
L'arbitrage d'investissement et les droits de l'homme : regards croisés sur les incursions des droits fondamentaux dans le contentieux arbitral investisseur-État

Auteur : Mesdom, Lucas

Promoteur(s) : Caprasse, Olivier

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/14699>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**L'arbitrage d'investissement et les droits de l'homme :
regards croisés sur les incursions des droits fondamentaux
dans le contentieux arbitral investisseur-État**

Lucas MESDOM

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit économique et social

Année académique 2021-2022

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur

RESUME

Le présent travail a pour objet d'étudier l'arbitrage d'investissement à travers le prisme des droits de l'homme. En guise d'approche générale, la première partie tâchera de poser le socle des éléments strictement essentiels pour la compréhension des développements ultérieurs, à savoir quelques notions à propos de l'arbitrage d'investissement, des droits de l'homme et de leurs interactions communes. Ensuite, nous allons porter notre attention sur les principaux arguments relatifs aux droits fondamentaux développés, d'une part, par l'investisseur étranger et d'autre part, par l'État d'accueil. Cette deuxième partie évoquera également d'autres sujets propres à chacun de ces deux acteurs, tels que la responsabilisation des investisseurs étrangers ou encore la pratique des demandes reconventionnelles chez l'État hôte. Enfin, cette partie se conclura par une présentation d'un « nouvel » acteur : *l'amicus curiae*. La dernière partie de ce travail sera consacrée à une approche prospective – en amont et en aval – visant une meilleure appréhension des droits de l'homme lors d'un contentieux arbitral de tout type.

TABLE DES MATIERES

I.-	INTRODUCTION	5
II.-	APPROCHE GENERALE.....	6
A.-	L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT.....	6
1)	<i>Investisseur étranger contre État hôte.....</i>	6
2)	<i>De la clause compromissoire au consentement dissocié.....</i>	7
3)	<i>La notion d'investissement.....</i>	8
B.-	LES DROITS DE L'HOMME.....	9
C.-	L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET LES DROITS DE L'HOMME	10
III.-	LES PRETENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL	
	D'INVESTISSEMENT	12
A.-	D'UNE JURISPRUDENCE EN FAVEUR DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS VERS UNE RÉGULATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE ...	12
B.-	LES INVESTISSEURS ÉTRANGERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE.....	13
1)	<i>Une clé de fonctionnement pour l'État hôte</i>	13
2)	<i>Une protection initiale envers l'arbitraire et les discriminations de l'État d'accueil</i>	14
a)	Le droit de propriété.....	14
b)	La non-discrimination	18
c)	Le traitement juste et équitable	20
3)	<i>Contre des actes étatiques nuisibles, parfois au détriment d'autres intérêts humains</i>	24
4)	<i>La responsabilité des investisseurs – une audace restée à l'état de repère</i>	24
5)	<i>Concilier « droit » et « devoir »</i>	26
C.-	LES ÉTATS D'ACCUEIL DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE	28
1)	<i>La crainte d'une abdication des pouvoirs régaliens</i>	28
2)	<i>Un rôle de défenderesse et la possibilité de demandes reconventionnelles</i>	29
3)	<i>De quelques illustrations démontrant l'argumentation mise en œuvre par les États-hôtes lorsqu'une question relative aux droits de l'homme est en jeu</i>	32
a)	Le droit à l'eau	32
b)	La santé publique et le développement durable	34
D.-	LA RECONNAISSANCE DE L'INTERVENTION DES TIERS EN QUALITÉ D'AMICUS CURIAE	35
1)	<i>Une (r)évolution pragmatique</i>	35
2)	<i>Entre inconstance et réticence</i>	38
IV.-	ÉTUDE PROSPECTIVE POUR AMÉLIORER LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME	41
A.-	EN AMONT : LA RÉDACTION DES TRAITÉS – UNE FENÊTRE D'OPPORTUNITÉ.....	41
B.-	EN AVAL : UNE STRUCTURE CENTRALISÉE ET LA COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL	44
V.-	CONCLUSION	46

I.- INTRODUCTION

Aujourd'hui plus que jamais, les droits de l'homme rythment notre quotidien et l'arbitrage d'investissement, bien qu'étant un domaine plus que spécifique, n'a pas échappé à cette règle. En effet, avec une régularité croissante, les tribunaux arbitraux ont été amenés à étudier des revendications liées aux droits fondamentaux, à tel point que la dichotomie présentée autrefois entre ces deux domaines est désormais révolue.

À l'heure de l'hyper-mondialisation et de l'intensification constante des flux commerciaux et d'investissements, le droit et ses acteurs ne peuvent plus se permettre d'éluder ces questions essentielles. Depuis les premiers traités d'investissement jusqu'à ceux de dernière génération, les conceptions n'ont eu de cesse d'évoluer, passant d'une protection exclusive de l'investisseur à un mouvement de régulation en faveur de l'État d'accueil. Ces transitions ont également atteint la jurisprudence arbitrale ainsi que les revendications développées par les parties litigantes. Du fait de la diversité avec laquelle « intérêts publics » et « intérêts privés » sont conjugués, certaines difficultés se posent pour détacher une ligne directrice claire.

En ce sens, ce travail propose d'analyser la multiplication de ces interactions. Néanmoins, il existe une pléthore d'angles d'attaque des relations entre les droits fondamentaux et l'arbitrage d'investissement. En conséquence, ce travail abordera essentiellement les fondements principaux sur lesquels les investisseurs étrangers ou les États d'accueil se reposent pour établir leur argumentation. Ces deux acteurs seront traités séparément, de façon à permettre l'étude d'autres domaines propres à chacun d'eux. Pensons notamment à la responsabilité des investisseurs ou encore à la problématique des demandes reconventionnelles de l'État hôte de l'investissement. En outre, un autre élément important qui sera évoqué est la reconnaissance, en tout ou partie, des *amici curiae* au sein de l'arbitrage d'investissement. En effet, ces parties non contestantes ont en pratique une importance notoire, notamment concernant les affaires où des droits humains sont en jeu. Enfin, nous tâcherons d'étudier brièvement deux pistes prospectives – l'une en amont, l'autre en aval – permettant d'envisager une meilleure assimilation et compréhension des droits de l'homme dans le contentieux arbitral relatif à des investissements étrangers.

Précisons toutefois que nous n'aborderons pas frontalement les problématiques liées au droit de l'environnement. Bien entendu, ce sujet transparaît dans de nombreuses affaires qui seront évoquées dans la présente contribution, tant affecter l'environnement peut autant affecter les droits humains. Dans un souci de concision, nous nous bornerons à évoquer le plus possible les droits de l'homme invoqués dans les contentieux arbitraux.

II.- APPROCHE GÉNÉRALE

A.- L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT

1) Investisseur étranger contre État hôte

Devenu au fil du temps l'une des sources principales du droit international des investissements, l'arbitrage d'investissement s'inscrit dans le cadre du règlement d'un litige entre États d'accueil et investisseurs étrangers. Il répond en particulier de l'indépendance requise par lesdits investisseurs qui pouvaient avoir certaines craintes à propos des juridictions de l'État hôte. De surcroît, se diriger vers les juridictions d'un autre État n'était pas non plus une solution en raison du consentement de l'État hôte à la compétence des juridictions de l'autre État et du problème des immunités souveraines¹. En réalité, il ne s'agit ici que d'un échantillon des divers obstacles qui ont dû être surmontés pour assurer la protection des droits des investisseurs étrangers² mais aussi, de manière parallèle, l'élévation de l'arbitrage d'investissement comme mode de règlement des litiges relatifs à un investissement. Tel qu'il est précisé dans la sentence *Augustin Maffezini contre Espagne*, les arbitrages internationaux et d'autres formules de litiges « ont remplacé les fréquentes et vieilles pratiques abusives du passé »³.

Se distinguant de l'arbitrage commercial international, ce mode de règlement arbitral a connu un véritable essor depuis les années 1990, remplaçant ainsi la « simple » voie diplomatique⁴ dans la résolution des conflits entre un État et un investisseur étranger⁵. En perpétuelle évolution, les raisons du succès de cette procédure résident incontestablement dans la publicité et la transparence croissantes⁶. En effet, de nombreuses décisions sont

¹ G. LEPAGE, « Chapitre 13 - Les mécanismes de garantie et d'assurance des investissements à l'étranger » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017, p. 403.

² Citons par exemple, les préjugés locaux, la doctrine *Calvo*, les obstacles à l'accès à la justice ou encore le Nouvel Ordre économique international qui a prôné une « possession pleine et permanente des ressources propres aux États ». Voy. M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *Arbitrage International: Droit et Pratique*, Bruxelles, Tome 2, 1^e édition française, Bruylant, 2019, pp. 1669-1670.

³ *Emilio Augustin Maffezini c/ Espagne*, CIRDI, n° ARB/98/7, sentence du 25 janvier 2000, rapport CIRDI, 2001, p. 212.

⁴ Auparavant, en cas de litige avec un État hôte, l'investisseur devait solliciter la protection diplomatique de son État d'origine, ouvrant ainsi la voie à un « processus de négociation d'État à État ». Cependant, ce système n'était satisfaisant pour aucune des parties visées ; Voy. A. HUBLET, « Le rôle du droit international des investissements dans la formation de standards constitutionnels mondiaux », in M. DISANT *et al.*, *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 211.

⁵ M. AUDIT, P. CALLÉ, & S. BOLLÉE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e édition, LGDJ, Lextenso, 2019, p. 785.

⁶ Rappelons que l'arbitrage est confidentiel par nature mais non par essence. Des aménagements raisonnables sont donc possibles, notamment lorsqu'il est question d'intérêts publics. C'est le cas de

publiées et, tel que nous le verrons plus loin dans cet exposé, des tiers peuvent – de plus en plus mais pas de façon illimitée – participer à ces arbitrages, moyennant certaines exigences.

Initialement, le but était donc d’offrir une protection aux investisseurs étrangers par rapport aux actions étatiques qui pouvaient affecter leurs activités. Cependant, nous le verrons, cette idée, bien que principale, n’est plus la seule voie empruntée dans la jurisprudence arbitrale.

2) De la clause compromissoire au consentement dissocié

Pendant longtemps, des discussions ont fait rage sur l’éventuelle incompatibilité de l’arbitrage avec la souveraineté des États d’accueil. Finalement accepté, les praticiens se sont alors tournés vers le concept pivot de l’arbitrage⁷ : le consentement des parties.

À l’origine, l’arbitrage d’investissement s’est développé par des clauses compromissoires insérées dans des contrats de concession. Lorsqu’un litige éclatait, il était généralement recouru à une procédure arbitrale *ad hoc*. Néanmoins, au fur et à mesure, la pratique a ressenti le besoin de créer une structure permanente avec le Centre de règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après « CIRDI »)⁸. Cette structure s’est notamment dotée d’un Règlement d’arbitrage propre⁹. Cependant, le CIRDI n’est pas la seule institution à régler des litiges entre des États-hôtes et des investisseurs étrangers. Il demeure également des arbitrages *ad hoc* qui se déroulent notamment via le Règlement d’arbitrage établi par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international¹⁰ (ci-après « CNUDCI »).

l’arbitrage d’investissement. Voy. C. JARROSSON, « Arbitrage et intérêts publics. Rapport introductif », in FRANCARBI (dir.), *Arbitrage international et intérêts publics*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 24.

⁷ M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, , *op. cit.*, pp. 1676-1677.

⁸ Le CIRDI est issu de la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d’autres États, entrée en vigueur le 14 octobre 1966. Voy. *Ibid*, p. 788.

⁹ Bien qu’ayant été créé dans les années 1960, l’activité du CIRDI s’est véritablement décuplée dans les années 1990. Cela s’explique notamment par la pratique du consentement dissocié mais aussi par l’apparition de graves crises. Pour n’en citer que deux, la crise financière de 1999 en Argentine ou encore les multiples expropriations au Venezuela dans les années 2010. Voy. H. ASCENSIO, *Droit international économique*, Paris, Presses Universitaires de France, Thémis droit, 2018, p. 134.

¹⁰ Il existe aussi d’autres Règlements d’arbitrage comme celui de la Chambre de commerce de Stockholm ou de la Chambre de commerce internationale de Paris ; Voy. E. DE BRABANDERE, « Responsabilité internationale et régulation économique : la protection internationale des investissements en perspective » in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2016, pp. 621-622.

Les méthodes d'arbitrage précitées se déroulaient donc à l'origine sur base d'une clause compromissoire. Néanmoins, le temps faisant son œuvre, la pratique a évolué en majeure partie vers un nouveau mode de saisine qui a accentué le recours à l'arbitrage d'investissement : le consentement dissocié. Selon ce dernier, un État hôte est réputé offrir dans un texte une offre publique d'arbitrage à destination des investisseurs étrangers¹¹. En l'espèce, divers instruments permettent de renfermer ces offres particulières, à savoir une loi nationale, un traité bilatéral d'investissement (ci-après « TBI ») entre l'État d'accueil et l'État d'origine de l'investisseur ou même un traité multilatéral. Dans ce cadre, lorsqu'il l'estime opportun, l'investisseur étranger n'a plus qu'à accepter l'offre d'arbitrage pour mettre en branle la procédure arbitrale¹², l'État étant juridiquement engagé par son offre¹³. En pratique, dès lors, les règles d'origine privée telles que des conventions régissant les opérations d'investissement semblent de plus en plus se réduire comme une peau de chagrin¹⁴.

3) La notion d'investissement

Bien qu'il ne s'agisse pas de l'objet principal de ce travail, il est opportun de rappeler que l'appréhension de la notion d'investissement n'est pas simple et qu'elle peut porter différentes significations selon la réalité économique qu'elle sous-tend. En effet, ce concept repose originellement sur des considérations économiques soumises aux perpétuelles évolutions technologiques¹⁵, ce qui peut sans doute expliquer les difficultés éprouvées pour en déterminer les contours exacts. D'ailleurs, à ce jour, aucune définition juridique générale n'a pu clairement être détachée¹⁶.

Néanmoins, la doctrine s'est appesantie sur cette question pour en relever les éléments centraux : « l'opération par laquelle une personne physique ou morale ayant la nationalité d'un État transfère des capitaux ou des valeurs susceptibles d'être appréciées en capitaux dans un autre État afin d'y acquérir un ou des droits subjectifs, eux-mêmes

¹¹ Il est fait état en anglais d'*arbitration without privity* : un arbitrage sans lien direct entre les parties. Voy. H. ASCENSIO, *op. cit.*, p. 138.

¹² J. SICARD-MIRABAL et Y. DERAÏNS, « Chapter 2: Investment and Investor », in *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, p. 19.

¹³ M. AUDIT, P. CALLÉ, & S. BOLLÉE., *op. cit.*, p. 793.

¹⁴ S. MANCIAUX, « Chapitre 6 - Le point de vue des entreprises : la régulation d'origine privée des opérations d'investissement » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^{er} édition, Bruylant, 2017, p. 173.

¹⁵ M. AUDIT, P. CALLÉ, & S. BOLLÉE., *op. cit.*, pp. 42-43 et 244.

¹⁶ Les définitions relatives aux notions d'« investisseur étranger » et d'« investissement » diffèrent selon l'instrument juridique pertinent, qu'il s'agisse d'une loi nationale, d'un traité bilatéral d'investissement (TBI) ou encore d'un traité multilatéral. En conséquence, les critères applicables peuvent varier d'un cas à l'autre et il revient alors à la juridiction arbitrale de se prononcer sur ce point.

susceptibles dans le futur de générer de nouveaux capitaux au profit de cette personne »¹⁷. Il s'agit d'une notion clé car elle déclenche « l'un des piliers de la compétence du tribunal »¹⁸ : l'application d'un traité d'investissement ou d'une loi nationale relative aux investissements¹⁹.

Au demeurant, le fait que l'État hôte et l'investisseur étranger aient parfois conclu une convention d'arbitrage permet au tribunal arbitral d'esquiver la question relative à la compétence²⁰. Cependant, le développement des TBI a conduit à la constitution d'une myriade de critères relatifs à la notion d'investissement, rendant la tâche des arbitres plus complexe. A noter que pour certains TBI, ces critères sont purement et simplement absents.

Outre cette compétence matérielle relative à la notion d'investissement²¹, le tribunal arbitral devra également vérifier sa compétence personnelle ; en substance, il s'agit de s'accorder une autre notion débattue en pratique, celle de l'investisseur étranger. Sans entrer dans de plus amples considérations à cet égard, la condition *sine qua non* que ledit investisseur soit un ressortissant d'une autre État – le plus souvent partie au TBI avec l'État d'accueil ou au moyen d'un autre instrument – peut se révéler être une véritable boîte de Pandore, notamment lorsqu'il est question d'une personne morale et de ses filiales²².

B.- LES DROITS DE L'HOMME

Sans entrer dans le détail des instruments qui les contiennent ou dans le droit international coutumier, les droits de l'homme doivent être divisés selon trois générations classées en fonction de la nature de la revendication.

Les droits de la première génération sont ceux de nature civile et politique, tels que le droit à la vie, le droit de propriété, ou encore le droit de vote. Émanation de la philosophie des Lumières, ils sont issus de l'idée qu'un État, bien que souverain, ne doit pas posséder un

¹⁷ M. AUDIT, P. CALLÉ, & S. BOLLÉE, *op. cit.*, pp. 244-245.

¹⁸ J. SICARD-MIRABAL et Y. DERAIS, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹ La compétence limitée des arbitres pour trancher les différends relatifs à un investissement est souvent à l'origine d'une approche prudente.

²⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, 3^e édition, Édition A. Pedrone, 2020, pp. 175-178.

²¹ Dans un but de concision, nous n'aborderons pas la compétence temporelle. En pratique, vu la prégnance des TBI, le tribunal arbitral est « tributaire de la validité dans le temps du traité sur le fondement duquel il est saisi ». Dès lors, il faut avoir égard à la naissance de l'opération d'investissement, la naissance du différend investisseur-État et l'introduction de la requête en arbitrage. Voy. M. AUDIT, P. CALLÉ, & S. BOLLÉE, *op. cit.*, pp. 801-802.

²² M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, pp. 1687 et s.

pouvoir sans limite et qu'il doit exister des libertés individuelles et fondamentales soumises à une protection contre les violations commises par l'État²³.

Ensuite, les droits de la deuxième génération sont des droits économiques, sociaux et culturels tels que le droit à la nutrition, aux soins de santé, à l'éducation, au travail, etc. Ces droits reposent sur les idées d'égalité et d'accès garanti aux opportunités et aux biens et services essentiels²⁴.

Enfin, les droits de l'homme de la troisième génération correspondent à des droits qualifiés de « collectifs », ou bien de droits « des peuples »²⁵. En effet, ces derniers peuvent être revendiqués par des groupes d'individus, dans une idée de solidarité. Il s'agit, par exemple, du droit au développement durable, du droit à la paix ou du droit à un environnement sain.

C.- L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT ET LES DROITS DE L'HOMME

À première vue, les droits de l'homme et les règles relatives aux investissements internationaux semblent protégés des droits et des personnes différentes. Il n'empêche qu'aujourd'hui, les droits de l'homme influencent tous les domaines et l'arbitrage d'investissement n'échappe pas à ce constat. Dès lors, il n'est en rien étonnant d'apercevoir de plus en plus une cohabitation entre ces deux domaines. A ce propos, Monsieur TEYNIER et Madame RAFIQ résumant parfaitement ces interactions : « loin de s'opposer radicalement, droit des droits de l'homme et droit de l'arbitrage d'investissement entretiennent des relations complexes, parfois complémentaires, faites d'emprunts et d'influences mutuelles »²⁶.

Cependant, tel que le relève la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (ci-après « CNUCED »), cette cohabitation s'avère en soi malheureuse puisqu'elle démontre « les effets néfastes des activités humaines sur la vie et le bien-être humain »²⁷. En effet, cela révèle les dérives des acteurs cristallisées par certains États-hôtes ou investisseurs étrangers n'ayant que faire des droits fondamentaux.

²³ X, « L'évolution des droits de l'homme », consultable sur : <https://www.coe.int>.

²⁴ *Idem*.

²⁵ B. KIEFFER et C. MARQUET, *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, Bruxelles, 2^e édition, Bruylant, 2020, p. 239.

²⁶ É., TEYNIER et A., RAFIQ, « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement » in C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019, p. 254.

²⁷ F. HORCHANI, « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux » in *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, 1^e édition, Larcier, 2009, p. 139.

Ce faisceau lumineux pointé vers ces enjeux primordiaux révèle également les lacunes avec lesquelles les juridictions arbitrales abordent ces problématiques liées aux droits humains. Il est vrai qu'initialement, peu d'attention était accordée aux considérations relatives aux droits de l'homme par les tribunaux arbitraux. Néanmoins, il n'en demeure pas moins que le vent semble avoir tourné et des décisions récentes montrent désormais une plus grande ouverture des arbitres à l'examen des questions liées aux droits de l'homme. Au demeurant, ces incursions des droits humains ne doivent pas être vues comme une volonté de réglementation mais plutôt comme la recherche d'un équilibre entre les intérêts en présence²⁸.

Au fond, cette constatation ne peut être qu'une évidence. Au départ, selon le cas d'espèce, l'arbitrage d'investissement était voué à protéger les droits des investisseurs étrangers²⁹. Néanmoins, la pratique n'a pu que se résoudre à étendre cette vision des droits fondamentaux, tant l'investissement peut bouleverser le paysage d'un État. Ceci est vrai tant pour les répercussions positives que pour les abus occasionnés par leurs activités, dont les échos sont souvent plus retentissants³⁰ en raison de la présence de dommages collatéraux.

Dès lors, l'appel des droits de l'homme semble indispensable dans une matière toujours plus étendue et plus complexe. Nous le verrons, la jurisprudence arbitrale liée aux droits fondamentaux est diablement casuistique.

²⁸ S. ROBERT-CUENDET, « Introduction » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017, p. 27.

²⁹ Les investisseurs étrangers étaient considérés comme étant désavantagés en raison de leur nationalité. Tout obstacle placé par un État hôte était considéré comme une barrière aux flux économiques. Voy. M. SATTOROVA, « The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to do Good », in J. HO et M. SATTOROVA (dir.), *Investors' International Law*, Oxford, Hart, Vol. 24, 2021, pp. 47-48.

³⁰ P. KAHN, « Investissements internationaux et droits de l'homme » in F. HORCHANI (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? : désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, A. Pedone, 2006, p. 96.

III.- LES PRÉTENTIONS RELATIVES AUX DROITS DE L'HOMME DANS LE CONTENTIEUX ARBITRAL D'INVESTISSEMENT

A.- D'UNE JURISPRUDENCE EN FAVEUR DES INVESTISSEURS ÉTRANGERS VERS UNE RÉGULATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

Depuis les premiers balbutiements jusqu'à une époque pas si lointaine, les droits de l'homme dans le droit des investissements internationaux étaient perçus dans un sens quasi-unique ; celui de droits octroyés aux investisseurs, sans pour autant tenir compte d'intérêts supérieurs³¹. D'ailleurs, il n'est pas étonnant de constater que les instruments les plus importants encadrant les investissements, soit les TBI, se tournaient presque exclusivement dans le sens d'une protection des investisseurs étrangers.

Il est également arrivé que les droits de l'homme soient qualifiés d'inconsistant dans leurs relations avec les entreprises multinationales. Toujours est-il que cette vision doit être nuancée. En effet, depuis les années 1970, ces (certaines) multinationales, sous la pression générale, n'ont pas hésité à adopter des « codes de bonne conduite », permettant ainsi un premier mouvement d'autorégulation. Bien entendu, ces avancées constituent majoritairement *des arbres qui cachent la forêt* ; ces entreprises n'étaient et ne sont toujours pas, pour la majorité, animées par un désir de philanthropie. En effet, cette autorégulation était, avant tout, perçue comme une « plus-value pour rentabiliser leurs activités »³².

Ce n'est qu'au fur et à mesure des développements sociaux, économiques voire juridiques, qu'une véritable tendance à l'équilibre s'est dessinée dans la jurisprudence arbitrale³³. Il s'agissait d'une volonté de responsabiliser les entreprises et par-dessus tout, les multinationales qui avaient une fâcheuse tendance à occulter la question des droits fondamentaux³⁴. Les droits de l'homme ne doivent donc plus être vus selon une vision univoque. D'une sentence à l'autre, ces derniers peuvent être invoqués à l'appui de la défense de l'investisseur ou bien, pour soutenir la position d'un État.

³¹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 484.

³² F. HORCHANI, op. cit., p. 142.

³³ Après une première vague de sentences arbitrales guidées par un principe *in favorem* de l'investisseur, la jurisprudence s'est largement régulée pour viser la recherche d'un équilibre entre, d'une part, l'engagement de l'État à protéger les droits et intérêts des investisseurs étrangers et parfois, l'obligation de cet État d'adopter des mesures restrictives dans le but de satisfaire l'intérêt général. Voy. S. ROBERT-CUENDET, « Convergences et divergences entre droits de l'homme et droits des investisseurs », in C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019, pp. 133-134.

³⁴ F. HORCHANI, op. cit., p. 141.

En ce qui concerne les investisseurs, les lignes de défense privilégiées résident le plus souvent dans le droit de propriété, le droit à la protection contre l'arbitraire, le droit d'accès à un juge, le droit de ne pas être discriminé, etc.

En ce qui concerne les États-hôtes, ils doivent se cantonner à un rôle de partie défenderesse. Hormis cela, il arrive de plus en plus souvent que des États puissent faire valoir leurs positions à travers une demande reconventionnelle. Dans le cadre de notre travail, nous analyserons celles portant sur des droits fondamentaux : le droit à l'eau, la santé publique, le développement durable, etc.

B.- LES INVESTISSEURS ÉTRANGERS DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE

1) Une clé de fonctionnement pour l'État hôte

Les investisseurs étrangers possèdent très souvent des missions d'importance nationale. En ce sens, dans les années 1990, s'est dessiné un mouvement de privatisation des infrastructures publiques, notamment dans les pays en voie de développement³⁵. En outre, certains États ne sont pas toujours en mesure d'exploiter les ressources naturelles dont ils disposent et font appel à des investisseurs provenant d'autres contrées. Ayant dit cela, il est pertinent de parler d'une véritable course à l'attractivité où les États-hôtes tâchent de valoriser au mieux les droits et la protection des investisseurs étrangers. Ces derniers désirent évidemment réduire le risque de comportements injustes ou arbitraires dans la poursuite de leurs investissements.

Néanmoins, l'investissement à l'étranger demeure une opération juridique complexe. En effet, un investisseur étranger doit entretenir de multiples rapports pour mener à bien ses opérations ; par exemple, avec l'État hôte et ses collectivités, les partenaires économiques locaux, voire avec les travailleurs embauchés pour l'occasion. Sans oublier qu'il doit également se conformer à l'ordre juridique dans lequel il officie en respectant notamment tout un *corpus* de règles³⁶. Sans compter également que ces mêmes investisseurs sont parfois confrontés à un sentiment d'insécurité lorsqu'ils envisagent leurs activités dans des pays dits « moins développés »³⁷.

³⁵ É., TEYNIER et A., RAFIQ, *op. cit.*, p. 256.

³⁶ S. MANCIAUX, *op. cit.*, p. 172.

³⁷ M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, p. 1669.

2) Une protection initiale envers l'arbitraire et les discriminations de l'État d'accueil

Avant toute chose, initier un contentieux arbitral à l'encontre d'un État d'accueil n'est pas un acte insignifiant. Cela doit être l'aboutissement d'une réflexion centrée, d'une part, sur les risques d'une telle procédure pour la viabilité de l'investissement et d'autre part, sur les effets négatifs que pourraient avoir les mesures étatiques visées si l'investisseur étranger restait de marbre³⁸. Bien entendu, ce ne sont pas les seules entraves auxquelles il peut être confronté. En effet, le coût³⁹ ainsi que la publicité peuvent aussi freiner certaines ardeurs...

Poursuivant sa stratégie contentieuse, l'investisseur étranger peut parfaitement relier en tout ou partie sa demande sur des questions relatives aux droits de l'homme. A ce sujet, il existe une jurisprudence arbitrale abondante. De manière générale, trois droits fondamentaux sont généralement mis en exergue lorsqu'il s'agit d'évoquer des atteintes envers des investisseurs étrangers : le droit de propriété, la non-discrimination et le droit à un traitement juste et équitable.

À l'instar de l'État hôte, il ne faut pas omettre l'idée que les droits fondamentaux sont une « arme à double tranchant » en arbitrage d'investissement⁴⁰. En d'autres termes, ces derniers peuvent autant être utilisés par l'investissement que contre l'investisseur.

a) Le droit de propriété

Il existe de nombreuses affaires où des mesures étatiques ont été invoquées comme portant atteinte au droit de propriété, que ce soit directement ou indirectement⁴¹. Tout d'abord, l'expropriation est généralement définie comme « la saisie de biens privés par l'État, ou par l'un de ses services ou subdivisions »⁴².

³⁸ A. DE FONTMICHEL et A. MEYNIEL, « Chapitre 18. - Le point de vue de l'investisseur : quelques considérations stratégiques préalables au contentieux contre l'État hôte » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017, p. 642.

³⁹ La grande majorité des investisseurs opérant à l'étranger n'y ont même pas accès en raison d'un coût exorbitant.

⁴⁰ A. GERDAU DE BORJA MERCEREAU, « Prise en compte des droits de l'homme et de l'environnement dans les traités bilatéraux d'investissement » in T., EL GHADBAN *et al.* (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Éditions Pedone, 2018, p. 69.

⁴¹ Notons que ce domaine est à l'image du contentieux arbitral de manière générale : *extrêmement casuistique*.

⁴² M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, p. 1717.

Si nous portons notre attention sur le droit international coutumier, il s'avère que l'action d'exproprier n'est pas toujours illicite. En premier lieu, l'État d'accueil invoque bien souvent un intérêt public qui se matérialise généralement par la nécessité de protéger les droits fondamentaux de sa population⁴³. En deuxième lieu, l'expropriation ne doit pas être discriminatoire⁴⁴. Ceci permet notamment de faire un lien avec un autre droit fondamental couramment invoqué par les investisseurs étrangers ; celui de ne pas subir de traitements discriminatoires. En troisième lieu, l'État hôte doit respecter les droits de la défense et les règles procédurales générales. En dernier lieu, l'expropriation doit nécessairement être accompagnée d'une compensation juste et adéquate⁴⁵.

Concernant la réparation due à un investisseur étranger, celle-ci doit être généralement intégrale et ne variera pas – ou peu – selon que la mesure étatique est ou non légale⁴⁶. Dans *Compañía del Desarrollo de Santa Elena contre Costa Rica*, le tribunal a estimé que le niveau de compensation ne variait pas selon que la mesure d'utilité publique était « louable et bénéfique »⁴⁷. Dans la pratique, cette approche est favorable aux investisseurs étrangers. En outre, il arrive qu'un tribunal arbitral se fonde sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la date pertinente pour évaluer la valeur d'un bien exproprié, toujours selon le principe de réparation intégrale. Cela s'est notamment marqué – de manière controversée – dans des affaires comme *ADC contre Hongrie*⁴⁸ ou *Siemens contre Argentine*⁴⁹, où la date pertinente n'était pas celle de la mesure

⁴³ En ce sens, la bonne foi n'est pas suffisante pour justifier la prise de mesures étatiques. Ces dernières restent dans le champ de l'expropriation. A titre d'illustration, voyez à propos d'une expropriation indirecte dans l'affaire *Azurix contre Argentine* (n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, §§ 310-312). Voy. S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements – entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, p. 148.

⁴⁴ Le caractère discriminatoire, bien que n'étant pas un critère principal pour la jurisprudence arbitrale, a déjà été pris en compte pour établir si une mesure étatique pouvait être considérée une expropriation indirecte. Citons notamment l'affaire *Eureko B.V. contre Pologne*. Voy. *Ibid.*, pp. 150-151 ; *Eureko c/ Pologne*, CNUDCI, Sentence partielle du 19 août 2005, §§ 241-243.

⁴⁵ I. PREZAS, « Chapitre 7 - Standards internationaux de protection des investissements étrangers et abus de droit de l'État hôte » in S. ROBER-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017, pp. 214-216.

⁴⁶ S. EL BOUDOUHI, « Chapitre 10 - L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'Homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017, p. 326.

⁴⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c/ Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000, §§ 71-72.

⁴⁸ *ADC c/ Hongrie*, CIRDI, n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006, §§ 497-499.

⁴⁹ *Siemens A.G. c/ Argentine*, CIRDI n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, § 352.

d'expropriation mais une date ultérieure répercutant la prise de valeur de l'investissement après expropriation⁵⁰.

À l'image du paragraphe précédent, la jurisprudence relative aux droits de l'homme est invoquée de manière récurrente par les investisseurs étrangers⁵¹. Par exemple, dans l'affaire *Saipem contre Bangladesh*, plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme avaient été utilisées pour démontrer que l'État hôte avait effectivement pris des mesures constitutives d'une expropriation⁵².

Dans l'affaire *von Pezold contre Zimbabwe*, à la suite de diverses réformes agraires, l'État hôte avait exproprié sans indemnisation des investisseurs étrangers car il estimait que cela désavantageait les peuplades autochtones⁵³. Néanmoins, le tribunal arbitral a fait droit aux prétentions des investisseurs selon lesquelles il s'agissait d'une expropriation illégale et discriminatoire au regard du TBI applicable. Évènement plutôt rare, le tribunal a également accordé la restitution comme mesure de réparation, en ce qu'elle était appropriée et faisable. Le Zimbabwe a également été condamné au paiement d'une somme pour la perte de valeur⁵⁴.

En outre, bien loin des nationalisations ou expropriations violentes, il convient de s'intéresser également à des mesures équivalentes appelées « expropriations indirectes ». Une expropriation indirecte se définit par rapport à l'effet d'une mesure étatique contestée et non par rapport à son but ou à sa nature⁵⁵. Dès lors, même s'il y a un but légitime qui est poursuivi par la mesure étatique, ou même s'il y a pas de saisie physique, cette dernière pourrait être qualifiée d'expropriation indirecte en raison de ses effets sur l'investissement

⁵⁰ S. EL BOUDOUHI, « Chapitre 10 - L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'Homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur », *op. cit.*, p. 327.

⁵¹ G. STEPHENS-CHU et D. MÜLLER, « Droits et obligations issus du droit de l'investissement et des droits de l'homme : entre exclusivité et harmonisation », in C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019, p. 240.

⁵² *Saipem SpA c/ Bangladesh*, CIRDI, n° ARB/05/07, décision sur la compétence du 21 mars 2007, §§ 130 et 132.

⁵³ Dans le cadre de cette affaire, les arbitres étaient confrontés à des mesures liées à la rétrocession de terres à des fermiers expropriés au moment de la décolonisation. Voy. A. DE NANTEUIL, *droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 489-490.

⁵⁴ Ajoutons aussi une somme pour le dommage moral, ce qui est également assez rare en pratique. Voy. J. GREENBERG, « ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms », consultable sur <https://www.iisd.org>.

⁵⁵ M.-M. MOHAMED SALAH, « Chapitre 4 - Le droit des investissements au service du développement durable » in A., MICHELOT (dir.), *Justice climatique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2016, pp. 294-295.

étranger⁵⁶. En d'autres termes, l'investisseur, sans perdre son droit de propriété, est privé du contrôle ou des avantages liés à son investissement⁵⁷.

Afin de rendre ce concept plus palpable⁵⁸, citons l'affaire *Metalclad Corporation contre Mexique*⁵⁹ concernant le développement et la gestion d'une décharge de produits toxiques. Il s'agissait d'un permis de construction qui, à l'origine, avait été accepté mais dont la réalisation avait été rendue sans effet en raison d'un décret relatif à l'écologie⁶⁰. Ayant déjà qualifié le comportement de traitement injuste et inéquitable, le tribunal arbitral a ensuite fait droit aux prétentions de l'investisseur étranger. En effet, le projet avait été autorisé par le Mexique, dès lors, la mesure étatique était une mesure équivalente à une expropriation. De manière analogue, la sentence rendue dans l'affaire *Tecmed contre Mexique*⁶¹ concernant un site de traitement de déchets dangereux a également estimé que le non-renouvellement de l'autorisation d'exploitation était une mesure équivalente à une expropriation⁶². A noter que le tribunal arbitral a entendu les références exprimées au sujet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne la notion de « respect des biens », l'aidant ainsi dans l'interprétation des traités d'investissement visés et de la notion d'expropriation.

De ces sentences, il est possible de relever une faveur accordée à la propriété de l'investisseur étranger au détriment des arguments relatifs à l'intérêt public exposés par l'État hôte⁶³ ; dans le champ des droits de l'homme de la troisième génération, par exemple, le droit

⁵⁶ Il demeure qu'une « dépossession substantielle » est un facteur primordial, au même titre qu'un « certain degré d'interférence dans l'atteinte aux attributs patrimoniaux des investisseurs étrangers ». A ce titre, nous pouvons citer l'affaire *Pope & Talbot contre Canada* ou encore *CMS gas contre Argentine*, qui ont considéré qu'une simple atteinte n'était pas constitutive d'une expropriation. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, pp. 148-150 ; *CMS Gas c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 263 ; *Pope & Talbot c/ Canada*, CNUDCI, sentence intérimaire du 26 juin 2000, §§ 88 et 102.

⁵⁷ M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, p. 1720.

⁵⁸ La doctrine est divisée sur ce concept : « very sketchy and rough, an area where large lacunae remains ». Voy. L. Y. FORTIER et S. L. DRYMER, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, ICSID Rev., 2004, vol. 19, p. 326.

⁵⁹ *Metalclad Corporation c/ Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.

⁶⁰ Le Gouverneur de la province mexicaine avait constaté que le fonctionnement d'une telle décharge pouvait entraîner une pollution des eaux souterraines. Il décida alors de créer par décret une réserve naturelle comprenant la zone où l'investisseur étranger avait développé ses activités. L'investisseur américain avait donc saisi un tribunal arbitral en invoquant une expropriation indirecte. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, p. 145.

⁶¹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 29 mai 2003, § 96.

⁶² D'une part, l'investisseur soutenait qu'il était victime d'une expropriation indirecte. Sans renouvellement du permis d'exploitation, son investissement était complètement miné. D'autre part, la mesure administrative de l'État d'accueil reposait sur des objectifs environnementaux. Dès lors, ce dernier estimait qu'elle ne pouvait être considérée comme une expropriation indirecte. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, p. 146.

⁶³ P. KAHN, *op. cit.*, pp. 100-101.

à la santé ou le développement durable. En effet, l'extension de situations assimilables à l'expropriation affaiblit la souveraineté des États d'accueil.

Néanmoins, en pratique, le concept d'expropriation est parfois nuancé ; il ne suffit pas pour l'État hôte de ne pas honorer certaines obligations liées à l'investissement en cours. Il doit aussi avoir pris ces mesures sur la base de pouvoirs exorbitants, issus de prérogatives de puissance publique⁶⁴. De plus, d'autres décisions sont venues mettre en lumière le droit de légiférer d'un État hôte au nom de l'intérêt général⁶⁵.

b) La non-discrimination

Dans le cadre de leurs activités, les investisseurs étrangers ont le souhait de ne pas subir de discriminations dans l'État d'accueil. De manière générale, les traités d'investissement prévoient une telle protection. Celle-ci se matérialise par des clauses de traitement national ou des clauses de traitement de la nation la plus favorisée.

En ce qui concerne le traitement national, ce dernier consiste à ne pas traiter moins favorablement les investisseurs étrangers qui se trouvent « dans des circonstances similaires aux investisseurs nationaux »⁶⁶. Cela signifie qu'ils se trouvent « dans un même secteur »⁶⁷, qu'il s'agisse de l'aspect juridique ou factuel⁶⁸. De surcroît, l'investisseur étranger doit démontrer que l'État défendeur a effectivement violé son droit fondamental à ne pas être

⁶⁴ C. CRÉPET DAIGREMONT, « Chapitre 11 - La protection découlant du droit international des contrats » in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017, p. 344.

⁶⁵ À titre d'illustration, citons notamment la sentence *Methanex Corporation contre États-Unis*. Cette dernière concernait l'interdiction d'un additif de carburant en raison du risque significatif qu'il faisait peser sur la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement. Le tribunal a rejoint la thèse développée par la Californie en ce qu'il ne s'agissait pas d'une expropriation indirecte mais bien d'une mesure tout à fait légale. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, pp. 146-147.

⁶⁶ En y regardant d'un peu plus près, nous pouvons constater que le fait d'accueillir des investisseurs étrangers est « généralement une nécessité absolue pour les États d'accueil ». Sur un autre plan, ces États demeurent aussi « soucieux de ne pas altérer la compétitivité de leur économie et de préserver l'emploi national. Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 336-338.

⁶⁷ Il est arrivé que la responsabilité internationale de l'État hôte soit mise en cause grâce au standard du « traitement national » alors que l'activité menée n'était pas véritablement comparable. Dans l'affaire *S.D. Myers contre Canada*, le tribunal a utilisé une conception extensive de la notion de « circonstances analogues » et a donc entendu les prétentions de l'investisseur étranger selon lesquelles le Canada avait violé la règle du traitement national. Au demeurant, cette conception semble s'être estompée, en témoigne notamment les affaires *Loewen contre États-Unis* et *Methanex contre États-Unis*. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, pp. 185-186.

⁶⁸ Les différences de traitement, qu'elles soient *de jure* ou *de facto*, peuvent constituer une violation du traitement national. Aucune disparité n'existe par ailleurs quant aux standards de la preuve. Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 344 ; M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, pp. 1712-1713.

discriminé, en lui fournissant un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs nationaux⁶⁹. A ce propos, tant que l'investisseur étranger produit des preuves d'une discrimination, il ne doit pas démontrer une quelconque intention dans le chef de l'État d'accueil. En effet, cette démonstration peut être périlleuse lorsque cet État mène des politiques rationnelles. Néanmoins, précisons que la jurisprudence arbitrale a contribué, par son approche extensive des notions de « situation comparable » et d'« intention discriminatoire », à incriminer plus aisément les comportements des États d'accueil et à adoucir la tâche des investisseurs étrangers⁷⁰.

Le traitement national vise donc à apporter une « garantie supplémentaire au traitement reconnu par le droit international, sous la forme d'une interdiction de la discrimination »⁷¹. Pour autant, de nombreuses difficultés persistent toujours à leur sujet.

Pour ce qui est des clauses de la nation la plus favorisée⁷², ces dernières s'appliquent généralement tant au niveau du droit matériel que du droit procédural des investisseurs étrangers⁷³. Elles renferment l'idée suivante : si un instrument juridique conclut entre un tiers et l'État d'accueil contient une plus ample protection des droits et intérêts d'investisseurs étrangers, la clause de la nation la plus favorisée permet une extension de cette protection précitée au bénéfice de l'investisseur-demandeur de ces dispositions plus favorables⁷⁴. Leur appréhension par les tribunaux arbitraux est assez incertaine.

⁶⁹ *Corn Products International Inc. c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 15 janvier 2008.

⁷⁰ D'après les derniers développements en matière d'arbitrage d'investissement, il apparaît que « la responsabilité internationale de l'État peut être mise en jeu sans que l'intention discriminatoire soit appréhendée comme étant un élément essentiel ». Il s'agit de se focaliser sur l'impact plutôt que l'intention de la mesure. Cette idée ressort notamment de l'affaire *Siemens A.G. contre Argentine*. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, pp. 184 et 188 ; *Siemens A.G. c/ Argentine*, décision du 6 février 2007.

⁷¹ A. DE NANTEUIL, *droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 338.

⁷² Notons qu'un certain nombre de questions sont analogues à celles ayant été abordées à propos du traitement national. En effet, dans ce dernier cas, il s'agit d'interdire la discrimination entre nationaux et étrangers. Dans le cas de la nation la plus favorisée, il s'agit d'interdire la discrimination entre les investisseurs étrangers. Voy. *Ibid.*, p. 350.

⁷³ *Emilio Augustin Maffezini c/ Espagne*, CIRDI, n° ARB/98/7, sentence du 25 janvier 2000, § 161 ; *Gas Natural SDG S.A. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/10, sentence du 17 juin 2005.

⁷⁴ Les affaires *Maffezini contre Espagne* et *Siemens A.G. contre Argentine* ont contribué à l'acceptation large du standard de la nation la plus favorisée. Dans cette dernière, l'investisseur avait invoqué la clause de la nation la plus favorisée du TBI entre l'Allemagne et l'Argentine pour ensuite utiliser certaines dispositions plus favorables du TBI entre l'Argentine et le Chili. Il s'agissait de permettre l'introduction d'un contentieux arbitral sans attendre un délai de 18 mois. Le tribunal a fait droit à la demande de l'investisseur étranger. Au demeurant, d'autres affaires ont limité l'impact de ces clauses, comme les affaires *Salini contre Jordanie* ou *Plama Consortium Limited contre Bulgarie*. Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, pp. 192-195.

c) Le traitement juste et équitable

D'une manière indéniable, cette section présente des liens avec la précédente au niveau du droit au traitement national et du droit au traitement de la nation la plus favorisée. En pratique seulement, ces derniers sont limités à un traitement minimum qui n'est pas nécessairement « juste et équitable »⁷⁵. Ce droit à un traitement juste et équitable existe dans de nombreux traités d'investissement et fait même partie du droit international coutumier.

En principe, les investisseurs étrangers doivent pouvoir jouir d'un système judiciaire efficient dans l'État hôte et non d'une administration impropre de la justice. Or, de nombreuses affaires confirmées par des tribunaux arbitraux révèlent la présence de dénis de justice⁷⁶ ou une absence de moyens mis à disposition des investisseurs pour faire valoir leurs droits. Bien que la demande ait été rejetée pour non-épuisement des voies de recours internes, l'affaire *Loewen contre États-Unis*⁷⁷ est très représentative dans la mesure où le tribunal arbitral a reconnu que le déroulement de l'instance nationale avait significativement privé le demandeur d'un procès équitable. D'autres affaires, telles que *Mondev contre États-Unis*, se sont inspirées de la jurisprudence en matière de droits de l'homme pour interpréter par analogie les dispositions d'un traité d'investissement. Dans ce dernier cas, il s'agissait d'un promoteur immobilier canadien qui estimait n'avoir pas reçu un traitement adéquat des juridictions américaines. Le tribunal s'est alors notamment penché sur l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que sa jurisprudence, pour évaluer le droit de chacun de faire entendre sa cause par un tribunal⁷⁸. Néanmoins, en pratique, démontrer la présence d'un déni de justice n'est pas à la portée du premier venu. En effet, cela requière des éléments manifestes relativement à des irrégularités procédurales et une simple erreur – interprétation ou application incorrectes d'une règle – ne constitue pas en soi un déni de justice.

En outre, la question du comportement arbitraire doit également être soulevée. Cette dernière consiste en une « mesure qui inflige⁷⁹ un dommage à l'investisseur sans servir aucun

⁷⁵ M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, p. 1722.

⁷⁶ J. SICARD-MIRABAL et Y. DERAÏNS, « Chapter 6: Standards of Protection », in *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, p. 140.

⁷⁷ Une juridiction du Minnesota avait violé les garanties procédurales essentielles. En ce sens, le tribunal arbitral avait considéré que « *the whole trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment* ». Voy. *The Loewen Group Inc. And Raymond L. Loewen c/ États-Unis*, sentence finale du 26 juin 2003, § 132.

⁷⁸ *Mondev international Ltd c/ États-Unis*, CIRDI, n° ARB/99/2, sentence du 11 octobre 2002, § 144.

⁷⁹ Il n'existe pas de définition très précise concernant l'arbitraire. Il convient donc de se contenter d'un faisceau d'indices : « l'arbitraire, à cet égard, peut être réputé constitué dès lors qu'une mesure apparaît fondée sur une opinion subjective plus que sur une réflexion rationnelle et factuelle ». Voy. A. DE NANTEUIL, *droit international de l'investissement, op. cit.*, p. 379.

but légitime et sans explication rationnelle, mais qui repose au contraire sur un préjugé ou une préférence »⁸⁰. Dans l'affaire *CMS contre Argentine* sur laquelle nous reviendrons à propos du droit à l'eau, le tribunal arbitral avait jugé qu'il y avait des violations du traitement juste et équitable car « toute mesure qui pourrait impliquer l'arbitraire ou la discrimination est en soi contraire au traitement juste et équitable »⁸¹. Néanmoins, il convient d'apporter la précision suivante : le fait qu'un investisseur ne bénéficie pas d'un traitement juste et équitable ne préfigure pas nécessairement une conduite arbitraire de l'État hôte⁸².

Par ailleurs, plusieurs affaires ont reconnu des comportements abusifs – fréquents et durables⁸³, voire délibérés⁸⁴ – de la part des États-hôtes visant à mettre à mal les activités d'investisseurs étrangers ; ces derniers ayant été reconnus comme des violations du droit à un traitement juste et équitable. Nous entendons par là des arrestations injustifiées, des menaces, des amendes, des saisies de tout type d'actif, des expulsions ou encore des refus de délivrance de certains documents⁸⁵. Ces comportements abusifs prennent donc diverses formes dont les principales sont la coercition⁸⁶, la contrainte⁸⁷ ou encore le harcèlement⁸⁸. Pour illustrer ces propos, l'affaire *Trinh Vinh Binh contre Vietnam*⁸⁹ met en exergue les comportements abusifs d'un État d'accueil. En effet, l'investisseur avait notamment été incarcéré pendant une période d'une durée excessive avant son procès et avait subi des traitements dégradants et inhumains. Outre les questions liées à une expropriation, ce dernier, dans le cadre du TBI entre les Pays-Bas et le Vietnam, s'était alors fondé sur une violation des garanties de protection et de sécurité⁹⁰, ainsi que le traitement juste et équitable.

⁸⁰ *Joseph Charles Lemire c/ Ukraine*, CIRDI, n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, § 385.

⁸¹ *CMS Gas c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, § 290.

⁸² *LG&E Energy Corp. et al. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/02/9, sentence du 3 octobre 2006.

⁸³ *Eureko c/ Pologne*, CNUDCI, Sentence partielle du 19 août 2005, § 237.

⁸⁴ *Waste Management c/ Mexique*, CIRDI, sentence définitive du 30 avril 2004, § 138 ; *PSEG c/ Turquie*, CIRDI, sentence du 19 janvier 2007, § 245.

⁸⁵ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, II, United Nations Publication, 2012, p. 82.

⁸⁶ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 29 mai 2003, § 133.

⁸⁷ *Desert Line Projects LLC, c/ Yémen*, CIRDI, n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008, § 179, 185-187, 190 et 193.

⁸⁸ *Pope & Talbot c/ Canada*, CNUDCI, sentence du 31 mai 2002 sur les dommages et intérêts, § 156-181.

⁸⁹ *Trinh Vinh Binh contre Vietnam*, CNUDCI, sentence du 14 mars 2007.

⁹⁰ Notons qu'il s'agit d'un standard qui contraint l'État hôte à « déployer la diligence requise aux fins que l'investisseur étranger ne soit affecté pas du fait de l'action de ses organes ou d'acteurs privés. Cela relève d'une intrusion des juridictions arbitrales dans les affaires internes de ces États ». Voy. S. BONOMO, *op. cit.*, p. 183.

Il convient de préciser que ce devoir de protection et de sécurité pleine et entière recommande que l'État d'accueil intervienne avec la diligence requise⁹¹. Ceci s'étend également aux actions formées par des acteurs non-étatiques. Néanmoins, en pratique, la jurisprudence arbitrale a préféré une approche plutôt stricte lorsqu'il était question de manifestations ou d'émeutes visant des activités d'investisseurs étrangers. En effet, l'État hôte opposait le plus souvent le droit de manifester pacifiquement et de s'exprimer librement. Il revenait alors à l'investisseur d'apporter des preuves concrètes de ses craintes visant sa protection et sa sécurité pleine et entière⁹².

Enfin, il ressort de la jurisprudence arbitrale qu'un investisseur étranger peut tirer des attentes légitimes du cadre juridique⁹³ ou d'engagements contractuels⁹⁴ pris avec l'État d'accueil, ou encore d'un environnement spécifique mis en place pour attirer des investissements internationaux sur lequel l'investisseur s'est fondé pour orienter ses affaires⁹⁵. Il est évident que cette notion de confiance légitime doit reposer sur la raison et non sur des considérations irréalistes ou utopistes. C'est pourquoi, l'évaluation réalisée par le tribunal arbitral doit prendre en compte les circonstances générales dans lesquelles l'investissement est concrétisé, que ces dernières soient politiques, socio-économiques ou même culturelles⁹⁶. A cet effet, certains tribunaux arbitraux ont lié la notion de « transparence » avec celle « d'attentes légitimes ». Dès lors, cela implique une certaine prévisibilité et stabilité du cadre légal de l'État hôte lorsque l'investisseur étranger procède à ses diverses opérations économiques.

Néanmoins, que l'État hôte viole les garanties exprimées est une chose, mais que l'investisseur étranger n'ait pas correctement décrit son projet d'investissement en est une autre. En effet, dans ce cadre, invoquer des attentes légitimes en raison de garanties

⁹¹ Il s'agit de condamner l'État hôte « pour une violation d'une obligation générale de *due diligence* qui lui impose non seulement de s'abstenir de porter atteinte à l'investissement étranger mais également de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer sa sécurité ». C'est une protection contre l'inaction d'un État ou contre des mesures jugées non raisonnables selon les circonstances. Voy. A. DE NANTEUIL, *droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 424-425.

⁹² *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 29 mai 2003, §§ 175-177 ; *Noble Ventures Inc. c/ Roumanie*, CIRDI, n° ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005, §§ 160-167 ; *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*, CIRDI, n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008.

⁹³ Nous entendons par là la législation, les traités, les assurances, les licences, etc. ; Voy. J. SICARD-MIRABAL et Y. DERAÏNS, *op. cit.*, p. 143.

⁹⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation c/ Mexique*, CNUDCI (ALENA), sentence du 26 janvier 2006 ; *Continental Casualty Company c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008 ; *El Paso Energy international Company c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006 et sentence du 31 octobre 2011.

⁹⁵ *Glamis Gold, Ltd c/ États-Unis*, CNUDCI (ALENA), sentence du 8 juin 2009, § 627 ; *Duke Energy c/ Équateur*, CIRDI, n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008, § 340.

⁹⁶ J. SICARD-MIRABAL et Y. DERAÏNS, *op. cit.*, p. 143.

spécifiques émises par l'État d'accueil est inopérant puisque l'investisseur n'a pas correctement informé les autorités étatiques⁹⁷.

Dans l'affaire *Metalclad Corporation contre Mexique*, l'obligation de transparence de l'État d'accueil évoquée ci-dessus traduit aussi les deux idées suivantes : « toutes les exigences légales pertinentes aux fins de l'investissement doivent pouvoir être consultées » et la nécessité de respecter le principe de « *audi alteram partem* »⁹⁸. Plus encore, l'exigence de bonne foi⁹⁹ commande que l'État hôte, lorsqu'il a connaissance d'une erreur ou d'une confusion à propos des exigences à remplir, prévienne l'investisseur étranger afin qu'il puisse prendre toute mesure utile pour y remédier et mener ses activités de manière appropriée par rapport au cadre légal¹⁰⁰. En outre, l'affaire précitée a aussi mis en exergue qu'une « obligation de précision du sens de la loi et d'information » s'imposaient aux États envers les investisseurs¹⁰¹.

Dans d'autres cas, par exemple l'affaire *Toto Costruzioni contre Liban*, l'investisseur étranger avait invoqué plus simplement le droit à un procès équitable¹⁰².

Préfigurant la partie relative aux États-hôtes dans la procédure arbitrale, il convient de préciser que le droit à un traitement juste et équitable n'est pas absolu et qu'un État peut parfaitement y opposer une défense. En effet, dans l'intérêt public, voire pour contrer d'autres effets indésirables liés aux investissements étrangers, un État d'accueil a la possibilité de modifier son cadre légal de manière légitime et raisonnable même si cela occasionne des effets néfastes pour les investisseurs étrangers¹⁰³.

⁹⁷ Dans l'affaire *International Thunderbird Gaming Corporation contre Mexique* (CNUDCI (ALENA), sentence du 26 janvier 2006), l'investisseur n'avait pas suffisamment décrit les machines qu'il comptait utiliser. Or, il s'agissait de jeux d'argent dont l'utilisation aurait été une violation du droit mexicain. Voy. M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, p. 1723.

⁹⁸ En ce sens, ajoutons également que le concept de traitement juste et équitable nécessite que les pouvoirs publics respectent des exigences de forme, telles que convier l'investisseur étranger à la procédure décidant du retrait d'un permis d'exploitation. Voy. *Metalclad Corporation c/ Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, §§ 91-93 ; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 29 mai 2003, § 91.

⁹⁹ Le standard du traitement juste et équitable constitue une manifestation de la bonne foi (...). Il s'agit d'agir de manière cohérente et transparente. Voy. *Total c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, § 111 ; *UAB E Energija c/ Lettonie*, CIRDI, n° ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017, § 839 ; I. PREZAS, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁰ *Total c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, § 76 ; *Parkerings-Compagniet AS c/ Lituanie*, CIRDI, n° ARB/05/08, sentence du 11 septembre 2007.

¹⁰¹ J. CAZALA, *La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international*, RIDE, 2009/01, t. XXIII, 1, p. 24.

¹⁰² *Toto Costruzioni Generali SpA c/ Liban*, CIRDI, n° ARB/07/12, décision sur la compétence du 11 septembre 2009, § 144.

¹⁰³ *Saluka Investments BV c/ République Tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006, § 305 ; *Continental Casualty Company c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008, § 258 ; *EDF c/ Roumanie*, CIRDI, n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009.

3) Contre des actes étatiques nuisibles, parfois au détriment d'autres intérêts humains

Dans la pratique, la jurisprudence arbitrale interprète les standards de protection de l'investisseur énoncés ci-dessus d'une telle manière que l'État hôte voit bien souvent ses pouvoirs normatifs être paralysés. En effet, à travers une mesure étatique, figure d'ordinaire la protection de divers intérêts tels que les droits humains au sens large¹⁰⁴.

De manière répétée, par exemple, des sentences relatives au concept d'expropriation indirecte marquent cette tendance. En ce sens, l'affaire *Metalclad contre Mexique* du 30 août 2000 portant sur un arrêté écologique est révélatrice de cette situation¹⁰⁵ : le tribunal arbitral a estimé qu'il ne devait pas tenir compte des objectifs poursuivis par ledit arrêté et que son application constituait un « acte équivalent à une expropriation ».

4) La responsabilité des investisseurs – une audace restée à l'état de repère

Avant toute chose, l'idée n'est point celle de lapider gratuitement les investisseurs étrangers ; il serait bien malvenu de discréditer totalement l'ensemble des investisseurs internationaux. En effet, il arrive que le secteur privé joue un rôle primordial dans la promotion de certains droits fondamentaux ou encore, dans des avancées socio-économiques d'importance¹⁰⁶. Cela dit, il ne peut être fait fi des vives critiques nées de certaines sentences arbitrales ayant été accusées d'avoir entravé les droits de l'homme – notamment en privant l'État d'accueil d'agir dans l'intérêt général – au profit d'intérêts privés.

Dans l'état actuel du droit international des investissements et de la jurisprudence arbitrale, l'interprétation se tourne donc encore abondamment vers une dimension unilatérale au profit des droits des investisseurs mais nous ne pouvons pas ignorer l'effervescence actuelle vers une responsabilisation de ces derniers¹⁰⁷. Il s'agit assurément de

¹⁰⁴ M.-M., MOHAMED SALAH, *op. cit.*, p. 294.

¹⁰⁵ *Metalclad Corporation c/ Mexique*, CIRDI, n° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000.

¹⁰⁶ La mondialisation économique est largement l'œuvre des sociétés transnationales. Néanmoins, leur rôle dans la promotion des droits fondamentaux est parfois ambigu. Voy. B. KIEFFER et C. MARQUET, *op. cit.*, pp. 239-240.

¹⁰⁷ En l'état actuel, il existe un régime de droit international général pour les États et les organisations internationales, mais pas pour les personnes privées, sauf dans le domaine très particulier des crimes internationaux. Ils sont alors soumis au régime de responsabilité de droit interne. Voy. H. ASCENSIO, *op. cit.*, 2018, pp. 327-328.

l'un des terreaux les plus fertiles en la matière¹⁰⁸. En effet, une partie de la doctrine plaide pour une véritable responsabilisation des investisseurs étrangers¹⁰⁹ au travers d'obligations diverses¹¹⁰, notamment grâce à l'insertion de mécanismes et de clauses directement dans les traités. Cela permettrait assurément aux arbitres de disposer de plus d'outils dans l'élaboration de leurs sentences. Plus encore, il s'agirait d'un mouvement non-équivoque vers une reconnaissance concrète de la responsabilité des acteurs économiques transnationaux¹¹¹.

Ayant dit cela, il ne faut pas négliger la tentative d'avancée que constitue l'affaire *Urbaser contre Argentine*¹¹². En effet, la demande reconventionnelle effectuée par l'Argentine portait sur la violation du droit à l'eau de sa population par les investisseurs, en raison de leurs activités d'assainissement des eaux. Tout d'abord, le tribunal a déclaré qu'il ne pouvait plus être affirmé qu'un investisseur étranger n'était pas sujet aux obligations du droit international. En ce sens, une entreprise privée investissant dans de tels biens publics, à savoir le processus de purification de l'eau, ne peut se délier de sa responsabilité au regard du droit humain à l'eau¹¹³. Dans ce cadre, l'État hôte n'est pas celui qui est exclusivement obligé¹¹⁴.

Le tribunal ne s'est pas arrêté à ces considérations puisqu'il a également affirmé que le droit à l'eau comporte également une obligation de s'abstenir de toute activité qui détruirait ce droit¹¹⁵. A travers cette obligation négative, le tribunal vise autant l'État hôte que l'investisseur étranger. Pour parvenir à cette affirmation, les arbitres se sont fondés sur l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et sur l'article 5, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹¹⁶.

¹⁰⁸ Certains textes internationaux mentionnent la responsabilité des acteurs économiques privés par rapport aux droits fondamentaux. Néanmoins, les formulations demeurent abstraites et concernent plutôt des méthodes qu'un contenu concret. Voy. *Ibid.*, pp. 347-348.

¹⁰⁹ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 5^e édition, 2021, pp. 181-182.

¹¹⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 493.

¹¹¹ La doctrine est assez divisée sur ce sujet. Certes, il existe un accord global sur une évolution des références aux droits fondamentaux pour que l'État hôte puisse les faire respecter par les investisseurs étrangers. Au demeurant, Monsieur DE NANTEUIL énonce qu'il est bien moins réaliste actuellement « d'imaginer une hypothèse d'un engagement de la responsabilité internationale des opérateurs économiques étrangers ». Voy. *Ibid.*, p. 497.

¹¹² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.

¹¹³ L. CHIUSI, « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement » in C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019, p. 27.

¹¹⁴ *Urbaser S.A. (...) c/ Argentine*, *op. cit.*, §§ 1193-1194.

¹¹⁵ Le passage pertinent de la sentence est énoncé en ces termes : « *it is therefore to be admitted that the human right for everyone's dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights* ». Voy. *Ibid.*, § 1199.

¹¹⁶ *Idem.*

Cependant, pour le tribunal¹¹⁷, le droit à l'eau n'implique pas pour les acteurs privés opérant contractuellement une obligation positive de protéger et réaliser ce droit¹¹⁸. En outre, l'État argentin n'avait invoqué aucun fondement juridique permettant de réclamer des dommages et intérêts en réparation du préjudice lié à la violation du droit humain à l'eau. Dès lors, le tribunal n'a pu que constater l'absence d'argumentation pertinente pour fonder des obligations en matière de droits de l'homme. L'audace initiée par le tribunal n'est finalement restée qu'un simple repère : « l'obligation existe bien, mais sa sanction ne saurait se faire sans la médiation de l'État »¹¹⁹.

D'un bout à l'autre de cette sentence, transparait l'absence de référence aux obligations des investisseurs dans le droit international¹²⁰, ce qui complique corrélativement la tâche des arbitres faisant face à ces défis humains. L'une des solutions proposées par Madame CHIUSI, en attendant un rééquilibrage des instruments de droit international des investissements, serait d'utiliser « les principes généraux de droit pour constituer une source d'obligations fondamentales pour les investisseurs »¹²¹ ; par exemple, le principe de bonne foi ou encore le principe de confiance légitime. Certes, il s'agit pour l'heure d'une rustine de sécurité mais les États d'accueil seraient plus qu'avisés de construire leurs défenses en ayant égard à de tels fondements.

5) Concilier « droit » et « devoir »

A la suite du développement précédent, nous avons pu constater à quel point les retombées néfastes ou les dommages collatéraux liés aux activités de ces investisseurs ont mis au jour une nécessité de concilier leurs droits et leurs devoirs. En ce sens, nous pourrions nous demander s'il existe une formule magique pour endiguer les violations des droits de l'homme et responsabiliser les investisseurs étrangers.

¹¹⁷ Notons que « l'obligation de respecter les engagements pris dans le cadre de la concession repose sur le droit interne et ne peut donc pas être sanctionnée par un tribunal statuant sur le fondement d'un traité ». Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 495.

¹¹⁸ L. CHIUSI, *op. cit.*, p. 28 ; *Urbaser S.A. (...) c/ Argentine*, *op. cit.*, § 1210.

¹¹⁹ A. DE NANTEUIL, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », in C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019, pp. 41-43.

¹²⁰ L'innovation constituée par la sentence *Urbaser* est indéniable. Le franchissement suivant sera plus que probablement réalisé à l'aide de la multiplication des clauses incluant des références aux droits fondamentaux.

¹²¹ A. DE NANTEUIL, « Responsabilité contractuelle des investisseurs pour violation des droits de l'homme : perspectives et limites », *op. cit.*, pp. 28-29.

En tout état de cause, il ne faut pas oublier la nature originelle du droit international de l'investissement et des tribunaux arbitraux créés à cet effet : la protection des investissements réalisés à l'étranger. En effet, ces institutions n'ont pas été créées pour répondre de questions liées aux droits de l'homme. Lorsque nous aborderons les États-hôtes dans la procédure arbitrale, nous verrons que même lorsqu'un État formule une demande reconventionnelle mettant au jour des violations des droits humains, le tribunal requiert la présence d'un lien, à tout le moins factuel, avec la requête initiale de l'investisseur-demandeur¹²².

Néanmoins, si nous nous référons de nouveau au standard du traitement juste et équitable, de nombreux auteurs ont souligné une certaine volonté des juridictions arbitrales de prendre en compte le comportement et la diligence de l'investisseur étranger et ce, afin d'atténuer les répercussions au sein de l'État d'accueil. En effet, les agissements ou omissions de l'investisseur peuvent influencer¹²³ la légalité du comportement de l'État hôte, voire le montant octroyé en guise d'indemnisation¹²⁴. Du reste, ces considérations sont somme toute logiques puisque la pratique estime qu'un investisseur étranger diligent examine avec précaution le cadre général de l'État dans lequel il va investir.

Il n'en reste pas moins que le rôle clé confié à certains investisseurs étrangers dans les services publics de certains États doit inévitablement amener à une réflexion accrue en ce qui concerne leurs devoirs et la diligence avec laquelle ces missions doivent être réalisées. Ayant dit cela, il est évident que les entreprises multinationales ont une part de responsabilité dans la réalisation de ces droits fondamentaux. Bien que la vision unilatérale au profit des investisseurs étrangers tende à s'estomper, il est désormais primordial d'apporter une certaine stabilité à la protection aléatoire contre les violations des droits de l'homme commises par lesdits investisseurs. Cette réflexion fera notamment partie de l'approche prospective de la dernière partie de ce travail concernant deux ébauches de solution pour une meilleure appréhension des droits de l'homme dans le contentieux arbitral.

¹²² Un mouvement positif d'acceptation existe également pour ces demandes reconventionnelles.

¹²³ *Joseph Charles Lemire c/ Ukraine*, CIRDI, n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010, § 285.

¹²⁴ W. BEN HAMIDA et al., *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI : regards rétrospectifs et prospectifs*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, pp. 253-254.

C.- LES ÉTATS D'ACCUEIL DANS LA PROCÉDURE ARBITRALE

1) *La crainte d'une abdication des pouvoirs régaliens*

L'attention portée aux droits de l'homme se veut grandissante. En ce sens, des tentatives incertaines sont apparues sur la table, visant à réglementer de manière internationale les flux d'investissements étrangers. À ce jour, ces tentatives sont restées vaines puisque qu'il existe plus de 3.000 instruments d'investissements distincts qui offrent une protection variable à l'investisseur tout en omettant, dans la majorité des cas, d'ajouter des références claires aux droits de l'homme¹²⁵.

En outre, ces frictions entre les droits de l'homme et la protection des investisseurs étrangers possèdent une « charge symbolique »¹²⁶. Inéluctablement, de nombreuses craintes surgissent quant à une éventuelle abdication des pouvoirs régaliens de l'État d'accueil et de la protection des intérêts de sa population, au profit d'intérêts économiques particuliers. Pourtant, ils sont un outil précieux pour permettre la protection d'intérêts publics¹²⁷.

Par ailleurs, d'autres critiques ont jailli quant à un éventuel « effet dissuasif » de l'arbitrage d'investissement à l'égard des États-hôtes¹²⁸. En effet, le coût financier et politique d'un contentieux arbitral peut s'avérer titanesque. D'une part, cela pourrait encourager ces États à éluder les problématiques liées aux droits de l'homme et d'autre part, ces investissements étrangers sont parfois – voire souvent – primordiaux pour leur développement social et économique. Dès lors, le résultat de telles observations se présente, si ce n'est comme un nivellement par le bas, à tout le moins comme un *statu quo* en matière de protection des droits fondamentaux.

Nous parlerons de *regulatory chill* ou, en français, de « gel de la volonté de régulariser » ; la doctrine utilise cette expression pour qualifier l'effet négatif produit par le risque de plainte des investisseurs étrangers envers les États d'accueil. En effet, ces derniers pourraient être moins enclins à apporter des modifications aux lois ou à réglementer certaines pratiques¹²⁹. En outre, certains États en voie de développement peuvent craindre une domination de leur économie par des investisseurs étrangers ; cela se matérialise notamment par le fait que ces investisseurs peuvent, certes, représenter une clé de fonctionnement pour

¹²⁵ B. FARRUGIA, « The human right to water: defences to investment treaty violations », in W. PARK, W., *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 31, Issue 2, 2015, p. 262.

¹²⁶ É., TEYNIER et A., RAFIQ, *op. cit.*, p. 252.

¹²⁷ A. GERDAU DE BORJA MERCEREAU, *op. cit.*, p. 70.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 256.

¹²⁹ Réglementer et adopter de nouvelles politiques pourraient être considérés comme un manquement aux obligations d'un traité d'investissement, voire d'une convention particulière. Voy. M. RUBINO-SAMMARTANO et P. MAYER, *op. cit.*, p. 1668.

certains pays mais ils peuvent également sérieusement gripper les rouages de secteurs cruciaux en réduisant le contrôle étatique sur ces derniers. En d'autres termes, à la manière des pouvoirs coloniaux qui imposaient leurs activités par la force militaire, les investisseurs étrangers peuvent être de véritables machines de guerre économique.

A ce propos, certains auteurs, comme Madame KRIEBAUM, évoquent un phénomène ayant, pour ainsi dire, mis le feu aux poudres : la privatisation de nombreux services publics ou d'infrastructures étatiques dans les années 1990, notamment dans les pays en voie de développement¹³⁰. En effet, nous verrons, entre autres, la question de la privatisation des services liés à l'eau. Le fait d'impliquer des investisseurs étrangers dans de telles missions de service public a inévitablement conduit à des dérives en matière de droits fondamentaux et, dans certains cas, à des contentieux arbitraux. D'autres domaines ont subi le même sort : la prise en charge de déchets dangereux, l'acheminement de gaz, etc.

2) Un rôle de défenderesse et la possibilité de demandes reconventionnelles

Il est rarissime qu'un État se trouve en position de « demandeur originel »¹³¹ dans un contentieux arbitral face à un investisseur étranger, hormis çà et là certaines procédures initiées à la suite d'un manquement à une obligation contractuelle¹³². En principe, les États d'accueil sont en mesure d'incorporer une argumentation relative aux droits de l'homme, soit en tant que moyen de défense, soit en tant que demande reconventionnelle¹³³. Dans nombreuses de ces situations, les arguments invoqués par ces États mettent en exergue l'effort de prévention des violations des droits de l'homme sur leur territoire et, inéluctablement, ces mesures entraînent une modification de l'environnement de l'investissement¹³⁴. Dans ce cadre, le tribunal arbitral est amené à se prononcer sur la problématique suivante : *la violation du droit des investisseurs étrangers est-elle justifiée raisonnablement par une nécessité de sauvegarder les droits de l'homme ?*

¹³⁰ U. KRIEBAUM, « Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights », in A. REINISCH et U. KRIEBAUM (dir.), *The law of International relations – Liber Amicorum HansPeter Neuhold*, Elevent International Publishing, 2007, p. 166.

¹³¹ Citons par exemple l'affaire *Tanzania Electric Supply contre Indep. Power Tanzania* où le demandeur était une société publique habilitée à agir pour l'État. Voy. H. ASCENSIO, *op. cit.*, p. 138.

¹³² F. LATTY, « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l'État », in T., EL GHADBAN *et al.*, (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Éditions Pedone, 2018, p. 161.

¹³³ R. DHANANJAY JOSHI & S. GURPUR., « The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory », in W. WILLIAMS, *Arbitration International*, Oxford University Press, 2020, Vol. 34 – Issue 4, p. 560.

¹³⁴ É., TEYNIER et A., RAFIQ, *op. cit.*, p. 254.

Depuis plusieurs années, partant du constat que l'arbitrage d'investissement possédait un caractère « déséquilibré et inégalitaire »¹³⁵, les demandes reconventionnelles de l'État d'accueil tendent à se multiplier, bouleversant la dynamique générale du contentieux mais réaffirmant l'État lui-même. Ces dernières vont bien au-delà d'une simple réponse à l'argumentation de la partie demanderesse et constitue une demande nouvelle dans laquelle l'État « défendeur » se transforme en État « demandeur »¹³⁶.

Dans la rigueur des principes, l'arbitrage d'investissement permet aux États d'accueil de recourir aux demandes reconventionnelles, « pour autant naturellement que la demande s'inscrive dans le champ du consentement exprimé par les parties »¹³⁷. En pratique, les conditions nécessaires pour qu'elles soient examinées – à savoir la compétence du tribunal et le lien de connexité suffisant avec la demande principale – se révèlent être de véritables pierres d'achoppement, principalement dans le cadre des TBI qui fournissent peu de leviers d'action pour les États d'accueil¹³⁸.

Bien qu'il soit évident que ce mouvement d'accélération ne soit pas encore à son apogée, certaines décisions marquent un renouveau quant à l'appréciation de ces *counterclaims* et un désir de dépasser cette vision de « défendeurs perpétuels ».

Tout d'abord, à l'occasion de l'affaire *Urbaser*, l'Argentine, alors poursuivie pour une expropriation indirecte, invoquait au titre de demande reconventionnelle une violation du droit d'accès à l'eau en raison de la défaillance des entreprises espagnols à investir dans les infrastructures de distribution et d'assainissement de l'eau. Bien que cette demande ait finalement été rejetée, le fait qu'elle ait pu passer le stade de l'examen « au fond » marque une évolution incontestable¹³⁹ et une prise en compte de la frustration latente des États d'accueil de s'investir dans un contentieux où ils ont beaucoup à perdre¹⁴⁰.

Cette sentence n'est pas la seule à s'inscrire dans ce mouvement, en témoigne notamment l'affaire *Burlington* du 7 février 2017 dont les demandes reconventionnelles

¹³⁵ S. LEMAIRE, *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, III. – Les demandes reconventionnelles de l'Etat*, Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage 2017), Vol. 2017, Issue 2, p. 682.

¹³⁶ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement, op. cit.*, p. 301.

¹³⁷ La présentation d'une demande reconventionnelle est prévue dans de nombreux textes. Citons par exemple l'article 46 de la convention de Washington, l'article 21 (3) du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 5 du règlement d'arbitrage de la CCI, etc. ; Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement, op. cit.*, p. 301.

¹³⁸ Dans le cadre d'un fondement contractuel avec des obligations réciproques, les demandes reconventionnelles sont facilitées. C'est la problématique des *contract claims* et des *treaty claims*. Voy. W. BEN HAMIDA et al., *op. cit.*, pp. 185-186.

¹³⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1156 et s.

¹⁴⁰ W. BEN HAMIDA et al., *op. cit.*, pp. 194-195.

portaient ici sur des dommages environnementaux et des dommages subis par des infrastructures pétrolières. Dans cette dernière, le tribunal arbitral a rendu une décision¹⁴¹ portant, pour la première fois, une condamnation de l'investisseur étranger au titre des demandes reconventionnelles formulées par l'Équateur dans le cadre d'un arbitrage fondé sur un traité. Toutefois, il convient de préciser que cette dernière affaire présente une particularité puisque l'investisseur étranger avait expressément renoncé à contester les demandes reconventionnelles en signant un accord avec l'Équateur. En dépit de cet élément, il s'agit bel et bien d'une avancée significative.

La combinaison de ces deux affaires marque une nouvelle évolution des conceptions dans le droit des investissements internationaux. En effet, les États-hôtes ont désormais une possibilité d'être entendus au sujet de leurs demandes spécifiques ; la porte s'est entrouverte pour les États d'accueil, permettant un début d'éloignement du rôle sempiternel de partie défenderesse. En outre, le refus de ces demandes reconventionnelles ne sera plus systématiquement établi en raison d'une contestation de sa compétence ou de la recevabilité desdites demandes¹⁴², voire du consentement. La sentence *Urbaser*, et dans sa continuité, la sentence *Burlington*, ne contestent plus les liens entre la demande principale de l'investisseur étranger et la demande reconventionnelle de l'État d'accueil ; un lien factuel suffit pour remplir la condition de connexité¹⁴³.

Néanmoins, l'État hôte, condamnée à cette paradoxale position de partie faible, tentant par des demandes reconventionnelles de placer les investisseurs face à leurs propres turpitudes afin d'obtenir gain de cause, doit encore affronter de nombreuses embûches sur le chemin reconventionnel¹⁴⁴. En effet, non seulement « les défaillances de l'environnement normatif conventionnel mais aussi l'immense pouvoir d'appréciation que les tribunaux arbitraux peuvent en tirer »¹⁴⁵ préfigurent telles des embuscades sur l'itinéraire tracé par les affaires *Urbaser* et *Burlington*. Il ne reste qu'à espérer la poursuite de l'évolution positive du cadre posé par les TBI, tant ces derniers dominent le paysage de l'investissement. C'est-à-dire,

¹⁴¹ Il convient de noter qu'il s'agissait de la troisième décision rendue dans cette affaire, après celle du 2 juin 2010 sur la compétence et celle du 14 décembre 2012 portant condamnation de l'Équateur pour expropriation illégale.

¹⁴² S. LEMAIRE, *op. cit.*, pp. 691-692.

¹⁴³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1151 ; *Burlington Resources Inc. c/ Équateur*, CIRDI, n° ARB/08/05, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017, § 62.

¹⁴⁴ F. LATTY, *op. cit.*, pp. 164-165.

¹⁴⁵ Selon le cas d'espèce, ces obstacles peuvent être : le droit processuel de l'État défendeur de formuler une demande reconventionnelle, le consentement de l'investisseur, la condition de connexité, le régime de responsabilité de l'investisseur. Voy. *Idem*.

développer de plus en plus de clauses expresses permettant aux États de faire valoir leurs prétentions.

3) De quelques illustrations démontrant l'argumentation mise en œuvre par les États-hôtes lorsqu'une question relative aux droits de l'homme est en jeu

Afin de concrétiser les développements précédents, nous allons nous intéresser aux diverses méthodes ou argumentations utilisées par les États-hôtes pour faire émerger les droits de l'homme dans le débat contradictoire.

a) Le droit à l'eau

Restant dans un vocable aquatique, cette « émergence » s'est notamment marquée par le « droit à l'eau » des populations et l'Argentine, dans ce cadre, en constitue l'un des meilleurs exemples. En effet, à la fin des années 1990, une grave crise économique et sociale a ébranlé le pays, compromettant la pérennité d'accords économiques et d'investissements. La situation était à ce point sérieuse que des mesures de régulation des prix de l'eau et du gaz furent mises en œuvre. Le droit à l'eau constituait assurément, pour le gouvernement argentin, un « élément indispensable à la satisfaction du droit à un niveau de vie suffisant des populations »¹⁴⁶.

A la suite de ces événements, de nombreuses affaires impliquant les mesures prises par l'État argentin ont vu le jour. Tel qu'il est développé dans la doctrine à ce sujet, il est possible de relever trois types de cas¹⁴⁷ : dans certains de ceux-ci, le tribunal arbitral a tout simplement rejeté les considérations développées à propos des droits de l'homme¹⁴⁸, soit pour des raisons d'absence d'incidence au niveau des droits humains¹⁴⁹, soit pour

¹⁴⁶ Les États doivent agir au maximum de leurs ressources disponibles pour assurer le plein exercice des droits reconnus par le PIDESC. En ce sens, « les États doivent veiller à ce que les tiers qui gèrent ou contrôlent des services liés à l'eau ne compromettent pas l'accès physique, à un coût abordable et sans discrimination, à un eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante ». Voy. Observation générale n°15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », 29^e séance, 29 novembre 2002, Doc. ONU E/C.12/2002/11.

¹⁴⁷ R. DHANANJAY JOSHI & S. GURPUR., *op. cit.*, pp. 557-558

¹⁴⁸ V. KUBE & E.-U. PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, Asian, J. WTO International Health Law Policy, 2016, p. 81.

¹⁴⁹ *CMS Gas c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, §§ 114 et 121.

incompatibilité entre le traité d'investissement et les traités relatifs aux droits de l'homme¹⁵⁰. Dans un autre cas, le tribunal a certes reconnu des obligations liées aux droits de l'homme mais les a finalement rejetées¹⁵¹. Enfin, il est tout de même arrivé que le tribunal reconnaisse l'argumentation reposant sur les droits de l'homme, notamment la célèbre affaire, déjà évoquée ci-dessus, *Urbaser contre Argentine*¹⁵².

Cette affaire, intéressante à plus d'un titre, a donc « reconnu » un rôle pour les droits de l'homme. En effet, le tribunal arbitral a admis que l'interprétation d'un TBI devait être réalisée à la lumière des principes du droit international¹⁵³, notamment les droits humains. Fort malheureusement, la demande reconventionnelle de l'État argentin a échoué car le tribunal a estimé que l'investisseur étranger ne devait pas donner effet au droit fondamental à l'eau, mais plutôt respecter les obligations liées à la concession publique¹⁵⁴. En d'autres termes, le droit à l'eau n'était pas opposable à l'investisseur, sauf s'il s'y était expressément engagé. Il n'en demeure pas moins que cette dynamique a contribué à une approche plus globale des enjeux liés à l'eau considérée en tant que droit fondamental des peuples.

D'autres cas ont justifié des mesures de dépossession – telles que l'expropriation directe ou indirecte – de la part de l'État hôte, notamment au regard du respect de l'intérêt public et du droit des populations. Dans l'affaire *Compania del Desarrollo de Sante Elena*, le Costa Rica invoquait des préoccupations environnementales liées à l'eau pour défendre la mesure envisagée d'expropriation des investisseurs étrangers¹⁵⁵. Toutefois, il convient de préciser que ces mesures doivent être accompagnées d'une « compensation intégrale de l'État hôte ». En ce sens, la qualité de la défense importe peu, puisque l'existence d'un intérêt public ou du non-respect d'un droit fondamental n'est pas la seule condition pour effectuer de telles mesures de dépossession¹⁵⁶.

¹⁵⁰ *Azurix c/ Argentine*, n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, § 261 ; *Siemens A.G. c/ Argentine*, CIRDI n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007, § 79.

¹⁵¹ *SAUR International S.A. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012, § 330.

¹⁵² *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1143.

¹⁵³ Notamment, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

¹⁵⁴ R. DHANANJAY JOSHI & S. GURPUR., *op. cit.*, p. 561 ; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, §§ 1199, 1204 et s.

¹⁵⁵ *Compania del Desarrollo de Sante Elena S.A. c/ Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 11 février 2000, §§ 71 et 72.

¹⁵⁶ M., CUQ, « Chapitre 1 - L'approche traditionnelle d'appropriation de l'eau : une prise en compte insuffisante des besoins humains et environnementaux » in *L'eau en droit international*, Bruxelles, 1^e édition, Larcier, 2013, p. 49.

Néanmoins, cette « compensation » n'est pas toujours octroyée. En effet, dans l'affaire *Methanex contre États-Unis*, le tribunal arbitral a fait droit à l'argumentation de l'État hôte en ce qu'il avait décidé d'interdire la commercialisation d'un additif à l'essence car ce dernier pollue les ressources en eau potable¹⁵⁷. En d'autres termes, cette interdiction n'était pas, dans ces circonstances, une mesure d'expropriation indirecte et ne nécessitait donc pas une indemnisation de l'investisseur étranger¹⁵⁸.

Dès lors, à travers cette notion d'intérêt général et droits fondamentaux, les États d'accueil ont de plus en plus la possibilité de faire valoir les dimensions humaines et environnementales, notamment dans la thématique visée par la présente section.

Au demeurant, malgré les moyens développés concernant le droit fondamental à l'eau, il subsiste un certain « classicisme » des arbitres, fidèles à leur vocation de défenseurs des règles de l'ordre économique international¹⁵⁹. Citons l'affaire *Suez/Vivendi contre Argentine* où le tribunal arbitral a décidé qu'il n'y avait pas de contradiction entre les obligations liées aux droits de l'homme de l'Argentine et les obligations résultant du TBI. A la suite de cette affirmation, le tribunal a poursuivi en arguant que les dispositions du TBI « auraient pu être respectées sans pour autant que l'accès à l'eau soit compromis »¹⁶⁰.

b) La santé publique et le développement durable

De toute évidence, le droit à l'eau n'est pas le seul pan d'action auquel un État peut recourir. D'autres affaires ont mis en exergue des problématiques liées à la santé publique de la population, voire au développement durable. A ce propos, un exemple assez parlant est celui de l'affaire *Philip Morris contre Uruguay*¹⁶¹. En substance, il s'agissait de mesures introduites par l'État hôte afin de lutter contre le tabagisme et ainsi, préserver le droit à la santé du peuple uruguayen. Bien entendu, l'investisseur étranger ne l'entendait pas de cette oreille et invoquait des mesures équivalentes à une expropriation en vertu du TBI. Lorsque le tribunal a rendu sa sentence, ce dernier a conclu que l'Uruguay n'avait pas violé les obligations contenues dans le TBI. Par le truchement de cette sentence, nous avons pu apercevoir une meilleure reconnaissance des intérêts publics. En conséquence, l'État d'accueil dispose d'un

¹⁵⁷ S. EL BOUDOUHI, *L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements*, Annuaire français de droit international, 2005, Vol. 51, p. 552.

¹⁵⁸ M., CUQ, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁹ M.-M., MOHAMED SALAH, *op. cit.*, pp. 309-310.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. c/ Uruguay*, CIRDI, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016.

plus grand pouvoir discrétionnaire, notamment grâce à l'utilisation de la notion de « marge d'appréciation » consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶².

Dans l'affaire *Pac Rim contre Salvador*, il s'agissait d'un investisseur étranger qui exerçait des activités minières. Lorsqu'il a été nécessaire de renouveler les licences d'exploitation, le Salvador a refusé au motif que les produits chimiques utilisés lors de l'extraction constituaient un danger pour la population et l'environnement. Le tribunal arbitral s'est prononcé en faveur de l'État hôte car l'investisseur n'avait pas respecté les conditions pour effectuer de telles opérations¹⁶³.

A travers ces différentes affaires, il apparaît que l'arbitrage d'investissement a accepté de reconnaître, à tout le moins d'entendre, les problématiques liées aux droits de l'homme venant des États-hôtes. Bien que des circonstances précises soient requises, telles qu'un état de nécessité suffisamment grave pour ne pas respecter les dispositions d'un TBI¹⁶⁴, il est certain que les considérations précédentes ne peuvent préfigurer un *blanc-seing* pour l'État hôte de contourner à tort et à travers les règles établies par les TBI ou d'autres types de conventions.

D.- LA RECONNAISSANCE DE L'INTERVENTION DES TIERS EN QUALITÉ D'AMICUS CURIAE

Les enjeux d'un contentieux arbitral peuvent être importants, non seulement d'un point de vue financier mais également d'un point de vue public et politique. Grâce à la promotion du principe de transparence, les affaires d'une certaine envergure opposant un investisseur étranger à un État d'accueil font de plus en plus l'objet d'une couverture médiatique voire d'interventions procédurales.

1) Une (r)évolution pragmatique

Au travers de l'intervention *d'amicus curiae*, se manifeste donc une nouvelle fois l'idée d'une transparence de l'arbitrage d'investissement car les effets d'une sentence dépassent bien souvent les deux parties litigantes, notamment s'il s'agit de préoccupations environnementales, économiques ou encore sociales¹⁶⁵. En effet, bien qu'elle ne constitue pas une fin en soi, il s'agit d'un « principe opérationnel qui doit se comprendre comme une

¹⁶² F. PASCUAL-VIVES, « Investissements étrangers et protection des intérêts publics » in C. TITI (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019, pp. 174-175.

¹⁶³ *Pac Rim Cayman LLC c/ El Salvador*, CIRDI, n° ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016.

¹⁶⁴ R. DHANANJAY JOSHI & S. GURPUR., *op. cit.*, p. 562.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 561.

méthode de fonctionnement au service de principes plus substantiels »¹⁶⁶. Littéralement qualifiés « *d'amis de la cour* »¹⁶⁷, la participation de ces tiers aux procédures arbitrales tend à prêter main-forte à l'arbitre dans l'élaboration de son raisonnement.

Cette pratique a connu ses premiers développements grâce aux organisations non-gouvernementales (ci-après « ONG ») qui réclamaient un droit d'accès aux documents et aux audiences¹⁶⁸. Au fil du temps, d'autres entités telles que des syndicats, des associations ou des organismes publics ont tenté d'introduire des requêtes d'*amicus curiae*¹⁶⁹.

Bien que des exceptions existent¹⁷⁰, et outre les éclaircissements apportés aux arbitres, l'analyse des requêtes de ces tiers démontre une tendance en faveur de l'État hôte. En effet, les raisons invoquées pour leur participation ainsi que les observations apportées trouvent bien souvent un écho dans la thèse de l'État d'accueil. Sans adopter une ligne identique, certaines ONG n'hésitaient pas à mettre en évidence que les activités des investisseurs affectaient de manière durable les intérêts publics ainsi que les droits fondamentaux des populations. Dès lors, ces interventions apportent une certaine légitimation aux actions entreprises par les États-hôtes à l'encontre des investisseurs étrangers¹⁷¹. À l'opposée, l'investisseur peut rester pantois vu qu'il devra également prendre en compte les objections écrites réalisées par les *amici curiae* et réfléchir aux moyens de limiter l'impact médiatique que ces interventions peuvent représenter¹⁷².

A ce propos, l'une des affaires emblématiques est celle de *Methanex contre États-Unis*¹⁷³. Des inquiétudes s'étaient élevées au sujet des activités de cet investisseur, notamment en raison de la pollution des eaux de surface et souterraines. Dans ce cadre, malgré le silence des règles de la CNUDCI (2013), le tribunal arbitral a permis à des

¹⁶⁶ C. KESSEDIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *RCADI*, t. 300, 2002, p. 146.

¹⁶⁷ S. MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage 2012, Vol. 2012, Issue 1), p. 49.

¹⁶⁸ Il est certain que les ONG auront un rôle significatif dans les développements ultérieurs du droit international des investissements étrangers. D'ailleurs, leur rôle s'est déjà marqué par un changement des conceptions, en passant d'un paradigme de protection de l'investisseur étranger vers une tentative de responsabilisation de leurs activités. Néanmoins, ce changement fait face à plus de résistances dans le domaine de l'arbitrage d'investissement. Voy. M. SORNARAJAH, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁶⁹ *Glamis Gold Ltd c/ États-Unis*, CNUDCI (ALENA), sentence du 8 juin 2009, § 286 ; *Merrill & Ring Forestry LP c/ Canada*, CNUDCI (ALENA), sentence du 31 mars 2010, §§ 22-25.

¹⁷⁰ Bien que la participation d'*amicus curiae* qui favorise les États soit la situation la plus courante, il existe des cas où elle favorise les investisseurs étrangers ou bien, est neutre, par exemple pour défendre une position juridique.

¹⁷¹ L., BASTIN, « Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends », in WILLIAMS, W., *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 30, Issue 1, 2014, pp. 135-136.

¹⁷² A. DE FONTMICHEL et A. MEYNIEL, *op. cit.*, pp. 656-657.

¹⁷³ *Methanex Corp c/ États-Unis*, CNUDCI, décision du tribunal sur les requêtes de tiers pour intervenir en tant qu'« *amici curiae* », 15 janvier 2001.

organisations de la société civile de faire valoir leurs observations et ce, à la lumière de l'impact public, environnemental et social que de telles activités pouvaient représenter¹⁷⁴.

De la même manière, vu les intérêts publics en présence et l'importance de la transparence, des ONG ont été autorisées à présenter des observations – mais pas à accéder aux pièces, *voir infra* – au tribunal arbitral dans l'affaire *Biwater Gauff contre Tanzanie*. L'idée principale était de démontrer que les investisseurs étrangers devaient favoriser le droit fondamental à l'eau, et non l'entraver. Outre la constatation de la violation de la clause de traitement juste et équitable dans le TBI entre le Royaume-Uni et la Tanzanie, l'inspiration conférée au tribunal par les tierces parties a également permis de mettre en avant que les investisseurs étrangers devaient évaluer correctement leurs attentes légitimes à la lumière de l'environnement d'investissement dans lequel ils s'inscrivaient¹⁷⁵.

D'autres affaires peuvent encore être citées : reposant notamment sur la notion d'intérêt public, les tribunaux arbitraux, dans les affaires *UPS contre Canada*¹⁷⁶ et *Glamis Gold contre États-Unis*¹⁷⁷, ont permis l'intervention de tiers dans la procédure. Dans le même ordre d'idées, la décision *Suez/Vivendi contre Argentine*¹⁷⁸ a également autorisé la soumission d'observations écrites en se basant non seulement sur l'article 44 de la Convention CIRDI mais également sur la notion d'intérêt public et sur des considérations relatives aux droits humains. Plus récemment, dans l'affaire *Infinito Gold contre Costa Rica*¹⁷⁹, un tribunal arbitral a fait droit à la demande d'une ONG de protection de l'environnement pour qu'elle soumette un mémoire écrit concernant la révocation d'une licence d'exploitation d'un projet minier.

Au cours des vingt dernières années, il est évident qu'une place plus conséquente a été réservée aux requêtes d'*amicus curiae*, en témoigne différentes modifications – parfois timides – apportées au Règlement de la CNUDCI ou à la Convention d'arbitrage CIRDI¹⁸⁰. De même, les tribunaux arbitraux siégeant sous l'égide du CIRDI ou dans le cadre de l'ALENA ont pris conscience de l'importance d'ouvrir les débats, le plus souvent, à des représentants de « victimes collatérales », tels que des ONG. En ce sens, l'affaire *Aguas Argentinas contre*

¹⁷⁴ Le tribunal arbitral a notamment établi sa compétence sur base de l'article 15 (1) du Règlement CNUDCI pour autoriser les requêtes d'*amicus curiae*.

¹⁷⁵ *Biwater Gauff Ltd c/ Tanzanie*, CIRDI, n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008, § 50-54 et 601.

¹⁷⁶ *United Parcel Services of America, Inc. c/ Canada*, CNUDCI (ALENA), décision sur la demande d'intervention et de participation en tant qu'*amicus curiae* du 17 octobre 2001, § 70.

¹⁷⁷ *Glamis Gold, Ltd. c/ États-Unis*, CNUDCI (ALENA), sentence finale du 8 juin 2009, § 286.

¹⁷⁸ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/19, ordonnance en réponse à la demande de participation d'un *amicus curiae* du 19 mai 2005, §§ 9-16 et § 19.

¹⁷⁹ *Infinito Gold Ltd c/ Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/14/5, ordonnance de procédure n°2, 1^{er} juin 2016, §49.

¹⁸⁰ L'article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI a été inséré en 2006 pour permettre aux *amici curiae* de déposer de telles requêtes sous certaines circonstances et la CNUDCI a adopté ses règles de transparence prévoyant également l'acceptation des soumissions en qualité d'*amicus curiae*.

Argentine démontre à quel point l'acceptation des requêtes d'*amicus curiae* peut revêtir une importance particulière pour la légitimité des procédures d'arbitrage d'investissement¹⁸¹. Plus encore, les requêtes de tiers ne se limitent plus au cadre traditionnel, à savoir les arbitrages menés aux règles de l'ALENA, de la CNUDCI, du CIRDI ou encore en vertu d'un TBI¹⁸².

Nul doute qu'il s'agisse d'un point essentiel dans l'appréhension des droits fondamentaux dans le cadre d'un litige relatif à un investissement. Cet accès, se voulant plus large mais pas illimité, a permis aux *amici curiae* de faire valoir leurs points de vue et d'obtenir, toutes proportions gardées et selon le cas d'espèce, des droits de participation se matérialisant comme suit : dépôt d'observations écrites, droit d'accès à divers documents déposés, etc.

2) *Entre inconstance et réticence*

Dans l'ensemble, la pratique constate encore des réticences de la part des tribunaux arbitraux, notamment pour éviter une instrumentalisation politique de certains litiges¹⁸³. En effet, les problématiques liées aux droits de l'homme suscitent inévitablement une forme d'émoi dans les populations, et l'exaltation de ces émotions pourrait être utilisée à des fins démagogiques. Dès lors, le nombre de rejets de ces requêtes demeure encore élevé et, par ailleurs, l'admission d'un mémoire d'*amicus curiae* n'apporte aucune certitude sur sa prise en compte lorsque le tribunal arbitral entrera en délibération. D'aucuns n'ont pas hésité pas à dénoncer un « déficit démocratique » et une incapacité pour les tribunaux arbitraux d'être les garants de « l'intérêt général »¹⁸⁴ et d'une « régulation » dans les relations d'investissement¹⁸⁵.

Il est donc important en pratique de ne pas se montrer utopiste à l'égard des demandes en qualité d'*amicus curiae* car elles ne reçoivent pas dans chaque affaire un traitement positif. En effet, dans la complexe affaire *von Pezold contre Zimbabwe*, les demandes de dépôt d'observations écrites et d'accès aux principaux documents du Centre européen pour les droits constitutionnels et les droits de l'homme et de quatre communautés autochtones du Zimbabwe ont été rejetées au motif, d'une part, que leur requête ne s'inscrivait pas dans le champ du litige et, d'autre part, qu'elles ne disposaient pas d'un intérêt

¹⁸¹ *Aguas Argentinas S.A. c/ Argentine*, CIRDI, décision sur une requête relative à la transparence et la participation en tant qu'*amicus curiae*, 19 mai 2005, § 22 ; S. MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *op. cit.*, p. 54.

¹⁸² L., BASTIN, « Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends », *op. cit.*, pp. 130-131.

¹⁸³ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 294.

¹⁸⁴ S. MENETREY, *op. cit.*, p. 52.

¹⁸⁵ L., BASTIN, *Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends*, *op. cit.*, p. 137- 139.

significatif pour être incluses dans la procédure¹⁸⁶. Il convient d'ajouter une raison plus litigieuse¹⁸⁷ invoquée par le tribunal : les tierces parties n'étaient apparemment pas (assez) « indépendantes » vis-à-vis de l'État défendeur¹⁸⁸. A cause de cette approche restrictive, cette affaire a constitué un véritable frein dans l'évolution des requêtes d'*amici curiae* dans les litiges investisseur-État¹⁸⁹.

Malheureusement pour la richesse des débats, il ne s'agit en rien d'un cas isolé. En effet, dans l'affaire *Aguas del Tunari contre Bolivie*, le tribunal arbitral a refusé de conférer le statut d'*amicus curiae* à des ONG pour deux raisons principales¹⁹⁰ : d'une part, l'absence de consentement des parties et d'autre part, l'absence de nécessité quant à des observations effectuées par ces ONG. Dans l'affaire *Bewater Gauff contre Tanzanie* relativement à la résiliation d'une concession de service public des eaux, le tribunal a refusé en partie la demande des *amici curiae*, spécialement quant à l'accès aux pièces du dossier. Les arbitres ont privilégié l'intérêt général à l'intérêt particulier des ONG d'obtenir cet accès¹⁹¹ ; ces dernières discutaient de sujets bien plus larges que l'objet du litige lui-même.

Bien qu'il y ait eu une reconnaissance de la pratique des *amici curiae*, il n'en reste pas moins que la jurisprudence arbitrale demeure encore inconstante sur cette question. Outre les discussions relatives au consentement à l'arbitrage et son éventuelle dilution en raison des requêtes d'*amicus curiae*, le tribunal arbitral doit désormais composer avec l'exigence croissante de transparence dans le contexte des investissements internationaux. En effet, les questions relatives aux droits de l'homme ne peuvent plus, au 21^{ème} siècle, être exclues du délibéré des arbitres. Dès lors, il s'agit également d'un élément que le tribunal prendra en compte pour évaluer les requêtes d'*amici curiae*, notamment si cela permet « d'accroître la légitimité de l'arbitrage aux yeux du public »¹⁹².

Eu égard à ces considérations, il apparaît que trois éléments doivent mettre en garde le tribunal¹⁹³. En premier lieu, selon le cas d'espèce, le consentement demeure une exigence préliminaire. En deuxième lieu, la tierce partie doit être suffisamment indépendante par rapport aux parties en litige. Cette considération s'avère en réalité parfois obscure, tant il n'est jamais certain qu'un tiers n'a pas un lien – même indirect ou éloigné – avec l'une des parties

¹⁸⁶ *Bernhard von Pezold & al. c/ Zimbabwe*, CIRDI, n° ARB/10/15, sentence du 26 juin 2012, § 56-63.

¹⁸⁷ L., BASTIN, « Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends », *op. cit.*, p. 138.

¹⁸⁸ *Bernhard von Pezold & al. c/ Zimbabwe*, *op. cit.*, § 56 : le tribunal arbitral interprète l'article 37 (2) du Règlement CIRDI d'une telle manière qu'il impose une condition implicite « d'indépendance apparente » aux tiers voulant intervenir en tant qu'*amicus curiae*.

¹⁸⁹ É., TEYNIER et A., RAFIQ, *op. cit.*, pp. 292-293.

¹⁹⁰ *Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivie*, CIRDI, n° ARB/02/3, sentence du 21 octobre 2005, § 17.

¹⁹¹ W. BEN HAMIDA et al., *op. cit.*, pp. 202-203.

¹⁹² É., TEYNIER et A., RAFIQ, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹³ R. DHANANJAY JOSHI & S. GURPUR., *op. cit.*, p. 562.

au litige. En dernier lieu, la partie non contestante ayant un intérêt significatif doit expressément apporter une aide concrète qui permettra au tribunal d'élaborer au mieux sa sentence, en tenant compte notamment des intérêts des populations locales vis-à-vis des répercussions éventuelles liées aux investissements internationaux. En d'autres termes, le degré d'expertise et la présence d'intérêts publics, voire vitaux, sont des facteurs qui entrent dans l'appréciation du tribunal arbitral sur la pertinence de l'intervention d'un *amicus curiae*¹⁹⁴.

Au demeurant, la multiplication de ces exigences laisse une certaine marge d'appréciation au tribunal arbitral.

¹⁹⁴ J. HARRISON, « Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions », in P.-M DUPUY, Fr. FRANCONI et E.-U. PETERSMANN (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, pp. 404-405.

IV.- ÉTUDE PROSPECTIVE POUR AMÉLIORER LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME

Tel que nous avons pu le constater à travers les développements précédents, le contentieux arbitral d'investissement soulève de plus en plus d'enjeux liés aux droits fondamentaux. Jusqu'il y a peu, ces problématiques majeures n'étaient que modestement abordées. Néanmoins, l'évolution de la pratique démontre qu'il est primordial de parvenir à pondérer ces droits fondamentaux avec le droit international des investissements, en ce compris l'arbitrage d'investissement.

Il reste qu'il y a encore du chemin à parcourir pour élever le nombre de sentences arbitrales traitant de tels enjeux et ce, pour plusieurs raisons : il arrive que la motivation des parties soit inadéquate, que les arbitres rejettent de telles thèses au nom de leur champ de compétence, ou encore que des méthodologies aléatoires, voire nébuleuses, soient utilisées. C'est pourquoi, il est important de « reconceptualiser » certains pans du droit international des investissements.

A.- EN AMONT : LA RÉDACTION DES TRAITÉS – UNE FENÊTRE D'OPPORTUNITÉ

Tel que nous l'avons déjà relevé, les TBI sont incontestablement l'instrument phare du droit international des investissements¹⁹⁵. Il en existe plus de 3.000 à travers le monde. Chaque année, de nouveaux traités d'investissement apparaissent avec en ligne de mire une idée de « réajustement permanent des politiques d'investissement »¹⁹⁶. Dès lors, pour répondre aux diverses problématiques suscitées par les multiples interactions entre les droits de l'homme et les investissements internationaux, de nombreuses institutions ont été créées. Leur but est d'apporter une aide dans la négociation des TBI entre les pays en voie de développement et les pays d'origine des investisseurs¹⁹⁷. L'idée derrière ces initiatives est de proposer des modèles de traité, voire certains standards en matière de protection des droits fondamentaux.

¹⁹⁵ Bien que dans l'Union européenne, ces derniers aient été durement contestés par l'arrêt *Achméa* du 6 mars 2018, en tout cas pour les TBI intra-européens.

¹⁹⁶ A. GERDAU DE BORJA MERCEREAU, *op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁹⁷ Nous pouvons citer notamment l'Institut international du développement soutenable (IIDS) ou encore le Business and Human Rights Resource Centre ; Voy. F. HORCHANI, *op. cit.*, p. 142.

En effet, dans la majorité des cas soumis aux tribunaux arbitraux, les arbitres demeurent limités¹⁹⁸ dans leur mandat en raison du principe du consensualisme inhérent à l'arbitrage¹⁹⁹. L'investisseur comme l'État doivent en principe se fonder sur le TBI applicable (cas le plus fréquent), ou bien sur un autre instrument. Cette idée découle notamment de l'article 25, § 1^{er}, de la Convention de Washington qui énonce que la compétence des tribunaux ne s'étend qu'aux litiges « qui sont en relation directe avec un investissement ».

Dès lors, à moins d'avoir une clause suffisamment large, les droits de l'homme passent souvent au second plan²⁰⁰. Citons par exemple l'affaire *Biloune contre Ghana* dans laquelle le tribunal arbitral s'était déclaré non-compétent pour se prononcer sur une violation des droits de l'homme de la part de l'investisseur étranger, eu égard aux règles pertinentes du Traité. Pour les arbitres, le consentement de l'État d'accueil était limité aux litiges liés à l'investissement et même le droit international coutumier n'entraîne pas dans leur sphère de compétences²⁰¹.

En ce sens, la possibilité de faire intervenir les droits fondamentaux dans la « fabrique du texte » est intéressante²⁰². En effet, cela permettrait de ne pas outrepasser la notion de consentement inhérente au processus arbitral, tout en permettant aux arbitres d'interpréter, voire d'appréhender plus utilement de tels enjeux²⁰³.

Certes, plusieurs innovations ont vu le jour en faveur des droits de l'homme. À titre d'illustration, de nombreux États ont inséré des références aux droits de l'homme dans le préambule des traités²⁰⁴. Il y est question de la protection de la santé, du droit des travailleurs, de la protection de l'environnement ou encore de la promotion d'un développement durable.

¹⁹⁸ Notons que les droits fondamentaux ont été quand même importés via des normes impératives du droit international ou le droit international général, « sans nécessairement de références formelles », ce qui peut faciliter l'insertion matérielle de telles considérations. Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 490.

¹⁹⁹ É., TEYNIER et A., RAFIQ, *op. cit.*, p. 257.

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ *Biloune et Marine Drive Complex Ltd C/ Ghana Investments Centre et le Gouvernement du Ghana*, CNUDCI, sentence du 27 octobre 1989, *ILR*, Vol. 95, p. 203.

²⁰² Ajoutons qu'il peut s'agir de références expresses, voire de références par renvoi aux obligations internationales en matière de droits fondamentaux. Dans ce cadre, un seuil de protection est alors identifié. Cette évolution, ou plutôt cette régulation des instruments, ne peut que donner une nouvelle dynamique au contentieux arbitral. Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 494.

²⁰³ L. CHIUSI, *op. cit.*, pp. 20-21.

²⁰⁴ En ce sens, les États-Unis et le Canada semblent avoir été les premiers à introduire de telles références. Certes imprécises, ces considérations n'en sont pas moins remarquables pour l'évolution des conséquences juridiques concernant des atteintes aux droits fondamentaux. Au départ, il s'agissait en effet essentiellement de rappeler que « la promotion et la protection de l'investissement étranger ne doit pas se faire au détriment de la protection d'autres droits ». Voy. A. DE NANTEUIL, *droit international de l'investissement*, *op. cit.*, pp. 473-474.

D'autres traités intègrent – depuis plus longtemps – par ailleurs des références aux notions de traitement juste et équitable, voire à la promotion de la responsabilité sociale des investisseurs et de leurs obligations²⁰⁵. Plus encore, il est parfois question de clauses portant sur l'autonomie réglementaire dans la poursuite d'intérêts publics légitimes de l'État d'accueil²⁰⁶. Après ce mouvement de régulation dont il a été question au début de ce travail, marqué par un élargissement des champs abordés lors des contentieux arbitraux, la pratique veut accentuer son désir de fusionner le droit international de l'investissement avec « les agendas de la responsabilité sociale, du développement durable ou encore d'autres droits fondamentaux »²⁰⁷.

C'est pourquoi, la piste privilégiée en doctrine consiste à intégrer plus de considérations protectrices des États-hôtes dans les traités d'investissement, ou du moins par des clauses suffisamment larges permettant à ces États de se défendre adéquatement et de pouvoir agir plus facilement par une demande reconventionnelle. En ce sens, les États-Unis, le Canada ou encore la Norvège ont montré la voie avec leurs traités dits de « dernière génération ». Ces textes recouvrent une formulation nouvelle des normes de protection et de traitement des activités d'investissement, des annexes explicatives et même des clauses mettant en avant les droits des États-hôte et les objectifs de protection des droits fondamentaux²⁰⁸.

D'aucuns n'hésitent à parler d'un renversement total se traduisant par un mouvement uniquement en faveur des États accueillant les investissements. Faut-il néanmoins rappeler l'historique protection accordée aux investisseurs étrangers avant d'enfin apercevoir un mouvement de régulation ? D'autant plus que ces critiques tendent à oublier que ces nouvelles références, notamment celles visant les droits de l'homme, peuvent être utilisées à la fois contre l'investisseur mais également en sa faveur. Au demeurant, la portée de ces avancées apparaît encore incertaine, et d'autres initiatives attendent également de sortir de terre avec l'idée de poursuivre la régulation et la pondération des intérêts.

²⁰⁵ F. PASCUAL-VIVES, *op. cit.*, pp. 183-186.

²⁰⁶ A. GERDAU DE BORJA MERCEREAU, *op. cit.*, pp. 77-81.

²⁰⁷ R. BEAUCHARD et S. ALBERTIN, *L'assujettissement des nations : controverses autour du règlement des différends entre États et investisseurs*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017, pp. 143-144.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 144-146.

B.- EN AVAL : UNE STRUCTURE CENTRALISÉE ET LA COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Ayant évoqué la piste d'une solution en amont, encore faut-il évoquer le pouvoir d'interprétation des arbitres relativement aux multiples dimensions des droits fondamentaux. Cette diversité rend parfois la lecture de la jurisprudence arbitrale opaque. En effet, l'un des problèmes fondamentaux du droit international des investissements est son caractère décentralisé, amenant une pratique arbitrale fortement casuistique²⁰⁹. Dès lors, ce constat n'aide pas à atteindre une sécurité juridique adéquate.

En ce sens, après avoir effleuré certains changements de fond, il apparaît que des changements procéduraux seraient également décisifs. Effectivement, la multiplication d'acteurs privés aux dimensions internationales complique la mise en œuvre d'une pondération cohérente des intérêts²¹⁰. À l'instar de personnalités publiques s'élevant et clamant haut et fort « *comment pouvons-nous accepter de telles choses au 21^e siècle ?* », certains auteurs s'interrogent sur l'absence d'une structure centralisée dans notre siècle dans le domaine du droit international des investissements²¹¹. Il arrive qu'il soit fait état d'une « homogénéité de façade » de l'arbitrage d'investissement, en ce sens qu'il serait trop instable pour être confié à une structure institutionnelle globale²¹². D'aucuns diront qu'il existe les arbitrages réalisés sous l'égide du CIRDI mais il est évident qu'il n'y a pas une acceptation unanime, notamment car de nombreux États recourent encore d'autres arbitrages *ad hoc*.

Néanmoins, l'absence d'une telle structure n'aide pas à apporter de la cohérence à la jurisprudence arbitrale, spécialement pour équilibrer les intérêts des investisseurs et les intérêts de l'État hôte et de sa population.

En outre, en lien avec cette question, Madame CHIUSI propose notamment « un tribunal d'investissement composé d'un nombre équilibré de représentants des États et de représentants du secteur privé » et ce, « afin de mieux contrebalancer la dimension bilatérale du droit de l'investissement et de garantir les intérêts de la communauté »²¹³. Toujours concernant la composition du tribunal arbitral, il arrive trop rarement que les arbitres aient un bagage suffisamment solide pour interpréter correctement les problématiques liées aux droits humains, que celles-ci concernent l'investisseur ou l'État. Étant donné qu'il appartient

²⁰⁹ F. PASCUAL-VIVES, *op. cit.*, p. 175.

²¹⁰ B. SIMMONS, *Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment, World Politics*, vol. 66, n°1, 2014, pp. 15-16.

²¹¹ En effet, cela pose de sérieux problèmes de cohérence et d'interprétation de textes identiques, de transparence des procédures, etc. Plusieurs idées sont sur la table : l'Union européenne avait notamment pensé à un organe judiciaire pour juger des litiges relatifs aux investissements. De son côté, la CNUDCI évoquait l'idée d'une cour multilatérale d'investissement. Voy. H. ASCENSIO, *op. cit.*, pp. 142-143.

²¹² S. ROBERT-CUENDET, *op. cit.*, pp. 23-24.

²¹³ L. CHIUSI, *op. cit.*, p. 30.

aux parties de choisir leur arbitre respectif, l'une des propositions seraient d'obliger ces derniers à consulter des instances spécialisées en la matière, ainsi que d'encourager la pratique raisonnée des *amici curiae*. De cette façon, cela permettrait, à tout le moins moralement, d'induire un devoir des arbitres de garder à l'œil l'ensemble des enjeux liés aux droits fondamentaux²¹⁴.

²¹⁴ L. CHIUSI, *op. cit.*, pp. 28-30.

V.- CONCLUSION

Au fur et à mesure des années, la doctrine et la jurisprudence ont dû se rendre à l'évidence ; une activité d'investissement entraîne toujours des répercussions – parfois positives, souvent négatives – à plusieurs niveaux et notamment, celui des droits de l'homme. En ce sens, les tribunaux arbitraux n'ont eu d'autre choix que d'appréhender ces questions parfois épineuses. D'une part, et depuis les premiers murmures du droit international des investissements, les investisseurs invoquaient la violation de leurs droits fondamentaux. D'autre part, les États-hôtes n'ont pas reçu directement une consécration de leurs défenses voire, plus spécifiquement encore, de leurs demandes reconventionnelles visant le plus souvent à protéger l'intérêt public.

Plus récemment, eu égard aux conséquences multifactorielles liées aux activités des investisseurs étrangers, notamment les dommages collatéraux, de nombreuses ONG sont montées au créneau pour faire valoir leurs observations mais également disposer d'un droit d'accès aux documents utilisés dans la procédure arbitrale. Craintifs voire farouches au départ, les tribunaux arbitraux ont ensuite progressivement entendu certaines requêtes d'*amicus curiae* et ce, dans l'optique d'accentuer le mouvement de la transparence procédurale et d'apporter une aide concrète dans le développement d'une sentence.

Outre ce mouvement de régulation et d'acceptation d'intérêts divers et variés fondés sur des problématiques fondamentales, la pratique a pu constater une véritable évolution des textes relatifs aux investissements, notamment grâce aux traités de « dernière génération ». Bien que leur portée soit vaste mais incertaine, il y apparaît de plus en plus cette idée de pondération des intérêts ; l'investisseur n'est plus seul sur sa planète, l'État d'accueil et sa population ont également le droit d'être protégés lorsque c'est nécessaire. Il ne reste qu'à espérer que les développements futurs du droit international des investissements et de la jurisprudence arbitrale feront bouger les lignes en faveur d'une meilleure appréhension des droits de l'homme.

Dans l'état actuel des choses, la pratique arbitrale est encore trop timide lorsque ces questions fondamentales surgissent dans des litiges. L'interprétation réalisée peut sembler parfois à contre-courant face à la promotion que reçoivent actuellement les droits humains. Cela étant dit, cette diversité décisionnelle est autant une richesse qu'un frein ; le temps est venu pour une réflexion concrète sur la présence d'une structure centralisée, voire d'une refonte rationnelle de la composition d'un tribunal arbitral. N'étant plus à l'abri de ces interactions incessantes, l'idée est salutaire puisqu'il s'agit d'amener une aide concrète aux arbitres dans la pondération entre des droits fondamentaux et des activités d'investissement.

À la lumière de ces considérations, un régime des droits fondamentaux solide et viable permettrait sans nul doute de renforcer la confiance des investisseurs, de les confronter à leur responsabilité sociale, économique, voire humaine, mais aussi de permettre à l'État d'accueil d'être le digne représentant des intérêts fondamentaux de sa population et de son territoire²¹⁵. Encore faut-il ajouter qu'un tel régime permettrait sans conteste aux amis de la Cour, du plus lointain peuple autochtone à une organisation internationale, d'être entendus lorsque leurs prétentions sont utiles et légitimes.

En définitive, ce n'est pas encore *la panacée*, mais les interactions entre les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement sont incontestablement *montées au pinacle*²¹⁶ ces dernières années.

²¹⁵ Il s'agirait de promouvoir une mixité dans les instruments d'investissement : « l'objet serait à la fois la protection des investissements et la garantie du respect des droits fondamentaux par ces derniers ». Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 497.

²¹⁶ Cette expression, employée à propos du faite du Temple de Salomon, signifie « accéder à une situation élevée ».

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine et articles :

- ASCENSIO, H., *Droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, Thémis droit, 2018.
- AUDIT, M., CALLÉ, P., et BOLLÉE, S., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e édition, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.
- BASTIN, L., « Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends », in WILLIAMS, W., *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 30, Issue 1, 2014.
- BEAUCHARD, R. et ALBERTIN, S., *L'assujettissement des nations : controverses autour du règlement des différends entre Etats et investisseurs*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2017.
- BEN HAMIDA, W. et al., *Un demi-siècle africain d'arbitrage d'investissement CIRDI : regards rétrospectifs et prospectifs*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.
- BONOMO, S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements – entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.
- CAZALA, J., *La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international*, *RIDE*, 2009/01, t. XXIII, 1.
- DE BRABANDERE, E., « Responsabilité internationale et régulation économique : la protection internationale des investissements en perspective » in RENDERS, D. (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2016.
- CHIUSSI, L., « Responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme : un rôle effectif du droit international de l'investissement » in TITI, C. (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019.
- CRÉPET DAIGREMONT, C., « Chapitre 11 - La protection découlant du droit international des contrats » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017.
- CUQ, M., « Chapitre 1 - L'approche traditionnelle d'appropriation de l'eau : une prise en compte insuffisante des besoins humains et environnementaux » in *L'eau en droit international*, Bruxelles, 1^e édition, Larcier, 2013.

- DE FONTMICHEL, A. et MEYNIEL, A., « Chapitre 18. - Le point de vue de l'investisseur : quelques considérations stratégiques préalables au contentieux contre l'État hôte » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017.
- DE NANTEUIL, A., *Droit international de l'investissement*, Paris, 3^e édition, Éditions A. Pedrone, 2020.
- DHANANJAY JOSHI, R. et GURPUR., S., « The Silent Spring of Human Rights in Investment Arbitration: Jurisprudence Constante through Case-Law Trajectory », in WILLIAMS, W., *Arbitration International*, Oxford University Press, 2020, Vol. 34 – Issue 4.
- EL BOUDOUHI, S., *L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements*, Annuaire français de droit international, 2005, Vol. 51.
- EL BOUDOUHI, S., « Chapitre 10 - L'investisseur devant les juridictions internationales des droits de l'Homme : la question des droits fondamentaux de l'investisseur » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- FARRUGIA, B., « The human right to water: defences to investment treaty violations », in W. PARK, *Arbitration International*, Oxford University Press, Vol. 31, Issue 2, 2015.
- FORTIER, L. Y. et DRYMER, S. L., *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, ICSID Rev., 2004, vol. 19.
- GERDAU DE BORJA MERCEREAU, A., « Prise en compte des droits de l'homme et de l'environnement dans les traités bilatéraux d'investissement » in EL GHADBAN, T. et al., (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État ?*, Paris, Éditions Pedone, 2018.
- HARRISON, J., « Human Rights Arguments in *Amicus Curiae* Submissions », in DUPUY, P.-M, FRANCONI, Fr. et PETERSMANN, E.-U. (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009.
- HO, J. et SATTOROVA, M., *Investors' international law*, Oxford, Hart, Vol. 24, 2021.
- HORCHANI, F., « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », in *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, 1^e édition, Larcier, 2009.
- HUBLET, A., « Le rôle du droit international des investissements dans la formation de standards constitutionnels mondiaux », in DISANT, M. et al., *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

- JARROSSON, C., « Arbitrage et intérêts publics. Rapport introductif », in FRANCARBI (dir.), *Arbitrage international et intérêts publics*, Bruxelles, Bruylant, 2019.
- KAHN, P., « Investissements internationaux et droits de l’homme » in HORCHANI, F. (dir.), *Où va le droit de l’investissement ? : désordre normatif et recherche d’équilibre*, Paris, A. Pedone, 2006.
- KIEFFER, B. et MARQUET, C., *L’organisation mondiale du commerce et l’évolution du droit international public*, Bruxelles, 2^e édition, Bruylant, 2020,
- KRIEBAUM, U., « Privatizing human rights: the interface between international investment protection and human rights », in REINISCH, A. et KRIEBAUM, U. (dir.), *The law of International relations – Liber Amicorum HansPeter Neuhold*, Elevent International Publishing, 2007.
- KUBE, V. et PETERSMANN, E.-U., *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, Asian J. WTO International Health Law Policy, 2016.
- LATTY, F., « L’État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le *gymkhana* de la réaffirmation de l’État », in EL GHADBAN, T. et al., (dir.), *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l’État ?*, Paris, Éditions Pedone, 2018.
- LEMAIRE, S., *Chronique de jurisprudence arbitrale en droit des investissements, III. – Les demandes reconventionnelles de l’Etat*, Revue de l’Arbitrage (Comité Français de l’Arbitrage 2017), Vol. 2017, Issue 2.
- LEPAGE, G., « Chapitre 13 - Les mécanismes de garantie et d’assurance des investissements à l’étranger » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017.
- MANCIAUX, S., « Chapitre 6 - Le point de vue des entreprises : la régulation d’origine privée des opérations d’investissement » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017.
- MOHAMED SALAH, M.-M., « Chapitre 4 - Le droit des investissements au service du développement durable » in MICHELOT, A. (dir.), *Justice climatique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2016.
- PASCUAL-VIVES, F., « Investissements étrangers et protection des intérêts publics » in TITI, C. (dir.), *Droits de l’homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019.

- PREZAS, I., « Chapitre 7 - Standards internationaux de protection des investissements étrangers et abus de droit de l'État hôte » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017.
- RUBINO-SAMMARTANO, M. et MAYER, P., *Arbitrage International : Droit et Pratique*, Bruxelles, Tome 2, 1^e édition française, Bruylant, 2019.
- ROBERT-CUENDET, S., « Introduction » in ROBERT-CUENDET, S. (dir.), *Droit des investissements étrangers*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2017.
- ROBERT-CUENDET, S., « Convergences et divergences entre droits de l'homme et droits des investisseurs », in TITI, C. (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019.
- SICARD-MIRABAL, J., et DERAÏNS, Y., *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018.
- SIMMONS, B., *Bargaining over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment*, *World Politics*, vol. 66, n°1, 2014.
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 5^e édition, 2021.
- STEPHENS-CHU, G. et MÜLLER, D., « Droits et obligations issus du droit de l'investissement et des droits de l'homme : entre exclusivité et harmonisation », in TITI, C. (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019.
- TEYNIER, É. et RAFIQ, A., « Études d'impact sur les droits de l'homme et l'arbitrage d'investissement » in TITI, C. (dir.), *Droits de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 1^e édition, Bruylant, 2019.

Divers :

- UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, II, United Nations Publication, 2012, p. 82.
- Observation générale n°15 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Le droit à l'eau (art. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », 29^e séance, 29 novembre 2002, Doc. NU E/C.12/2002/11.

Articles issus d'Internet :

- J. GREENBERG, « ICSID tribunal orders Zimbabwe to return expropriated farms », consultable sur le site: <https://www.iisd.org>.
- X, « L'évolution des droits de l'homme », consultable sur : <https://www.coe.int>.

Jurisprudence arbitrale (CIRDI et CNUDCI confondus) :

- *Biloune et Marine Drive Complex Ltd c/ Ghana Investments Centre et le Gouvernement du Ghana*, CNUDCI, sentence du 27 octobre 1989, *ILR*, Vol. 95.
- *Emilio Augustin Maffezini c/ Espagne*, CIRDI, n° ARB/98/7, sentence du 25 janvier 2000.
- *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c/ Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/96/1, sentence du 17 février 2000.
- *Pope & Talbot c/ Canada*, CNUDCI, sentence intérimaire du 26 juin 2000.
- *Methanex Corp c/ États-Unis*, CNUDCI, décision du tribunal sur les requêtes de tiers pour intervenir en tant qu' « amici curiae », 15 janvier 2001.
- *United Parcel Services of America, Inc. c/ Canada*, CNUDCI (ALENA), décision sur la demande d'intervention et de participation en tant qu'amicus curiae du 17 octobre 2001.
- *Pope & Talbot c/ Canada*, CNUDCI, sentence du 31 mai 2002 sur les dommages et intérêts.
- *Mondev international Ltd c/ États-Unis*, CIRDI, n° ARB/99/2, sentence du 11 octobre 2002.
- *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 29 mai 2003.
- *The Loewen Group Inc. And Raymond L. Loewen c/ États-Unis*, CIRDI, sentence finale du 26 juin 2003.

- *Waste Management c/ Mexique*, CIRDI, sentence définitive du 30 avril 2004.
- *CMS Gas c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005.
- *Aguas Argentinas S.A. c/ Argentine*, CIRDI, décision sur une requête relative à la transparence et la participation en tant qu'amicus curiae, 19 mai 2005.
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et Vivendi Universal, S.A. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/19, ordonnance en réponse à la demande de participation d'un amicus curiae du 19 mai 2005.
- *Gas Natural SDG S.A. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/10, sentence du 17 juin 2005.
- *Eureko c/ Poland*, CNUDCI, Sentence partielle du 19 août 2005.
- *Noble Ventures Inc. c/ Roumanie*, CIRDI, n° ARB/01/11, sentence du 12 octobre 2005.
- *Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivie*, CIRDI, n° ARB/02/3, sentence du 21 octobre 2005.
- *International Thunderbird Gaming Corporation c/ Mexique*, CNUDCI (ALENA), sentence du 26 janvier 2006.
- *Saluka Investments BV c/ République Tchèque*, CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006.
- *El Paso Energy international Company c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/15, décision sur la compétence du 27 avril 2006 et sentence du 31 octobre 2011.
- *Azurix c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006.
- *ADC c/ Hongrie*, CIRDI, n° ARB/03/16, sentence du 2 octobre 2006.
- *LG&E Energy Corp. et al. c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/02/9, sentence du 3 octobre 2006.
- *PSEG c/ Turquie*, CIRDI, sentence du 19 janvier 2007.
- *Siemens A.G. c/ Argentine*, n° ARB/02/8, sentence du 6 février 2007.
- *Trinh Vinh Binh contre Vietnam*, CNUDCI, sentence du 14 mars 2007.
- *Saipem SpA c/ Bangladesh*, CIRDI, n° ARB/05/07, décision sur la compétence du 21 mars 2007.
- *Parkerings-Compagniet AS c/ Lituanie*, CIRDI, n° ARB/05/08, sentence du 11 septembre 2007.
- *Corn Products International Inc. c/ Mexique*, CIRDI, sentence du 15 janvier 2008.
- *Desert Line Projects LLC, c/ Yémen*, CIRDI, n° ARB/05/17, sentence du 6 février 2008.
- *Biwater Gauff Ltd c/ Tanzanie*, CIRDI, n° ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

- *Duke Energy c/ Équateur*, CIRDI, n° ARB/04/19, sentence du 18 août 2008.
- *Plama Consortium Limited c/ Bulgarie*, CIRDI, n° ARB/03/24, sentence du 27 août 2008.
- *Continental Casualty Company c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/03/9, sentence du 5 septembre 2008.
- *Glamis Gold, Ltd. c/ États-Unis*, CNUDCI (ALENA), sentence finale du 8 juin 2009.
- *EDF c/ Roumanie*, CIRDI, n° ARB/05/13, sentence du 8 octobre 2009.
- *Joseph Charles Lemire c/ Ukraine*, CIRDI, n° ARB/06/18, décision sur la compétence et la responsabilité du 14 janvier 2010.
- *Merrill & Ring Forestry LP c/ Canada*, CNUDCI (ALENA), sentence du 31 mars 2010.
- *Total c/ Argentine*, CIRDI, n° ARB/04/1, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010.
- *SAUR International S.A. c/ Argentine*, n° ARB/04/4, décision sur la compétence et la responsabilité, 6 juin 2012.
- *Bernhard von Pezold & al. c/ Zimbabwe*, CIRDI, n° ARB/10/15, sentence du 26 juin 2012.
- *Infinito Gold Ltd c/ Costa Rica*, CIRDI, n° ARB/14/5, ordonnance de procédure n°2, 1^{er} juin 2016.
- *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. c/ Uruguay*, n° ARB/10/7, sentence du 8 juillet 2016.
- *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine*, CIRDI, n° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016.
- *Burlington Resources Inc. c/ Équateur*, CIRDI, n° ARB/08/05, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017.
- *UAB E Energija c/ Lettonie*, CIRDI, n° ARB/12/33, sentence du 22 décembre 2017.