit national pour les accords conclus après l’entrée en vigueur du traité.....	71
<b>CHAPITRE II – LES AVANCEES DE L’INTEGRATION DES DROITS DE L’HOMME DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS APORTEES PAR LE PROJET DE TRAITE.....</b>	<b>75</b>
<i>Section 1 – Une obligation matérielle de conclusion des études d’impact sur les droits de l’homme .....</i>	<i>76</i>
§1. La teneur de l’obligation de conclusion des études d’impact sur les droits de l’homme dans le projet de traité.....	76
§2. Les effets de la disposition de l’article 6.4 pour le contentieux arbitral .....	78
<i>Section 2 – La source effective des obligations de l’investisseur en matière de droits de l’homme résultants du projet de traité.....</i>	<i>80</i>
§1. Les obligations des opérateurs économiques dans le préambule du projet de traité .....	81
§2. L’imposition indirecte des obligations à la charge de l’investisseur en matière des droits de l’homme.....	82
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>85</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>86</b>
<b>TABLES DES MATIÈRES.....</b>	<b>97</b>