



Master

2020

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Obligations de développement durable des investisseurs étrangers :
analysées à l'exemple des chapitres d'investissements dans des accords
de libre-échange

Wenk, David

How to cite

WENK, David. Obligations de développement durable des investisseurs étrangers : analysées à l'exemple des chapitres d'investissements dans des accords de libre-échange. Master, 2020.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:152624>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Obligations de développement durable des investisseurs étrangers

**Analysées à l'exemple des chapitres d'investissements dans des accords de
libre-échange**

Mémoire pour la Maîtrise en droit international et européen

Dans le cadre du séminaire 'Droit international des investissements' (5378)

Faculté de Droit

Université de Genève

Auteur : David WENK

Numéro d'étudiant : 14-314-561

Encadré par le Prof. Dr. Makane Moïse MBENGUE

et par Madame Ines MESEK

16 mars 2020

Préface

« Le Conseil fédéral doit signer demain matin un accord de libre-échange ! »

Une telle annonce dans les journaux en Suisse suscite toujours immédiatement des réactions politiques. Les uns prédisent le déclin de l'économie suisse, les autres s'opposent à ce que la Suisse renforce la collaboration avec certains pays et par cet accord soutient un gouvernement irrespectueux de l'environnement, des droits humains, etc. Les troisièmes soutiennent l'accord car il rendrait l'économie suisse enfin compétitive, les quatrièmes...

Qu'importe la couleur politique de celui qui s'exprime, toute personne (publique) en Suisse a une opinion sur un accord de libre-échange donné. Et chaque accord de libre-échange en cours de négociations suscite un débat politique. C'est pour cette raison que je me suis intéressé à ces accords dans le séminaire sur le droit international des investissements.

Le développement durable est une problématique qui me tient particulièrement à cœur. Par conséquent, je me suis demandé si les investisseurs qui agissent sous ces accords de libre-échange, sont tenus de respecter le développement durable. Dans le cadre de la maîtrise en études africaines que j'ai terminé en juin 2019, j'ai eu l'occasion de m'intéresser à certaines conséquences d'investissements étrangers sur le continent africain. Une fois tous ces facteurs réunis, la problématique me semblait claire et le choix du sujet de ce travail s'est imposé facilement.

Le développement durable, sujet d'actualité hautement pertinent, peut être pris en compte dans toute discussion de droit international. Les investissements directs étrangers, étant en constante augmentation chaque année, resteront une partie importante du débat public, politique, national comme international. Ceci étant, ce travail vise à donner une idée de l'histoire et des fondements philosophiques de la question et s'engage à analyser les obligations existantes et envisageables. Il essaie d'aborder certains problèmes de mise en œuvre et d'ouvrir le débat sur des solutions pour toutes ces questions. Car, en effet, j'espère qu'un jour, l'investissement étranger et le développement durable ne seront plus vus comme s'opposant l'un à l'autre, mais comme deux côtés de la même médaille.

A ce stade, j'aimerais remercier Monsieur le professeur MBENGUE qui m'a soutenu dans mon travail et qui m'a fait de précieuses suggestions. De plus, je remercie Madame Stefanie SCHACHERER qui m'a accompagné aux débuts de ce travail et Madame Ines MESEK qui a pris sa relève par la suite. Puis, j'aimerais remercier les nombreuses personnes qui m'ont motivé à poursuivre ce thème, qui en ont discuté avec moi et qui par leurs questions pertinentes ont stimulé mes propres réflexions. Enfin et surtout, j'aimerais remercier les personnes qui ont pris le temps de lire ce travail et qui m'ont fait des propositions d'amélioration. Mais j'espère surtout qu'ils ont eu de l'intérêt pour le sujet, et qu'après la lecture, ils se sont rendus compte à quel point ce sujet me tient à cœur.

Résumé

Ce travail s'interroge sur l'existence d'obligations de développement durable des investisseurs étrangers. La recherche se concentre principalement sur plusieurs accords de libre-échange. Les obligations de développement durable discutées dans ce travail englobent des obligations environnementales, sociales et de bonne gouvernance. Après des considérations philosophiques et une exploration des fondements historiques de la question, ce travail expose les types d'obligations qui existent pour les investisseurs étrangers. Des obligations de développement durable qui existent dans les accords étudiés sont analysés. A cause de certaines limitations de celles-ci, des obligations de développement durable qui sont proposés par d'autres instruments ou projets sont explorés, avant d'analyser la mise en œuvre des obligations. Après avoir considéré des idées et de nouvelles pistes pour les obligations de développement durable, ce travail arrive à une conclusion quelque peu mitigée.

Malgré le constat que les obligations de développement durable ne sont pas suffisantes pour une protection aboutie des principes découlant de celui-ci, l'auteur considère que les propositions qui sont faites dans des organisations internationales particulièrement en Afrique vont dans un bon sens. De plus, des initiatives qui visent à l'élaboration d'un traité multilatéral global pour une réglementation cohérente des activités des entreprises et leur lien avec les droits de l'homme sont mentionnées. L'auteur conclut ainsi qu'un élargissement de ces initiatives afin de créer une obligation de respecter les principes du développement durable dans toutes les activités des entreprises serait la voie à emprunter et se montre optimiste que cela soit possible.

Abréviations

ACEUM	: Accord Canada–États-Unis-Mexique (USMCA)
AECG	: Accord économique et commercial global (CETA)
AII	: Accord international d’investissements
ALE	: Accord de libre-échange
ALEAC-RD	: Accord de libre-échange d’Amérique centrale (DR-CAFTA)
ALENA	: Accord de libre-échange nord-américain (NAFTA)
ANASE	: Association des nations de l’Asie du Sud-Est (ASEAN)
CDA	: Communauté de développement d’Afrique australe
CIJ	: Cour internationale de Justice
CIRDI	: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUCED	: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	: Commission des Nations pour le droit commercial international
COMESA	: Marché commun de l’Afrique orientale et australe
CPAI	: Code panafricain d’investissements
DII	: Droit international des investissements
NOEI	: Nouvel ordre économique international
OCDE	: Organisation de coopération et de développement économiques
ODD	: Objectifs de développement durable
OIT	: Organisation internationale du travail
OMC	: Organisation Mondiale du Commerce
OMD	: Objectifs du millénaire de développement
ONU	: Organisation des Nations Unies
PIB	: Produit intérieur brut
PNUD	: Programme des Nations Unies pour le développement
PTCI	: Partenariat transatlantique de commerce et d’investissement (TTIP)
PTPGP	: Partenariat transpacifique global et progressiste (CPTPP)
RSE	: Responsabilité sociétale/sociale des entreprises
TBI	: Traité bilatéral d’investissements
TJE	: Traitement juste et équitable
UE	: Union européenne

Table des matières

Préface	i
Résumé	ii
Abréviations	iii
Table des matières	iv
Prologue	vii
Introduction	1
1. Des obligations pour l'investisseur étranger ?	7
1.1. Quelques considérations philosophiques	8
1.2. Fondements historiques de la question	11
1.2.1. Émergence et évolution du DII	12
1.2.2. Origines de la scène politique internationale actuelle après la deuxième guerre mondiale	13
1.2.3. La conception du développement - Origines et évolution des objectifs du développement	16
1.2.4. Conclusion	19
1.3. Types d'obligations	20
I Obligations directes de comportement	21
II Obligations indirectes de comportement	24
III Obligations de tolérer des mesures de réglementation	26
2. Obligations de développement durable	29
I Les outils d'interprétation des accords	30

iv

TABLE DES MATIÈRES

II	Les accords analysés	32
2.1.	Obligations de développement durable existantes	37
2.1.1.	Obligations environnementales	37
2.1.2.	Obligations sociales et de bonne gouvernance	41
2.2.	Obligations de développement durable envisageables	45
I	Obligations directes de comportement envisageables	46
II	Obligations indirectes de comportement envisageables	49
2.3.	Conclusion	50
3.	Mise en œuvre des obligations	52
3.1.	Pratiques et possibilités des États	52
3.1.1.	Pratiques et possibilités des États hôtes	53
3.1.2.	Pratiques et possibilités des États résidents	57
3.2.	Pratiques et possibilités des investisseurs étrangers	63
3.3.	Pratiques et possibilités des tribunaux arbitraux	69
4.	Le futur des obligations de développement durable	74
	Conclusion	83
	Bibliographie	85
	Articles dans journal	85
	Articles dans ouvrage collectif	85
	Articles disponibles en ligne et autres sites Internet	86
	Jugements et sentences arbitrales	89
	Ouvrages	91
	Publications d'organisations internationales	92
	Résolutions	92

TABLE DES MATIÈRES

Traité <i>s</i> internationaux et conventions internationales	94
Déclaration d'honneur	96

Prologue

« Nos devoirs - ce sont les droits que les autres ont sur nous. [...] Nous remplissons notre devoir - [...] l'idée qui nous a valu tout le bien que l'on nous fait, nous rendons dans la mesure où l'on nous a donné. C'est donc notre fierté qui nous ordonne de faire notre devoir [...]. »¹

Friedrich NIETZSCHE; Pour l'histoire naturelle du devoir et du droit

1. NIETZSCHE, Friedrich, *Aurore - Réflexions sur les préjugés moraux*, Traduction par Henri ALBERT, Mercure de France, Paris, 1901, p. 121.

Introduction

« [...] Toute une évolution a eu lieu depuis la deuxième guerre mondiale en matière de protection des investissements à l'étranger, qui s'est traduite par la conclusion de traités bilatéraux ou multilatéraux entre États ou d'accords entre États et sociétés. »²

Dans un monde globalisé et mouvementé, comme celui dans lequel nous vivons actuellement, les flux internationaux jouent un rôle important. Dans l'Union européenne actuelle, initialement fondée avec le Traité de Rome de 1957³, existent quatre libertés, à savoir les libres circulations des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Le marché est devenu de plus en plus global et dépasse les régions géographiques. Nous nous intéressons dans ce travail aux flux de capitaux, notamment d'investissements. A la fin de l'année 2018, les stocks d'investissements directs suisses à l'étranger s'élevaient à 1467 milliards de francs suisses.⁴ 41% de ces stocks d'investissements se trouvent en dehors de l'Europe.⁵ La même année, le produit intérieur brut (PIB) de la Suisse s'élevait à 689,5 milliards de francs suisses⁶, signifiant ainsi, que les stocks d'investissements directs suisses à l'étranger sont plus que deux fois plus élevés que le PIB de toute la Suisse et que les investissements en dehors de l'Europe sont presque aussi élevés que tout le PIB de la Suisse.

Il est donc évident que les investissements directs représentent un facteur économique important pour notre pays.⁷ C'est notamment pour cette raison que nous nous intéressons à cela dans ce travail. Une masse d'investissements tellement importante donne un grand pouvoir à ces investisseurs, et nous savons tous que « *un grand pouvoir implique de grandes responsabilités* ! »⁸. Dans ce travail, il sera donc entre autres question d'aborder la question de la responsabilité des investisseurs.

L'investissement direct étranger est en constante augmentation. En 2015, les flux mondiaux de

2. *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, Arrêt, Cour Internationale de Justice, Recueil 1970, 5 février 1970, para. 90. Nous soulignons.

3. Traité instituant la Communauté économique européenne, Rome, 25 mars 1957.

4. Banque Nationale Suisse, *Investissements directs 2018*, Banque Nationale Suisse, Zurich/Berne, 2019, p. 8.

5. *Ibid.*, p. 9.

6. Office fédéral de la statistique, *Produit intérieur brut*, 27 août 2019, (visité le 10 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/economie-nationale/comptes-nationaux/produit-interieur-brut.html>.

7. Même le stock d'investissements directs étrangers en Suisse était presque de la même hauteur s'élevant à 1296 milliards de francs suisses à la fin de l'année 2018. (Banque Nationale Suisse, *op. cit.*, p. 14).

8. Certains attribuent cette citation à l'oncle de Spider-Man ('super-héros' de l'univers Marvel), d'autres à Georges Washington et d'autres encore à Albert Einstein. Il paraît clair que la citation trouve ses racines dans un verset de la Bible (Luc, XII, 48). Pour ce qui nous concerne dans ce travail, nous la retenons pour ce qu'elle dit, car nous l'estimons éthiquement et moralement vraie.

INTRODUCTION

ce type d'investissement étaient plus que 150 fois plus élevés qu'en 1970.⁹ Actuellement, cette évolution est en baisse, mais les chiffres d'aujourd'hui sont toujours environ 100 fois plus élevés qu'en 1970.¹⁰ En l'espace de 50 ans il y a donc eu une explosion des flux d'investissements directs étrangers. En même temps, les investissements étrangers directs doivent en principe, selon la majorité des traités bilatéraux d'investissements (TBI) et des chapitres d'investissements dans les Accords de libre-échange (ALE), participer au développement des États hôtes (donc sur le territoire desquels l'investissement a lieu).

La question des investissements est donc importante tant pour l'économie suisse que pour l'économie mondiale. Nous nous demanderons en premier lieu, si ces investissements à l'étranger entraînent des obligations légales (et non seulement morales comme dans la citation *ci supra*). Afin de restreindre l'amplitude de cette question, nous la limiterons aux obligations de développement durable. Ainsi, la question fondamentale à laquelle nous chercherons à trouver une réponse dans le cadre de ce travail est la suivante : « *Des obligations de développement durable existent-elles pour les investisseurs étrangers en droit international des investissements ?* ». Pour des raisons de volume du présent travail, nous limiterons le cadre étudié aux chapitres d'investissement dans des ALE. Néanmoins, d'autres instruments seront des fois mobilisés afin de garder une vision plus globale. Il convient tout de même d'insister à ce stade sur le fait que les accords internationaux d'investissements (AII) en général deviennent de plus en plus importants¹¹ dans notre monde qui est - nous l'avons dit - de plus en plus globalisé et par conséquent multilatéral.

Pour le champ de ce travail nous traiterons surtout des entreprises en tant qu'investisseurs (étrangers). Même si théoriquement des individus peuvent également être investisseurs, dans la pratique et la majorité des cas, ce sont des entreprises qui jouent ce rôle.¹² Ces entreprises deviennent des entreprises multinationales, parce qu'elles investissent dans des États différents d'où elles ont leur siège. Ceci est très bien reflété dans la 'définition' de l'Organisation internationale du Travail (OIT) qui ne se veut pas définition mais qui l'est tout de même et que nous devons garder en tête pour tout ce travail. Ainsi, elle dit:

« Les entreprises multinationales comprennent les entreprises – qu'elles soient entièrement ou partiellement détenues par l'État ou qu'elles soient privées – qui possèdent ou contrôlent des moyens de production ou de distribution, des services

9. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Investissement étranger direct : flux et stock entrants et sortants, annuel*, 16 août 2019, (visité le 6 décembre 2019), disponible en ligne sur : <https://unctadstat.unctad.org/wds/TableView/tableView.aspx?ReportId=96740>.

10. *Ibid.*

11. Selon les 'Global Policy Data' de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), il y a plus de 3000 accords internationaux d'investissement. (18.12.2019, disponible sur: <https://investmentpolicy.unctad.org>)

12. DOLZER, Rudolf et SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law (Second Edition)*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 44.

INTRODUCTION

ou d'autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Elles peuvent être de grande ou de petite taille et avoir leur siège dans une quelconque partie du monde. »¹³

Cette notion de 'multinationale(s)' est depuis quelque temps très discutée en Suisse, où une initiative populaire - qui a recueilli le nombre nécessaire de signatures - visant à obliger les entreprises ayant un siège en Suisse à « [...] veiller à ce que leurs activités commerciales respectent les droits humains et les normes environnementales. »¹⁴ a été déposée le 10 octobre 2016 à la Chancellerie fédérale à Berne.¹⁵ De plus, les grandes entreprises (multinationales) comptent aujourd'hui parmi les plus grands acteurs non-étatiques sur la scène internationale.

Dans ce contexte politique et social actuel de la Suisse et de l'Europe plus généralement, où les obligations (de tout type) des multinationales deviennent de plus en plus discutées dans l'espace public, nous nous y intéresserons sous un aspect juridique.

Nous commencerons notre analyse dans le premier chapitre dans la ligne droite de la citation qui se trouve au début de cette introduction. Nous nous intéresserons au fait que, historiquement, les différents AII servaient surtout à protéger les investissements étrangers. Nous soulèverons la question si ces droits (d'être protégé) entraînent, pour les investisseurs, également des obligations. Dans ce même chapitre seront soulevées en plus quelques considérations philosophiques et nous démontrerons des types d'obligations qui sont imposables aux investisseurs étrangers.

Dans le deuxième chapitre, nous analyserons les obligations de développement durable des investisseurs étrangers sous les ALE. Pour ce faire, nous les classerons en obligations environnementales, sociales et de bonne gouvernance pour voir, dans quels cadres, quels investisseurs sont susceptibles de rencontrer des obligations. Ensuite, nous analyserons dans une deuxième partie de ce même chapitre, des propositions d'AII, qui contiennent des obligations de développement durable.

Le troisième chapitre nous permettra de nous intéresser à la mise en œuvre des obligations de développement durable. Cette mise en œuvre sera notamment analysée dans le cadre de la pratique des États, des investisseurs et également des tribunaux arbitraux, qui sont le plus souvent chargés du règlement des différends dans le cadre d'investissements (étrangers).

Avant la conclusion, un quatrième chapitre sera consacré au futur des obligations de développement durable. Il s'agira notamment de soulever des problématiques que nous aurons rencontrées dans l'analyse de notre question. En plus, nous exposerons quelques pistes pour une meilleure

13. Organisation internationale du Travail, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 5e édition, mai 2017, p. 3.

14. Initiative multinationales responsables, *L'initiative en détail*, 2018, (visité le 15 décembre 2019), disponible en ligne sur : <https://initiative-multinationales.ch/initiative-en-detail/>.

15. **refus.**

protection des principes découlant du développement durable.

Avant tout cela, il convient néanmoins à ce stade de faire quelques clarifications, définitions et distinctions afin de rétrécir le champ du travail et de clarifier certaines notions.

Clarifications et définitions

Afin de pouvoir nous concentrer sur le fond de notre analyse nous définissons au début déjà quelques notions récurrentes. Nous donnerons également quelques explications et justifierons certaines délimitations que nous aurons à faire.

1. Développement durable

Le terme de développement durable apparaît dans le fameux Rapport Brundtland, dont nous aurons encore à traiter ci-dessous. La définition donnée dans ce texte, tout au début du deuxième chapitre, nous paraît pertinente jusqu'à nos jours : « *Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs.* »¹⁶ Le deuxième paragraphe de la Déclaration de l'assemblée générale des Nations Unies, nous savons que ce développement durable comporte trois dimensions - précisément d'une dimension économique, une dimension sociale et une dimension environnementale.¹⁷

Nous nous intéresserons dans ce travail aux obligations de développement durable dans ces dimensions. Nous mettrons surtout l'accent sur les obligations environnementales, sociales (surtout liés aux conditions de travail) et de bonne gouvernance (en lien avec les obligations économiques - notamment l'interdiction de la corruption). Ceux-ci nous semblent importants pour que le développement soit durable et inclusif.

2. Différence entre l'État hôte et l'État résident

Le pays dans lequel l'investisseur a son siège (ou son domicile) est son État résident. S'il effectue un investissement dans un pays qui n'est pas son État résident, ce pays devient l'État hôte de son investissement.

3. Investissements et investisseurs (étrangers)

Pour définir un investissement étranger, nous reprenons les critères donnés par le test de 'Salini' tels que définis par le tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Salini v. Maroc*.¹⁸ Pour

16. Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies, *Notre avenir à tous (Rapport Brundtland)*, Oxford University Press, Oxford, 1987.

17. Assemblée générale des Nations Unies, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1*, 25 septembre 2015.

18. *Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Kingdom of Morocco*, Decision on jurisdiction, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ARB/00/4, 23 juillet 2001, para. 52.

pouvoir parler d'un investissement, quatre éléments (cumulatifs) doivent être réunis. Un investisseur doit donc (1) faire un apport substantiel de capital qui doit être disponible pendant (2) une certaine durée de temps et (3) comporter un risque. Le dernier élément, qui est le plus controversé, est que l'investissement doit apporter (4) une contribution significative au développement de l'État hôte. Nous considérerons pour la suite de ce travail qu'un investissement doit en effet contribuer au développement de l'État hôte, car, si cela n'est pas le cas, celui-ci n'aurait pas d'intérêt de permettre ou d'attirer des investissements. Cette définition sera enrichie par la suite.

Des investisseurs sont des personnes (physiques ou morales) qui font des investissements. Un investisseur étranger est un investisseur qui fait un investissement dans un pays qui n'est pas celui de son domicile ou son siège. Il devient donc investisseur étranger dans ce pays étranger. Comme nous l'avons déjà dit ci-dessus, un investisseur étranger qui est organisé sous la forme juridique d'entreprise, devient forcément 'multinationale'.

4. Sujets de droit international

Une question primordiale que nous devons nous poser est celle de savoir si les entreprises peuvent être sujets de droit international. Seuls les sujets de droit international peuvent, selon la théorie classique, avoir des droits et obligations qui découlent directement de traités internationaux. Le fait que certains instruments internationaux confèrent directement des obligations aux investisseurs internationaux, montre que le droit international public est, pour le moins dans sa branche, qui est le droit international des investissements (DII) (comme ailleurs aussi), en train de dépasser le *numerus clausus* des sujets de droit international.¹⁹ En effet, si nous admettons la définition de la Cour Internationale de Justice (CIJ), qui disait dans un avis consultatif au sujet de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies qu'un « [...] un sujet de droit international [...] a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et [...] a capacité de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale [...] »²⁰, nous devons admettre que les investisseurs internationaux ou étrangers peuvent éventuellement être sujets de droit international. Aujourd'hui les investisseurs étrangers peuvent avoir des droits et des devoirs (découlant des AII) et ils peuvent se prévaloir de ces droits par voie d'arbitrages internationaux. Le *numerus clausus* de sujets de droit international est pourtant encore affirmé par de nombreux juristes et un débat sur l'ouverture de la classification de sujets à d'autres entités et en cours.²¹ Certains, comme NOWROT que nous citons ci-dessus, vont même plus loin encore. Ainsi, il admet que les multinationales sont des sujets de

19. NOWROT, Karsten, « Obligations of Investors », in BUNGENBERG, Marc et al. (éds.), *International Investment Law - A Handbook*, C.H Beck, Hart, Nomos, Baden Baden, 2015, p. 1162.

20. *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, Cour Internationale de Justice, C.I.J Recueil 1949, p. 174 - 220, 11 avril 1949, para. 3 sur la page 179.

21. ALVAREZ, José E., « Are Corporations "Subjects" of International Law? », *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, no. 1, 2011.

droit international si les États ne créent pas un instrument international qui définirait le contraire.²² Si les individus sont aujourd’hui, par la plupart des juristes et tribunaux internationaux, reconnus comme sujets de droits international²³, il semble très logique que les multinationales puissent l’être également - et vont certainement le devenir dans un monde qui devient de plus en plus globalisé et dans lequel le pouvoir des multinationales dépasse de plus en plus celui de certains États (cf. ci-dessous). Ceci est admis et confirmé par plusieurs tribunaux arbitraux.²⁴ Pour éviter de devoir nous concentrer sur une question qui pourrait donner lieu à un travail entier, nous prenons en compte la suggestion de ALVAREZ : « *International lawyers should spend their time addressing which international rules apply to corporations rather than whether corporations are or are not “subjects” of international law.* »²⁵ et nous nous intéresserons donc aux obligations qui pourraient être importantes pour les investisseurs et les multinationales.

22. NOWROT, Karsten, « Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », in JOHNS, Fleur (éd.), *International Legal Personality*, Ashgate, Surrey, 2010, p. 379 ss.

23. Ils ont des droits (p.ex. les droits de l’homme) et des obligations (p.ex. découlant du droit pénal international) et peuvent se prévaloir de leurs droits par voie de réclamation internationale (p.ex. devant la Cour européenne des droits de l’homme).

24. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/07/26, 8 décembre 2016 ; *David Aven et al. and The Republic of Costa Rica*, Final Award, Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Case No. UNCT/15/3, 18 septembre 2018, para. 738.

25. ALVAREZ, José E., *op. cit.*, p. 31.

1. Des obligations pour l'investisseur étranger ?

Les TBI voient le jour en 1959 avec le premier accord de ce genre ayant été signé entre l'Allemagne et le Pakistan. Après la signature du GATT²⁶ en 1947, les ALE tels que nous les connaissons aujourd'hui voient le jour, même si auparavant des accords de ce type existaient déjà.²⁷ L'Organisation mondiale du commerce (OMC) n'a jamais pu créer un instrument multilatéral compréhensible sur l'investissement. Pour cette raison beaucoup d'ALE, qui ne s'occupent *a priori* que du commerce et non pas de l'investissement, en traitent dans des chapitres entiers ou encore des dispositions spécifiques. Les plus vieux ALE enregistrés dans la base de données de l'OMC datent également de la fin des années 1940.²⁸ Comme nous l'avons déjà mentionné dans l'introduction avec la citation de la CIJ, tout ceci s'inscrit dans la logique de la protection des investissements à l'étranger. Surtout avec les décolonisations, les 'dangers' pour les investissements devenaient de plus en plus nombreux. Pendant la période coloniale, un investisseur qui investissait au sein de l'empire colonial jouissait d'une protection quasi-totale. Mais avec les indépendances acquises, ces protections sont remises en question et c'est au moment des indépendances que les investisseurs deviennent réellement des investisseurs étrangers.²⁹ Parmi ces risques, certains citent les hostilités idéologiques, les nationalismes ou le patriotisme qui venaient d'acquérir une base nationale à travers les nouveaux États-nations, les changements dus à l'industrialisation, les contrats qui ont été conclus avec des gouvernements qui n'existaient plus, les contrats trop chers, les régulations des économies, ou encore les préoccupations de droits humains ou de l'environnement.³⁰ Tous ces risques, réels ou imaginaires, ont contribué au fait qu'à partir de la deuxième guerre mondiale et des indépendances, un nombre croissant d'États concluaient des TBI ou des ALE afin de protéger leurs ressortissants qui investissent à l'étranger ou encore afin d'attirer le plus d'investissements étrangers possible. Cette croyance que les TBI ou les ALE attirent plus d'investissements étrangers et pourrait donc accélérer le développement d'un pays était largement répandue et l'est toujours, même si aucune étude ne peut le prouver de manière convaincante à ce jour.

Toutes ces raisons et d'autres encore ont conduit à une protection de plus en plus forte des investissements étrangers à travers le monde. Ces protections confèrent surtout des droits aux investisseurs et des obligations aux États. Nous savons tous, que de manière générale les droits

26. General Agreement on Tariffs and Trade - Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce

27. Même si les sources historiques du DII et des ALE sont plus anciennes. Cf. la section 1.2. qui traite entre autres de l'évolution historique du DII.

28. Le plus vieux instrument étant enregistré dans cette base de données étant l'union douanière entre l'Afrique du Sud et la Rhodésie du Sud qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1949. Organisation Mondiale du Commerce, *Regional Trade Agreements Database*, (visité le 29 décembre 2019), disponible en ligne sur : <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByCr.aspx>.

29. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 87.

30. *Ibid.*, p. 87 ss.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

sont en relation de corrélation avec des obligations. La philosophie du droit nous apprend que de l'existence d'un droit nous pouvons déduire l'existence d'une obligation.³¹ Malgré tout cela, dans le cadre du droit international des investissements, il est difficile de trouver des obligations normatives des investisseurs étrangers. Pour cette raison, nous nous intéressons dans ce chapitre aux obligations des investisseurs étrangers.

Nous commençons par quelques brèves considérations philosophiques, pour voir si l'État a le droit (philosophique) d'intervenir dans les investissements étrangers et ensuite nous allons regarder brièvement l'évolution historique du droit international des investissements (DII) et surtout des obligations des investisseurs. Finalement dans ce chapitre nous allons analyser quels types d'obligations pour l'investisseur étranger peuvent exister dans l'état actuel du DII.

1.1. Quelques considérations philosophiques

Certains pensent que les États doivent uniquement protéger les investissements étrangers et ne pas intervenir. Ceux-ci soulèveront des arguments comme celui formulé par SORNARAJAH, qui dit, qu'il existe un mouvement des pratiques des États vers de plus en plus de droits réglementaires : « *The increasing recognition of such a regulatory right [of the state to interfere in circumstances where the multinational corporate investor abuses human rights such as labour rights or causes environmental damage] will undermine the aim of investment protection and require the recognition that a state has the right to intervene in an investment that poses a danger to the environment or involves an abuse of human rights.* »³². Ce point de vue, qui condamne une ingérence étatique dans les investissements étrangers et qui demande qu'auparavant un tel droit soit reconnu formellement, est partagé par bon nombre de juristes. Néanmoins, il convient de se demander si l'État n'a pas un tel droit ou même une obligation d'intervenir dans certains cas. Ce travail n'étant pas un travail philosophique, nous ne mentionnerons dans cette section que deux philosophes dont les points de vue nous paraissent intéressants pour montrer à quel point il est important que l'État puisse exercer ses fonctions - et intervenir dans les investissements étrangers sur son territoire.

Des philosophes 'anciens' tels que HOBBS auraient probablement d'une autre opinion que ces contemporains qui condamnent le fait que certains États veuillent installer un « *contrôle étatique des investissements [qui] risquerait davantage de renforcer des objectifs protectionnistes et de politique industrielle que de concrétiser des considérations légitimes sur la sécurité.* »³³.

31. HILGENDORF, Eric et JOERDEN, Jan C., *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2017, p. 2.

32. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, p. 96.

33. Economie Suisse, *Investissements étrangers: un facteur de réussite plutôt qu'un danger pour notre économie*, 25 janvier 2019, (visité le 2 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.economiesuisse.ch/fr/dossier-politique/investissements-etrangers-un-facteur-de-reussite-plutot-quun-danger>, p. 1.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

HOBBS part du principe que les membres de la société et le 'Leviathan'³⁴ forment un 'contrat' (fictif), dans lequel les membres de cette société abandonnent leur liberté naturelle en échange de leur sécurité, qui en contrepartie, est assurée par le Leviathan.³⁵ Ainsi, HOBBS dirait que l'État (politique) serait de loin préférable à l'état de nature³⁶ et que la vie dans n'importe quel type d'État serait préférable à n'importe quel type d'état de nature.³⁷ Si nous reprenons la citation de SORNARAJAH ci-dessus avec ce point de vue, il semble évident que la sécurité que le Leviathan doit assurer serait en premier lieu en lien avec les droits fondamentaux (les droits humains) ou encore avec les droits des travailleurs des membres de cette société et non pas avec la sécurité des investissements étrangers. Si nous parlons de l'environnement, de la nature, sans laquelle aucun être humain ne peut survivre, il semble clair qu'une des fonctions les plus basiques de ce Leviathan serait de protéger l'environnement en question. Le Leviathan devrait donc non seulement protéger les droits humains et l'environnement (au moins) mais aussi comme certains pourraient argumenter, que le plus *raisonnable* pour l'État serait, avant de l'exproprier, d'attendre que l'investisseur étranger investisse afin d'avoir l'avantage de l'investissement et du bénéfice. Ce scénario découle du fameux dilemme du prisonnier dans la théorie des jeux et montre qu'au final le Leviathan doit être fidèle aux membres de sa société avant ceux qui n'en font pas partie.³⁸ Néanmoins, dans l'état actuel de la politique internationale, très peu de personnes argumenteront qu'il serait avantageux de ne pas honorer ses obligations contractuelles ou légales. Les États reconnaissent tous qu'ils se trouvent dans un *jeu* à long terme, comme le *foole* du Leviathan de Hobbes, dans lequel le dilemme se répète à plusieurs reprises.³⁹ C'est-à-dire que le jeu est répété *ad infinitum*⁴⁰ et que l'État qui ne respecte pas ses obligations ne recevrait plus d'investissements, car il ne serait plus vu comme fiable. A l'inverse il est vrai que l'investisseur étranger ne recevrait plus de permission d'investir s'il n'honorait pas ses obligations. Et c'est exactement pour cela que dans un monde juste et moral, les obligations pour les États et les investisseurs étrangers devraient être clairement définies (en respectant les droits et les obligations morales tant du Leviathan que des investisseurs) et seront honorées par les deux côtés, car à long terme il serait plus avantageux pour les deux de le faire - si les obligations des deux sont avantageuses pour l'autre respectivement et si le pouvoir de l'un n'est pas beaucoup plus grand que celui de l'autre.⁴¹

34. Leviathan et État seront utilisés comme synonymes dans ce qui suit.

35. HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Penguin UK, London, 2017.

36. SIMMONS, A. John, *Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 18.

37. *Ibid.*, p. 19.

38. *Ibid.*, p. 26.

39. *Ibid.*, p. 29.

40. Ce que certains appelleront un *assurance game*. (*ibid.*, p. 31).

41. Si le pouvoir de l'un doit être plus important il devrait être clair que les États devraient avoir plus de pouvoir que les multinationales, car ils réunissent des sociétés entières. Même si dans l'état actuel du monde certaines multinationales réunissent plus de capital que les PIBs de certains États. Dans un monde régi par le pouvoir financier, il semble clair que celui qui a plus d'argent (en en plus moins d'obligations) va remporter la victoire.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

Un philosophe plus contemporain, qu'il convient de mentionner ici, est HABERMAS. Dans *Après l'État-nation*⁴², HABERMAS critique la notion d'État-nation que nous utilisons jusqu'à nos jours, dans notre société avec une idée de l'État issu du Traité de Westphalie et du courant des Lumières. Après la deuxième guerre mondiale - période intéressante pour le développement de la protection des investissements étrangers - cette idée d'État-nation s'est globalisée comme vraisemblablement jamais auparavant, avec la propagation de ces États-nations partout dans le monde, après l'effondrement des empires coloniaux et plus tard également du bloc soviétique. Aujourd'hui il existe un plus grand nombre d'État-nations que jamais auparavant dans l'histoire de l'humanité. Même si déjà pendant la période des Lumières, notamment avec KANT,⁴³ un certain fédéralisme, une société-monde et un dépassement des États-nations sont idéalisés par certains dans le but de trouver la *paix perpétuelle*⁴⁴. HABERMAS essaie de trouver un intermédiaire entre la notion très souverainiste de l'État-nation et le fédéralisme mondial, car il voit l'évolution des frontières qui deviennent de plus en plus poreuses suite aux différents flux mondiaux que la globalisation entraîne. Entre ces flux mondiaux figurent entre autres évidemment les investissements étrangers. Ces flux mondiaux en lien avec la porosité des frontières rendent selon lui les États de moins en moins capables d'agir et de remplir les fonctions qu'ils exerçaient auparavant. Ceci est logique dans un monde où, dans un classement des multinationales (à l'exclusion des entreprises financières) selon les actifs qu'ils possèdent à l'étranger, la multinationale qui est à la 100^{ème} place⁴⁵ possède des actifs à l'étranger qui dépassent les PIB des 120 États aux PIB les plus bas au monde (ne prenant pas en compte leurs actifs dans l'État où ils ont le siège).⁴⁶ Si nous regardons la multinationale qui, dans le même classement, occupe la première place⁴⁷, seuls 38 pays ont un PIB dépassant leurs avoirs à l'étranger.⁴⁸ Selon HABERMAS, l'État-nation dans un monde à ce point globalisé et économisé a donc perdu en quelque sorte sa *ratio essendi*. En conséquence, il plaide pour la cause de donner certaines compétences à un niveau supranational qui serait capable de 'domestiquer' l'économie et de rendre le pouvoir au système politique.⁴⁹ Il veut donc lui aussi, comme HOBBS, que l'État puisse avant tout défendre les intérêts de la société.

42. HABERMAS, Jürgen, *Après l'État-nation - Une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris, 2000.

43. KANT, Immanuel, *Zum ewigen Frieden*, Reclam, Ditzingen, 2012.

44. KANT pensait que si tous les États du monde étaient des Républiques, la guerre n'existerait plus. Il partait du principe que les guerres se déclarent dans une République par décision populaire, ce qui n'a jamais été le cas car c'est toujours les parlements ou les exécutifs qui ont décidé d'entrer en guerre.

45. Il s'agit de la Compagnie de Saint-Gobain SA qui possède des avoirs à l'étranger d'une valeur de 41 milliards de dollars américains. (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Annex table 19. The world's top 100 non-financial MNEs, ranked by foreign assets, 2018*, 12 juin 2019, (visité le 6 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>).

46. The World Bank, *GDP (current US \$) of All Countries and Economies*, 2018, (visité le 6 janvier 2020), disponible en ligne sur : https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=false.

47. Il s'agit ici de Royal Dutch Shell plc, qui possède à l'étranger des avoirs de presque 344 milliards de dollars américains. (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *op. cit.*)

48. The World Bank, *op. cit.*

49. Il écrit cela dans un contexte européen et comme fervent défenseur de l'Union européenne.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

Du point de vue de ces deux philosophes (il y en aurait évidemment d'autres encore à citer), il est évident de reconnaître que l'État doit intervenir dans le cas d'un investissement qui serait dangereux pour l'environnement ou qui constituerait d'une manière ou d'une autre un danger pour les droits humains de la population de cet État. Il y a donc des arguments philosophiques forts pour soutenir l'ingérence de l'État dans les investissements étrangers dans le but de protéger la population.

1.2. Fondements historiques de la question

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le DII (en l'état actuel) a été principalement créé avec l'objectif de protéger les investissements étrangers dans un contexte politique après la deuxième guerre mondiale, période de guerre froide, d'instabilité politique répandue mais aussi des différentes décolonisations aux quatre coins du monde.⁵⁰ Ainsi, certains le formulent clairement dans des manuels de DII : « *The burgeoning law on human rights and environmental protection also creates instability in an area of law that was designed solely with the single objective of protecting foreign investment.* »⁵¹. Ceci montre très clairement quel était le but originaire de ce droit. Afin de comprendre la pertinence de la question que nous nous posons dans ce travail - celle de savoir si des obligations de développement durable existent pour les investisseurs étrangers en DII - nous devons comprendre les bases historiques qui nous permettent aujourd'hui de la poser. Pour comprendre le DII et l'*ingérence* d'autres branches du droit international dans le DII, nous devons considérer l'histoire, car le droit, étant avant tout un produit de la société, ne change que rarement, si la société ne change pas.

Afin de comprendre le DII aujourd'hui et la question de ce travail, nous devons regarder trois différentes évolutions historiques. Premièrement nous regarderons l'évolution du DII au sens propre, deuxièmement l'évolution de la scène politique mondiale avec les décolonisations et surtout avec le nouvel ordre économique international (NOEI) et troisièmement l'évolution et l'émergence des objectifs de développement durable (ODD). Avec ces trois éléments nous arriverons à comprendre pourquoi la question que nous nous posons dans ce travail est pertinente. Évidemment, chacune de ces évolutions historiques à elle seule mériterait et remplirait facilement un travail entier. Nous allons donc seulement brièvement aborder quelques points qui nous semblent centraux pour la compréhension de l'état actuel et de la question de fond de ce travail.

50. Même si le DII est plus vieux, nous nous concentrons ici sur la période après la deuxième guerre mondiale et ne faisons uniquement mention des fondements plus anciens.

51. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, p. 96.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

1.2.1. Émergence et évolution du DII

Le premier traité international qui comportait des notions de protection de biens se trouvant dans un autre État était le 'Traité d'amitié et de commerce entre la France et les États-Unis' de 1778. Les États-Unis ont conclu ce traité car ils pensaient être obligés par le droit international coutumier de protéger la propriété appartenant à des étrangers qui se trouvait sur leur territoire. Au milieu du 19^{ème} siècle, des premières résistances à cette perception (et l'existence même) du droit international coutumier émergent et la fameuse doctrine Calvo voit le jour.⁵² Par la suite, au début du 20^{ème} siècle une grande résistance contre la protection des investissements étrangers vient de la Russie après la révolution bolchévique, qui aboutira à créer la République socialiste fédérative soviétique de Russie. Avec le point de vue économique différent de ce nouveau gouvernement, venait également une nouvelle interprétation du droit. Ainsi, ils nationalisaient beaucoup d'entreprises (russes et étrangères) car ils estimaient que le droit national était plus important que le droit international (coutumier) et refusaient d'indemniser les anciens propriétaires qui se voyaient expropriés. Enfin dans les années 1930, une dernière bataille diplomatique au sujet de l'existence d'un droit international (coutumier) relatif aux investissements étrangers entre deux États avait lieu. Il s'agissait de la crise entre les États-Unis et le Mexique, pendant laquelle la fameuse formule Hull a été formulée.⁵³ Jusqu'ici nous assistions alors à un débat qui portait sur l'existence même d'un DII. Depuis 1945 - et donc depuis la fin de la deuxième guerre mondiale - l'existence d'un DII n'est plus vraiment remise en question et le débat porte surtout sur la question de la conception de cette branche du droit international. C'est dans cette période que nous nous situons encore. Aujourd'hui l'existence d'un droit international des investissements n'est donc plus remise en question. C'est pendant cette période après la deuxième guerre mondiale - comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus - que les premiers TBI et les premiers ALE, dans la forme moderne telle que nous la connaissons aujourd'hui, voient le jour. Ainsi, jusqu'à présent, la grande majorité des instruments internationaux traitant de l'investissement sont bilatéraux. Ceci est dû au fait que pratiquement toutes les initiatives tentant à *multilatéraliser* le DII - entamés surtout par les pays développés - ont échoué. Ceci a mené à la situation d'aujourd'hui, que tous les États se sont rendus compte que la *multilatéralisation* ne marchera pas et en conséquence nous nous retrouvons avec 2337 TBI en vigueur.⁵⁴ Depuis la deuxième guerre mondiale le débat

52. CALVO estimait que les investisseurs étrangers doivent être traité de la même façon que les investisseurs nationaux. Dans ce même sens il estimait illégitime les tribunaux arbitraux internationaux car les tribunaux nationaux étaient compétents à son avis.

53. Cordell HULL était secrétaire d'État des États-Unis pendant une période pendant laquelle certains investisseurs américains se voyaient expropriés au Mexique par l'État mexicain. Il écrivait alors à son homologue mexicain que le droit international coutumier exigerait une indemnisation prompte, adéquate et effective et en cas de refus de la part du gouvernement mexicain d'indemniser les investisseurs étranger, ce même droit exigerait selon HULL le recours à un tribunal international d'arbitrage. Tout ceci était contesté par les mexicains.

54. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *International Investment Agreement Navigator*, 2020, (visité le 6 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

porte donc surtout sur la conception du DII. À l'absence de consensus multilatéral, ce droit est limité à ce niveau, même si de plus en plus d'instruments régionaux existent. Avec les ALE, qui incluent également souvent des chapitres relatifs aux investissements, la régionalisation et la *multilatéralisation* de ce droit avancent peu à peu. Néanmoins, pour la question fondamentale de ce travail il est important de comprendre également les évolutions qui ont eu lieu pendant cette période sur la scène politique internationale, ce qui a également contribué à l'évolution du DII.

1.2.2. Origines de la scène politique internationale actuelle après la deuxième guerre mondiale

Le droit international est créé par les États souverains qui concluent des traités, qui agissent en grand nombre selon une *opinio juris sive necessitatis* ainsi formant une coutume internationale ou encore par les principes généraux de droit.⁵⁵ Sous certaines conditions, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peuvent être considérés comme source du droit international également.⁵⁶ En regardant les sources du droit il est clair que le droit international est formé avant tout par les États. Pour cette raison il est important de savoir que les États ne sont pas toujours les mêmes et que depuis la deuxième guerre mondiale, avec des décolonisations et des sécessions nous avons assisté à une forte augmentation d'États souverains. Ainsi, le nombre d'États membres de l'ONU a passé de 51 au moment de sa création à 193 en 2011 avec l'adhésion du Soudan du Sud.⁵⁷ Évidemment au moment de la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU) d'autres États qui ne sont pas devenus États fondateurs de l'ONU existaient déjà. Néanmoins, le nombre d'entités étatiques souveraines reconnues en 1945 était autour de 100. Selon le World Factbook de la Central Intelligence Agency (CIA) américaine, des 193 États souverains qui existent aujourd'hui, seuls 73 étaient indépendants et souverains en 1945. Par ailleurs, d'autres États, qui n'existent plus aujourd'hui existaient à l'époque.⁵⁸

Avec cette augmentation rapide du nombre d'États dans le monde et des membres de l'ONU venait aussi un changement de politique internationale. Ces nouveaux États, souvent nés de conflits de décolonisation ou encore de guerres⁵⁹, sortaient pour beaucoup d'entre eux de longues périodes de domination de puissances étrangères. Le nationalisme de certains pays était

55. Art. 38 lit. a.-c. du Statut de la Cour internationale de Justice, San Francisco, 26 juin 1945.

56. Art. 38 lit. d. du Statut de la Cour internationale de Justice, San Francisco, 26 juin 1945.

57. Organisation des Nations Unies, *Progression du nombre des États Membres de 1945 à nos jours*, (visité le 8 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.un.org/fr/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>.

58. Central Intelligence Agency, *The World Factbook - Field Listing : Independence*, (visité le 8 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/305.html>.

59. Rapidement après la deuxième guerre mondiale une vague de décolonisations a commencé en Asie au milieu des années 1940 et ensuite au début des années 1960 en Afrique.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

donc institutionnalisé sous la forme d'un État et avait une plateforme sur la scène politique internationale et une influence même à l'ONU. Ce changement a influencé toute la scène politique internationale et donc également le DII. Les nouveaux États se voyaient confrontés à une situation économique et politique mondialisée et beaucoup d'investissements se trouvant sur leur territoire appartenaient à des investisseurs ayant leur siège dans l'ancien État colonisateur. Ces investisseurs sont désormais devenus investisseurs étrangers et ont en conséquence perdu la sécurité qu'ils avaient auparavant grâce à leur État. Pour cette raison - nous l'avons vu ci-dessus - entre autres les TBI voient le jour et augmentent en nombre. Néanmoins certains gouvernements dans les pays nouvellement indépendants n'acceptaient pas que certaines choses, comme par exemple les ressources naturelles de leur sous-sol, appartenaient à des investisseurs étrangers qui, de plus, étaient originaires de l'État impérial dont ils venaient de se détacher. Cette réalité en combinaison avec la guerre froide dans laquelle deux systèmes économiques concourraient dans le monde, a mené entre autres à une autre vision des ressources naturelles. C'est dans ce contexte qu'en 1962⁶⁰, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Résolution 1803 (XVII) sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.⁶¹ Déjà dans le préambule de cette résolution il est dit que l'Assemblée générale considère que « *l'augmentation des investissements étrangers ne doi[t] être soumis à aucune condition qui lèse les intérêts de l'État qui les reçoit* »⁶². Au paragraphe 6 de cette résolution, l'Assemblée générale décide notamment que:

*« La coopération internationale en vue du développement économique des pays en voie de développement, qu'elle prenne la forme d'investissements de capitaux, publics ou privés, d'échanges de marchandises ou de services, d'assistance technique ou d'échanges de données scientifiques, doit favoriser le développement national indépendant de ces pays et se fonder sur le respect de leur souveraineté sur leurs richesses et leurs ressources naturelles. »*⁶³

Cette affirmation de la souveraineté sur les richesses et ressources naturelles et des limites des investissements est très claire.⁶⁴ Elle réaffirme que tout investissement doit avoir pour but de favoriser le développement de l'État dans lequel on investit et ne pas être uniquement pour le profit de l'investisseur. Cette résolution ne pouvait passer au niveau de l'Assemblée générale uniquement à cause des nouveaux rapports de force, grâce aux nouveaux membres nouvellement devenus États. L'idée que l'investissement doit avant tout contribuer au développement de l'État hôte est (du moins officiellement) partagée par beaucoup de TBI et même d'ALE. Ainsi, la

60. Quand existaient beaucoup plus d'États qu'en 1945.

61. Assemblée générale des Nations Unies, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 1803 (XVII), 14 décembre 1962.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*

64. L'idée de la souveraineté sur les ressources naturelles est maintenue également au Principe 2 de la Déclaration de Rio. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 août 1992.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

majorité des TBI parlent, dans leur titre, dans leur préambule ou parfois même dans leur texte, du développement et définissent, que l'idée même de l'investissement est que le développement dans le pays qui le reçoit soit accéléré ou du moins favorisé.⁶⁵

Plus tard, ce nouveau rapport des forces s'est également montré dans la déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international.⁶⁶ Cette déclaration a été faite dans le même contexte politique mondial que la résolution que nous venons de mentionner ci-dessus. Néanmoins, il convient d'ajouter qu'au début des années 1970, le choc pétrolier de 1973 (et d'autres crises économiques du début des années 1970) sont à prendre en compte afin de comprendre le contexte dans lequel cette résolution a été adoptée. C'est ainsi que les États disent au premier paragraphe de la résolution que « [l]'écart entre les pays développés et les pays en développement ne cesse de croître dans un monde régi par un système qui remonte à une époque où la plupart des pays en voie de développement n'existaient même pas en tant qu'États indépendants et qui perpétue l'inégalité. »⁶⁷ Au paragraphe 4, lettre e de cette même résolution ils réaffirment la « [s]ouveraineté permanente intégrale de chaque État sur les ressources naturelles et sur toutes les activités économiques. »⁶⁸ A la lettre g, ils demandent une « [r]églementation et supervision des activités des sociétés multinationales par l'adoption de mesures propres à servir l'intérêt de l'économie nationale des pays où ces sociétés multinationales exercent leurs activités sur la base de la souveraineté entière de ces pays ».⁶⁹

La même année, citant la déclaration sur le NOEI dans la préambule, l'Assemblée générale adopte une deuxième résolution importante pour répondre à notre question. Il s'agit de la résolution intitulée *Charte des droits et devoirs économiques des États*⁷⁰. Elle y réaffirme la souveraineté de chaque État en matière d'investissement étranger. Ainsi ils disent que chaque État a le droit « [d]e réglementer les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux. »⁷¹ Ce qui est novateur dans cette charte est surtout la primauté du droit interne qui y est définie. Ainsi il est précisé que chaque État a le droit

« [d]e nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes. Dans tous les cas où la

65. JACOB, Marc, *Investments, Bilateral Treaties*, juin 2014, (visité le 9 octobre 2019), disponible en ligne sur : <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1061>.

66. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, 3201 (S-VI), 1^{er} mai 1974.

67. *Ibid.*

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*

70. Assemblée générale des Nations Unies, *Charte des droits et devoirs économiques des États*, 3281 (XXIX), 14 décembre 1974.

71. Article 2, par. 2, lit. a *ibid.*

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

question de l'indemnisation donne lieu à différend, celui-ci sera réglé conformément à la législation interne de l'Etat qui prend des mesures de nationalisation et par les tribunaux de cet Etat, à moins que tous les Etats intéressés ne conviennent librement de rechercher d'autres moyens pacifiques sur la base de l'égalité souveraine des Etats et conformément au libre choix des moyens. »⁷².

Selon cette formulation très vague, presque tout serait permis pour le cas des expropriations et le traitement avec des investisseurs étrangers en général, car l'État souverain serait toujours dans la position forte. Avec cette résolution les États ont clairement montré qu'il n'y a pas de droit international coutumier qui permettrait automatiquement aux investisseurs étrangers d'avoir accès à un arbitrage international. Ils ont solidifié le droit national et la souveraineté des États. Néanmoins, un peu avant cela, en 1966, la convention CIRDI est entrée en vigueur et a établi un système d'arbitrage international. Aujourd'hui 154 États sont signataires de la convention CIRDI.⁷³ Si ceci paraît donc quelque peu contradictoire, il est néanmoins clair dans la Charte des droits et devoirs économiques des États, que si des États souverains sont à l'avance d'accord de soumettre des différends entre un d'eux et un investisseur de l'autre à un arbitrage, ce renoncement sera valide et primera sur le droit national.⁷⁴ Cette ambiguïté peut éventuellement être expliquée par le fait que beaucoup pensaient et prônaient à cette époque que d'avoir des TBI et de garantir l'accès à l'arbitrage international était le seul moyen pour accéder aux investissements étrangers dont les pays en voie de développement avaient et ont encore besoin.

Cette approche concentrée sur la souveraineté des États est de moins en moins présente aujourd'hui. Il y a, comme nous l'avons mentionné ci-dessus, beaucoup de TBI et le nombre d'arbitrages internationaux augmente également chaque année. Néanmoins, pour le développement du DII il était important de mentionner cette période de l'histoire qui précédait que de très peu le développement d'un autre droit qui est important pour continuer à répondre à notre question.

1.2.3. La conception du développement - Origines et évolution des objectifs du développement

Lorsque la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a été créée en tant qu'organe de l'Assemblée générale des Nations Unies fin 1964, dans la résolution qui fondait ce statut le seul développement dont on parlait était le développement économique. Ainsi la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement a comme fonctions

72. Article 2, par. 2, lit. c *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*.

73. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Convention CIRDI*, (visité le 8 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>.

74. Ceci correspond au principe de *pacta sunt servanda* et de la souveraineté étatique.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

principales de favoriser l'expansion du commerce international et le développement économique mondial.⁷⁵ Et dans le document fondateur du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD)⁷⁶, il est également clairement dit (déjà dans le préambule) que l'Assemblée générale est « [c]onvaincue que les programmes d'assistance des Nations Unies visent à appuyer et à compléter les efforts que les pays en voie de développement déploient sur le plan national pour résoudre les problèmes les plus importants de leur développement économique, y compris leur développement industriel »⁷⁷. Dans la même vision, le développement était vu pendant de très longues périodes comme un facteur uniquement économique. Aujourd'hui encore, le bien être économique est perçu comme le principal indicateur du bien-être et du développement d'une population par la Banque Mondiale.⁷⁸ A partir des années 1970, l'approche des besoins fondamentaux pour déterminer le développement émerge. Il s'agit également de prendre en compte les inégalités et une vision à long terme du développement. Parallèlement, dès 1972, sur l'initiative du roi du Bhoutan se développe également l'indice du bonheur qui devait relever un autre aspect du développement que l'aspect économique. A partir de la deuxième moitié des années 1980 et surtout en 1990 avec Amartya SEN et le PNUD, l'indice du développement humain apparaît. Ainsi sont pris en compte la santé et l'éducation à côté du revenu.⁷⁹ Aujourd'hui, certains auteurs plaident même pour un indice de développement durable⁸⁰, qui reprend l'indice du développement humain mais inclut des indicateurs environnementaux.⁸¹

Dans ce sens nous assistons à un changement de la vision du développement à partir de 1960 jusqu'aux années 1990. Ainsi elle a changé et est devenue de plus en plus axée sur les humains et non uniquement sur les économies et l'industrie. Dans cette vision, les États membres de l'ONU ont commencé à la fin des années 1990 à se donner des objectifs de développement. Tout d'abord avec les objectifs du millénaire de développement (OMD)⁸², qui en définissaient 8. Ces objectifs devaient être accomplis jusqu'en 2015, mais n'ont pas été complètement atteints malgré le fait que beaucoup de progrès ont été faits. La critique porte surtout sur le fait que les conditions

75. Assemblée générale des Nations Unies, *Constitution de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement en tant qu'organe de l'Assemblée générale*, 1995 (XIX), 30 décembre 1964.

76. Pour créer le PNUD, le Fonds spécial et le Programme élargi d'assistance technique ont été fusionnés.

77. Assemblée générale des Nations Unies, *Fusion du Fonds spécial et du Programme élargi d'assistance technique en un Programme des Nations Unies pour le développement*, 2029 (XX), 22 novembre 1965.

78. Il s'agit surtout de trois indices: Revenu, PIB et RNB par habitant. Ceux-ci donnent lieu au classement de la Banque Mondiale en pays à revenu faible, moyen ou élevé, qui sont pris en compte pour déterminer l'éligibilité aux programmes de financement.

79. Nous passons ici sur toutes les problématiques visions du développement économique qui étaient adoptées entre temps, comme par exemple avec les Programmes d'ajustement structurel.

80. HICKEL, Jason, « The sustainable development index: Measuring the ecological efficiency of human development in the anthropocene », *Ecological Economics*, vol. 167, no. 1, 2020.

81. Dans cet indice les pays que d'habitude ressortent en premier dans l'indice de développement humain ressortent en dernier et vice-versa. Ceci est dû au fait que les émissions de CO₂ pèsent lourd sur cet indice et les pays fortement développés produisent en manière générale beaucoup plus de CO₂ *per capita* que les pays qui sont en voie de développement. (*ibid.*)

82. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration du Millénaire*, A/RES/55/2, 8 septembre 2000.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

initiales, les inégalités entre les pays et les nouveaux défis (le changement climatique, les forts taux d'urbanisation, etc.) ne soient pas pris en compte.⁸³ Ensuite, les États membres de l'ONU ont voulu s'améliorer et ont décidé d'adopter les ODD et l'Agenda 2030, lesquels devraient, avec 17 objectifs, prendre en compte les défauts des précédents objectifs.⁸⁴ Ainsi, nous nous trouvons actuellement au milieu d'une nouvelle vision du développement qui est en train de se faire. Avant de tirer une courte conclusion sur le fondement historique, nous devons néanmoins mentionner brièvement le développement d'une autre branche du droit international qui a vu le jour pendant cette même période.

Il s'agit ici du droit (international) de l'environnement. Même si des considérations environnementales existent en droit et dans la jurisprudence au niveau international depuis la fin du 19^{ème} siècle⁸⁵ et que les premiers traités sur l'environnement sont conclus⁸⁶ au tout début du 20^{ème} siècle, tous ces textes reflètent, comme nous pouvons le constater notamment dans les titres des deux conventions, une vision très utilitariste de l'environnement. Malgré le fait que, dans la première moitié du 20^{ème} siècle, d'autres sentences judiciaires reprennent des considérations environnementales, la Charte des Nations Unies⁸⁷ reste silencieuse sur les problématiques environnementales. Ce n'est que dans les années 1960, une décennie pendant laquelle ont lieu plusieurs désastres écologiques à une échelle qui n'était jamais vue auparavant. Dans la même période est publié le livre *Printemps silencieux*⁸⁸, qui alerte la communauté internationale des dangers de dégradation environnementale. Avec ces désastres contre lesquels les États ont du lutter, ainsi la prise de conscience de la société, naissent des projets légaux tentant de protéger l'environnement.

La Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, qui a été convoquée par l'Assemblée générale⁸⁹ déjà en 1968, a lieu à Stockholm en 1972. Les 26 principes qui sont proclamés à la fin de cette conférence, ainsi que la conférence elle-même, marquent le début d'un développement d'un droit international pour la protection de l'environnement⁹⁰. Après cette conférence,

83. Organisation des Nations Unies, *Objectifs du Millénaire pour le développement - Rapport 2015*, 2015.

84. *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*.

85. Nous pouvons le voir notamment dans la *Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure*, Décision, Tribunal d'arbitrage constitué en vertu du traité conclu à Washington, le 29 février 1892, entre les États-Unis d'Amérique et sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, Volume XXVIII pp. 263-276 (recueil des Nations Unies des sentences arbitrales), 15 août 1893.

86. Convention Designed To Ensure The Conservation Of Various Species Of Wild Animals In Africa, Which Are Useful To Man Or Inoffensive, London, 19 mai 1900; Convention For The Protection Of Birds Useful To Agriculture, Paris, 19 mars 1902.

87. Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945.

88. CARSON, Rachel, *Silent Spring*, Houghton Mifflin, Boston, 1962.

89. Assemblée générale des Nations Unies, *Problems of the human environment*, 2398 (XXIII), 3 décembre 1968.

90. Ceci est clairement dit au paragraphe 59 de la *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine ('Ijzeren Rijn') entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas*, Sentence, Tribunal arbitral, Volume XXVII pp. 35-125 (recueil des Nations Unies des sentences arbitrales), 24 mai 2005.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

l'évolution suit son chemin avec la Charte de la nature⁹¹ et avec le rapport intitulé *Notre avenir à tous*⁹² de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU⁹³. Après la publication de ce rapport, l'Assemblée générale décide de convoquer la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement⁹⁴ qui aura lieu en 1992 et sera connue sous le nom de Conférence de Rio (ayant eu lieu à Rio de Janeiro). Cette conférence aboutira notamment à trois documents importants; la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁹⁵, l'Action 21⁹⁶ et la Déclaration des principes forestiers⁹⁷. En outre, elle ouvre deux traités importants multilatéraux sur l'environnement⁹⁸ à la signature.

Cette évolution est également très importante pour notre sujet. Comme nous le voyons déjà dans le titre de la Conférence de Rio, l'environnement et le développement sont considérés en lien l'un avec l'autre. Cette pensée nous accompagne jusqu'à nos jours - elle est présente également dans les OMD et les ODD, des objectifs de développement qui contiennent naturellement aussi des objectifs environnementaux.

1.2.4. Conclusion

En guise de conclusion de ce chapitre sur les fondements historiques de notre question il convient de revenir sur un point en particulier. Il s'agit du lien entre l'investissement et le développement. Nous l'avons mentionné dans la section 1.2.2. sur les origines de la scène politique actuelle en lien avec la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Il est vrai que depuis quelques années, la majorité des modèles de TBI mentionnent soit dans le titre, soit dans le préambule ou même dans le texte l'idée que l'investissement doit contribuer au développement. Un des exemples phares se trouve dans le préambule du modèle de TBI du Canada, où il est dit que le Canada et l'autre État partie concluent cet accord en :

Recognizing that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation

91. Assemblée générale des Nations Unies, *Charte mondiale de la nature*, A/RES/37/7, 28 octobre 1982.

92. Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies, *op. cit.*

93. Plus communément connue sous le nom de Commission Brundtland avec le nom de sa présidente.

94. Assemblée générale des Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, A/RES/44/228, 20 décembre 1989.

95. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*.

96. Assemblée générale des Nations Unies, *Action 21*, A/CONF.151/26/Rev.1, 14 juin 1992.

97. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts*, A/CONF.151/26 (Vol. III), 14 août 1992.

98. Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, New York, 9 mai 1992; Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

*between them and to the promotion of sustainable development.*⁹⁹

Le modèle états-unien dit également uniquement que les objectifs de cet accord doivent être accomplis de manière à respecter l'environnement, la santé ou encore les standards de travail internationalement reconnus. Ces formules sont reprises par beaucoup d'autres modèles de TBI. Le modèle néerlandais par exemple insiste uniquement sur le développement économique durable.¹⁰⁰

Nous devons insister ici sur le fait que la notion du développement a évolué dans les décennies précédentes. Comme nous l'avons vu ci-dessus, aucun État ne voudrait attirer ou maintenir des investissements qui sont nuisibles à son développement. Ainsi, depuis les décolonisations et le changement des visions sur les ressources naturelles et l'ordre économique mondial, les États bénéficiaires d'investissements étrangers veulent absolument maintenir leur souveraineté sur les ressources naturelles et sur leurs objectifs de développement. En parallèle avec cette évolution a évolué également la vision du développement en tant que tel. Ainsi, si dans les années 1950, le développement était vu uniquement comme un facteur économique, aujourd'hui, dans la proclamation des ODD, il est clairement dit que le développement (durable) comporte trois dimensions: l'économique, la sociale et l'environnementale.¹⁰¹

Après cette partie sur les fondements historiques nous devons nous rappeler que le DII ne doit pas perdre de vue le développement et que sa vision a dépassé la conception uniquement économique de ce dernier. Une vision comme dans le modèle de TBI canadien, où l'investissement favorise le développement durable devrait être universelle et contraignante.

1.3. Types d'obligations

Nous avons vu ci-dessus que des obligations pour les investisseurs étrangers devraient certainement exister. Certains ont même formulé des modèles de TBI très intéressants qui seraient plus propices au développement durable.¹⁰² Dans cette section nous nous intéressons aux types d'obligations qui existent réellement pour les investisseurs étrangers pour ensuite pouvoir nous pencher en profondeur sur les obligations de développement durable.

99. Government of Canada, *Agreement between Canada and ——— for the promotion and protection of investment*, 2004, (visité le 20 novembre 2019), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download>, p. 1. Nous soulignons.

100. Beaucoup de modèles de TBI sont disponibles en ligne sur le site Investment Policy Hub de la CNUCED, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>, (visité le 10 novembre 2019).

101. *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, para. 2.

102. Pour cela il convient notamment de mentionner le modèle de TBI formulé par l'Institut international du développement durable, sur lequel nous allons encore revenir plus tard : Institut international du développement durable, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2005.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

Une des études les plus complètes sur les obligations des investisseurs étrangers a été faite par Karsten NOWROT.¹⁰³ Il distingue entre 3 différents types d'obligations légales pour les investisseurs; des obligations directes de comportement, des obligations indirectes de comportement et des obligations de tolérer des mesures de réglementation.¹⁰⁴ C'est sur cette distinction que nous nous penchons maintenant afin de comprendre quels types d'obligations peuvent être imposés aux investisseurs étrangers. En conséquence, nous pourrions classer selon ce schéma les obligations que nous identifierons dans le prochain chapitre.

Il convient de mentionner ici tout de même que nous nous intéressons uniquement aux obligations découlant de traités internationaux. Nous sommes conscients que certaines obligations pour les investisseurs étrangers peuvent également découler du droit international coutumier¹⁰⁵, des contrats entre l'État hôte et l'investisseur ou encore du droit national de l'État hôte ou de l'État résident.¹⁰⁶ Nous nous intéresserons dans le troisième chapitre à certaines de ces possibilités d'imposer des obligations aux investisseurs, lorsque nous parlerons de la mise en œuvre des obligations.

I Obligations directes de comportement

Il s'agit ici des obligations qui sont adressées directement aux investisseurs dans les AII. C'est-à-dire qu'il y a des obligations directes et explicites pour les investisseurs qui ressortent directement d'un traité conclu entre l'État hôte et l'État résident de l'investisseur.¹⁰⁷ Seuls très peu d'AII mentionnent explicitement des obligations pour les investisseurs, malgré le fait que les gouvernements de pays développés et de pays en développement, les praticiens et les académiciens soient tous d'accord que la conception des AII, la balance entre les droits et devoirs des gouvernements et des investisseurs et les mécanismes de règlement de différends entre les États et les investisseurs sont des domaines du droit international qui ont besoin de réformes.¹⁰⁸

Un mouvement vers d'avantage d'inclusion d'obligations directes de comportement dans les AII a lieu depuis un certain temps notamment dans le contexte africain. Ceci s'inscrit dans la tendance historique et les prises de conscience évoquées ci-dessus. Ainsi, déjà en 1982, dans le *Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries*¹⁰⁹ avec comme États parties le Burundi, la République Démocratique du Congo et le Rwanda,

103. NOWROT, Karsten, « Obligations of Investors ».

104. *Ibid.*, p. 1160.

105. CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 244-252.

106. NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1170.

107. *Ibid.*, p. 1161 ss.

108. *Ibid.*, p. 1159 ss.

109. *Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries*, Gisenyi, 31 janvier 1982.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

sont mentionnées dans l'article 19 plusieurs obligations que l'entreprise ayant eu le droit de s'établir dans l'un des trois pays, aura à respecter. En 1990 entre des pays africains, dans la *Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises in the Preferential Trade Area for Eastern and Southern African States*¹¹⁰, des obligations directes de comportement sont imposées à nouveau aux multinationales. L'article 17 de cette Charte, intitulé *Obligations of MIEs and Subsidiaries* est particulièrement important, car il définit clairement des obligations directes des multinationales, telles que l'implantation d'un programme « *for the gradual increase of the local value added of the product* »¹¹¹, la production des biens d'une qualité acceptable¹¹², le fait de fournir des informations (au moins des rapports annuels, des audits externes et des rapports sur la propriété des parts) à l'État hôte et au Secrétariat¹¹³ et de s'abstenir d'entrer dans des pratiques commerciales restrictives¹¹⁴. L'article 19 de la même Charte introduit en plus une *Special Development Tax* au bénéfice des pays les moins avancés des États parties à la Charte.¹¹⁵ Il s'agit d'une taxe spéciale pour le développement de ces pays consistant d'un 1% du revenu brut de la multinationale en question.

Cette évolution vers de plus en plus d'obligations directes de comportement pour les investisseurs étrangers continue au début de notre millénaire, quand en 2007, le *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*¹¹⁶ mentionne non seulement dans un ou quelques rares articles des obligations pour ces investisseurs mais contient une partie entière sur les 'droits et les obligations' (contenant 15 articles). Selon l'article 11 de cet accord, le but de cette partie est de donner certains droits aux investisseurs dans la conduite de leurs activités dans le COMESA (Marché commun de l'Afrique orientale et australe) avec une balance globale de droits et d'obligations entre les investisseurs et les États parties.¹¹⁷ Des articles plus spécifiques, que nous analyserons dans le prochain chapitre, sont également contenus dans cette partie.

Il convient maintenant de mentionner ici le projet récent d'un Code Panafricain d'Investissements¹¹⁸, dont la nature juridique n'est pas encore très claire, mais qui pourrait servir de modèle pour un chapitre d'investissements dans un ALE à l'échelle continentale africaine dans le futur.¹¹⁹ Ce code peut servir déjà aujourd'hui comme modèle pour des conventions relatives à

110. *Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises in the Preferential trade Area for Eastern and Southern African States*, Mbabane, 23 novembre 1990.

111. *Ibid.*, art. 17 (1) (a) (i).

112. *Ibid.*, art. 17 (1) (b).

113. *Ibid.*, art. 17 (1) (c).

114. *Ibid.*, art. 17 (1) (d).

115. *Ibid.*, art. 19.

116. *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, Nairobi, 23 mai 2007.

117. *Ibid.*, art. 11.

118. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC)*, Projet de l'Union Africaine (EA15660-15), Addis-Abeba, 31 décembre 2016.

119. Union Africaine, *Réunion d'experts sur l'examen du Code d'Investissement Panafricain (CIPA) du 30 novembre au 2 décembre 2015, Kampala, EA16235-29/2/15, 2 décembre 2015, p. 3.*

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

l'investissement (bilatéral, régional ou multilatéral) au niveau de l'Union africaine¹²⁰ ou des différents pays ou communautés économiques régionales¹²¹. Le chapitre 4 du CPAI intitulé 'obligations des investisseurs' est très avancé par rapport à tout le reste qui existe à ce jour en matière des obligations directes de comportement. Nous reviendrons encore souvent sur cet instrument également dans le prochain chapitre.

Comme nous l'avons mentionné déjà dans l'introduction de cette section, des modèles de TBI plus avancés sur les obligations directes de comportement existent aujourd'hui.¹²² Les modèles qui sont proposés reprennent des tendances actuelles. Même l'organisation régionale, la SADC (Communauté de développement d'Afrique australe (CDAA)), reprend cette idée et consacre la troisième partie de son modèle de TBI entièrement aux 'droits et obligations des investisseurs et États parties'.¹²³ De même, dans certains modèles de TBI étatiques ces tendances sont également repris. Nous pouvons constater cela par exemple à l'article 12 du modèle de TBI que le Ghana utilise depuis 2008 où il est dit que les investisseurs d'un État partie doivent respecter dans l'autre les lois et les réglementations en vigueur, dont notamment les lois et réglementations par rapport au travail, à la santé ou encore à l'environnement.¹²⁴ D'autres pays, notamment africains reprennent cette idée également dans leurs modèles.

Malheureusement, dans les TBI effectivement conclus, les obligations directes de comportement ne figurent souvent pas aussi clairement que cela serait souhaitable et proposé par les modèles de TBI.¹²⁵ Selon NOWROT, cette retenue ou cette hésitation à implémenter plus d'obligations directes de comportement est dû en pratique à des défis de fond ainsi qu'à des défis procéduraux. Pour ce qui est du fond, il cite notamment le problème qu'il faudrait savoir comment incorporer de telles obligations. Le fait de simplement mentionner d'autres accords internationaux (par exemple au sujet de l'environnement, de la santé ou du travail) ne suffirait pas, car cela équivaldrait à appliquer des règles, qui sont originaires destinées aux États, directement aux investisseurs. Le deuxième grand problème qu'il soulève est celui de la question procédurale. Il s'agit de savoir comment mettre en œuvre et réclamer l'exécution d'éventuelles obligations directes de

120. MBENGUE, Makane Moïse, « Les obligations des investisseurs étrangers », in DUBIN, Laurence et al. (éds.), *L'entreprise multinationale et le droit international (Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis)*, Editions A. Pedone, Paris, 2017, p. 331.

121. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*, art. 3 para. 3.

122. Notamment le: Institut international du développement durable, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2005.

123. Southern African Development Community (SADC), *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, juillet 2012, (visité le 16 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2875/download>.

124. Government of the Republic of Ghana, *Agreement between the Government of the Republic of Ghana and the Government of — for the promotion and protection of investments*, 2008, (visité le 15 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2866/download>.

125. Il suffit de regarder les derniers TBI conclus dans le navigateur de la CNUCED. (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *op. cit.*)

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

comportement.¹²⁶ C'est exactement pour ces raisons, selon NOWROT, que les États ont le plus souvent recours à des obligations indirectes de comportement, que nous analyserons.

II Obligations indirectes de comportement

Les obligations indirectes de comportement des investisseurs sont en règle générale des obligations adressées aux États. Il s'agit normalement des articles dans les AII, qui comportent une obligation pour les États parties de légiférer dans un domaine afin d'obliger les investisseurs étrangers à un certain comportement. Parfois, il ne s'agit pas d'articles clairs sur ce qu'il faut légiférer mais uniquement du fait que les États signalent, soit dans le préambule soit dans un article, un engagement souhaité à la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Soit, ils se réfèrent à des textes explicites de lignes directrices de RSE (p. ex. les Guidelines de l'OCDE¹²⁷) ou encore ils obligent les États à encourager les investisseurs étrangers à respecter des standards internationaux de RSE.¹²⁸

Ainsi, par exemple dans l'accord de partenariat économique entre les États du Cariforum et la Communauté européenne de 2008, il est stipulé que les États parties « *coopèrent et prennent, sur leur territoire respectif, les mesures nécessaires pour assurer, notamment par leur législation nationale* »¹²⁹ qu'il n'y ait pas de corruption liée à des investissements¹³⁰, que les investisseurs respectent les normes fondamentales du travail de l'OIT¹³¹, qu'aucun investissement ne soit fait qui détournerait les obligations internationales en matière d'environnement ou de travail des États parties¹³² et que les investisseurs impliquent les communautés locales dans leur prise de décision (surtout dans des cas d'investissements liés à des ressources naturelles)¹³³.

Nous pouvons également identifier des obligations indirectes de comportement, par exemple, dans le Code Panafricain d'Investissements¹³⁴ même s'ils sont beaucoup plus rares dans ce code, car les obligations directes sont très claires. Ainsi, ces obligations indirectes de comportement sont notamment formulées par la négative, les États ne devant pas assouplir leurs législations afin d'attirer plus d'investissements.¹³⁵ Une obligation indirecte de comportement pour l'investisseur étranger selon le CPAI serait de protéger l'environnement, car les États membres sont tenus à

126. NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1163 ss.

127. Organisation de coopération et de développement économiques, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.

128. NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1165 ss.

129. Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum et la Communauté européenne, Bridgetown, 15 octobre 2008, art. 72.

130. *Ibid.*, art. 72 let. a).

131. *Ibid.*, art. 72 let. b).

132. *Ibid.*, art. 72 let. c).

133. *Ibid.*, art. 72 let. d).

134. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*.

135. *Ibid.*, art. 34, para. 1.

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

« ce que leurs législations et réglementations assurent la protection de l'environnement. »¹³⁶.

Les possibilités d'instaurer des obligations indirectes de comportement pour les investisseurs étrangers sont quasiment illimitées. Ainsi, nous voyons que le *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*¹³⁷, dans lequel nous avons déjà trouvé des obligations directes de comportement, agit d'une manière très indirecte. Il détermine que le Comité CCIA (COMESA Common Investment Area Committee) fasse des recommandations d'élaboration des standards minimaux communs en lien avec l'investissement au Comité de la COMESA.¹³⁸ Ils mentionnent des domaines spécifiques dans une liste non-exhaustive. Ils mentionnent les évaluations de l'impact environnemental et de l'impact social¹³⁹, les normes de travail¹⁴⁰, le respect des droits de l'homme¹⁴¹, le comportement dans les zones de conflit¹⁴², la corruption¹⁴³ et les subventions¹⁴⁴.

Afin de compléter notre vision des obligations indirectes de comportement qui peuvent être instaurées dans des AII il convient de mentionner les ALE du Canada. Particulièrement le plus récent, qui est l'ALE entre le Canada et la République de Corée¹⁴⁵. Dans son article 8.16 dans le chapitre huit relatif aux investissements, cet accord prévoit que :

*« Chacune des Parties devrait encourager les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer volontairement des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises dans leurs pratiques et leurs politiques internes, y compris les déclarations de principe qui bénéficient du soutien ou de l'adhésion des Parties. Ces principes abordent des questions comme le travail, l'environnement, les droits de l'homme, les relations avec la collectivité et la lutte contre la corruption. »*¹⁴⁶

Le Canada poursuit cette même politique d'encouragement (à travers des obligations indirectes de comportement) dans ses ALE depuis un moment, et ainsi des dispositions presque identiques se trouvent à l'article 810 de l'ALE entre le Canada et le Pérou¹⁴⁷, à l'article 9.17 de l'ALE du Canada avec le Panama¹⁴⁸ ou encore à l'article 10.16 de l'ALE entre le Canada et le Honduras¹⁴⁹.

136. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*, art. 37, para. 1.

137. *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*.

138. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d).

139. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d) (i).

140. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d) (ii).

141. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d) (iii).

142. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d) (iv).

143. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d) (v).

144. *Ibid.*, art. 17, para. 2, let. d) (vi).

145. Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea, Seoul, 22 septembre 2014.

146. *Ibid.*, art. 8.16.

147. Free trade agreement between Canada and Peru, Lima, 29 mai 2008, art. 810.

148. Free trade agreement between Canada and the Republic of Panama, Panama-City, 14 mai 2010, art. 9.17.

149. Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Honduras, Ottawa, 5 novembre 2013, art. 10.16.

III Obligations de tolérer des mesures de réglementation

La dernière - et pourtant la plus répandue - manière d'imposer des obligations ou des responsabilités aux investisseurs est en même temps la plus indirecte des trois que nous analysons ici. Il s'agit des obligations de tolérer des mesures de réglementation.¹⁵⁰ Pour intégrer ce type d'obligations les États utilisent trois méthodes différentes.

Premièrement, ils changent parfois les formulations des standards de protection des investissements usuels pour permettre des changements dans la réglementation étatique. Ainsi, dans l'ALE, qui devra dans le futur remplacer l'ALENA¹⁵¹, mais qui n'est pas encore entré en vigueur, le Canada, les États-Unis et le Mexique ont inclus dans l'annexe 14-B (à laquelle est renvoyée par l'article 14.8, para. 5), une disposition prévoit clairement que, « *[s]auf en de rares circonstances, ne constituent pas une expropriation indirecte les mesures réglementaires non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées en vue d'atteindre des objectifs légitimes de protection du bien-être public, par exemple en matière de santé, sécurité et d'environnement.* »¹⁵² De nombreux autres exemples existent pour cette méthode.¹⁵³

Deuxièmement, les États incluent souvent des dispositions leur permettant explicitement de prendre des mesures réglementaires. Ici aussi, de nombreux exemples existent pour démontrer cette méthode.¹⁵⁴ Nous choisissons un exemple typique et particulièrement bien formulé. Ainsi, nous reprenons, à titre d'exemple, l'ACEUM, où les États membres ont également inclus l'article 14.16, qui stipule que:

*« Aucune disposition du présent chapitre n'est interprétée de manière à empêcher une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure par ailleurs conforme au présent chapitre qu'elle considère appropriée pour faire en sorte que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière qui tienne compte des objectifs en matière d'environnement, de santé, de sécurité ou d'autres objectifs réglementaires. »*¹⁵⁵

Le meilleur exemple que nous avons trouvé dans la pratique des États, et que nous souhaitons souligner à ce stade, se trouve à l'article 20 du modèle de TBI de la CDAA que nous avons mentionné déjà ci-dessus.¹⁵⁶ Cet article, intitulé *Rights of States to Regulate* montre parfaitement

150. NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1168.

151. Accord de libre-échange nord-américain (ALENA/NAFTA), Mexico City/Ottawa/Washington DC, 17 décembre 1992.

152. Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA), Buenos Aires, 30 novembre 2018, art. 1, para. 3, let. b (Annexe 14-B).

153. cf. l'étude de : NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1168 ss.

154. *Ibid.*

155. Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA), art. 14.16. Nous soulignons.

156. Southern African Development Community (SADC), *op. cit.*

1. DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?

bien cette deuxième méthode d'imposer aux investisseurs des obligations de tolérer des mesures de réglementation.

Troisièmement, les États incluent des clauses d'exception et de justification de plus en plus larges pour inclure les droits réglementaires étatiques afin de permettre une réglementation étatique pour le bien-être de la population, l'environnement, la santé ou d'autres objectifs réglementaires légitimes de l'État. Comme pour tout ce qui précède, ici aussi existent de nombreux exemples.¹⁵⁷ La version que nous trouvons très bien formulée est celle du CPAI, dans lequel les États membres prévoient à l'article 14, en trois paragraphes, des exceptions générales.¹⁵⁸

Les obligations de tolérer des mesures de réglementation se présentent donc sous diverses formes depuis un certain nombre d'années. Cette méthode d'imposer des obligations aux investisseurs étrangers est la plus récurrente car elle n'impose ni directement des obligations aux investisseurs (comme les obligations directes de comportement), ni des obligations de faire quelque chose aux États (comme les obligations indirectes de comportement), mais elle réserve plutôt la possibilité d'action et une certaine marge de manœuvre aux États.

Conclusion

Même si de nos jours, les AII sont encore majoritairement protecteurs des investissements et investisseurs étrangers, nous venons de voir que des obligations directes ou indirectes de comportement ainsi que des obligations de tolérer des mesures de réglementation peuvent être définies et le sont déjà aujourd'hui dans certains cas. Nous analyserons les obligations de développement durable, que nous regarderons dans le chapitre suivant sous ces catégories. Cependant, il convient de répéter que nous nous intéresserons surtout aux obligations directes de comportement en lien avec le développement durable.

Que les obligations de comportement soient directes ou indirectes ou encore qu'il s'agisse d'une obligation de tolérer des mesures de réglementation futures, toutes ces catégories ont un facteur en commun. Ce dernier se résume au fait que des obligations pour les investisseurs existent et qu'ils sont en développement. Cette émergence d'obligations des investisseurs étrangers est en lien avec le changement des réalités et des consciences sociales. Ainsi se sont développés et se développent encore des obligations adressées aux investisseurs étrangers. Même si cela pose certains problèmes dans la mise en œuvre et dans l'application de ces lois, ce changement est important et nous l'analysons dans les chapitres suivants. Ainsi, comme annoncé, dans le prochain chapitre nous nous tournons vers les obligations de développement durable des investisseurs étrangers avant de nous intéresser dans le dernier chapitre aux problématiques de la

157. cf. l'étude de : NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1168 ss.

158. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*, art. 14.

1. *DES OBLIGATIONS POUR L'INVESTISSEUR ÉTRANGER ?*

mise en œuvre ainsi qu'à d'éventuelles solutions.

2. Obligations de développement durable

« *Des obligations de développement durable existent-elles pour les investisseurs étrangers en droit international des investissements ?* » C'est ce que nous avons retenu comme question de ce travail.

Comme annoncé dans le plan du présent travail, notre analyse portera avant tout sur les obligations de développement durable que nous trouvons directement ou indirectement dans les chapitres d'investissement d'ALE ou dans d'autres AII.

Afin d'identifier ces obligations il convient tout d'abord de délimiter le champs de recherche de ce chapitre, car autour du monde existent plus de 420 zones de libre échange.¹⁵⁹ Chacune de ces zones est organisée par un ALE ou d'autres types d'accords d'échanges - qui contiennent souvent des dispositions, voir un chapitre, relatifs aux investissements. Nous nous concentrerons notamment à ces ALE. Tout de même nous nous intéresserons également à deux instruments d'investissements spéciaux qui ont été créés en parallèle d'un ALE et dans le cadre d'organisations sous-régionales. Nous analyserons dans ce chapitre les dispositions qui nous semblent les plus innovantes et importantes dans ces différents accords.

En introduction de ce deuxième chapitre nous exposerons les outils d'interprétation à notre disposition avant de présenter les différents accords que nous analyserons (également dans le chapitre suivant). Les accords sont choisis en fonction de leur couverture géographique. Les ALE que nous analyserons couvrent l'Amérique du Nord et l'Europe ainsi que l'Amérique centrale et l'Asie du Sud-Est. Pour ne pas perdre de vue les autres régions importantes du monde et aussi parce que les initiatives les plus innovatrices pour l'analyse de notre sujet viennent de l'Afrique, nous prendrons également en compte deux accords régionaux d'investissements de zones de collaboration économiques - un d'Afrique et un d'Asie. Les explications préliminaires sur ces accords faciliteront la compréhension et l'analyse subséquentes.

Ensuite, dans les trois sections de ce chapitre, nous analyserons les obligations environnementales, sociales et de bonne gouvernance des investisseurs étrangers tels qu'elles ressortent des différents AII. Si le développement durable a 3 dimensions (économique, sociale et environnementale), nous devons faire un choix sur les types d'obligations que nous analysons dans ce travail. Notre choix porte donc sur cette catégorisation, qui est semblable à celle faite dans beaucoup de ALE ou d'autre AII. Nous exposerons donc quelques exemples d'obligations de ce type dans les sections qui suivent.

159. MYERS, Joe, *The world's free trade areas - and all you need to know about them*, 6 mai 2016, (visité le 19 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.weforum.org/agenda/2016/05/world-free-trade-areas-everything-you-need-to-know/>.

I Les outils d'interprétation des accords

Pour l'interprétation d'une convention internationale, nous nous tournons habituellement en premier lieu vers la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT).¹⁶⁰ Selon son article 31 :

« 1. *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. [...] »*¹⁶¹

Ce premier paragraphe est particulièrement important pour nous. Pour l'interprétation d'un traité, nous devons donc regarder de bonne foi le texte (interprétation textuelle/linguistique), le contexte (interprétation systématique/contextuelle) et finalement aussi l'objet et le but (interprétation téléologique) de ce traité. Dans notre cas, les chapitres d'investissements doivent donc être considérés dans l'ensemble de l'accord et en lien avec les autres chapitres, car ceux-ci font tout autant partie de l'accord conclu, même si un renvoi ne se fait pas explicitement. Dans certains chapitres d'investissements de tels renvois existent et disent qu'une disposition d'un autre chapitre prévaudra en cas de conflit avec une disposition de ce chapitre. Lors de la présentation des différents accords que nous analyserons, nous mentionnerons également ces éventuels renvois.

Si un tel renvoi n'a pas lieu, il est vrai que nous devons nous demander quelles sont les conséquences d'un éventuel conflit entre une disposition du chapitre d'investissement et d'un autre chapitre (p.ex. sur l'environnement ou le développement durable). Il convient de mentionner que, dans l'interprétation d'un traité, des traités internationaux ultérieurs (entre les parties)¹⁶², une pratique ultérieure (entre les parties)¹⁶³ ou même une autre règle pertinente de droit international (applicables aux parties)¹⁶⁴ peuvent être pris en compte.

Néanmoins, il est important de savoir, que la majorité des instruments et déclarations de développement durable font partie de ce que nous appelons *Soft Law* et n'ont donc pas de force obligatoire en droit international public traditionnel.¹⁶⁵ Cependant, pratiquement tous les juristes sont d'accord que le concept de développement durable a des effets normatifs aujourd'hui.¹⁶⁶ Certains prônent même une « *obligation coutumière [de l'État] de promotion du développement*

160. Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969.

161. *Ibid.*, art. 31, para. 1.

162. *Ibid.*, art. 31, para. 3, let. a.

163. *Ibid.*, art. 31, para. 3, let. b.

164. *Ibid.*, art. 31, para. 3, let. c.

165. DAILLIER, Patrick, FORTEAU, Mathias et PELLET, Alain, *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 2009, pp. 427-429.

166. SCHACHERER, Stefanie, « The CETA Investment Chapter and Sustainable Development: Interpretative Issues », in MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie (éds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019, p. 209.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

*durable. »*¹⁶⁷ et que le développement durable fait donc partie aujourd'hui du droit international coutumier. Le but de ce travail n'est pas de résoudre la question si tel est le cas ou non, mais nous pouvons retenir les effets normatifs susmentionnés que le développement durable peut avoir sur le DII. Ces effets normatifs se manifestent à travers trois fonctions; premièrement une fonction incitative (les AII doivent développer afin de contribuer au développement durable), ensuite une fonction de protection (la législation nationale doit être en accord avec le développement durable afin qu'il ne soit pas menacé par le DII) et dernièrement une fonction d'interprétation.¹⁶⁸ Ainsi, les principes de développement durable, tels que les principes de Rio (adoptés par consensus par les États)¹⁶⁹ peuvent nous servir pour l'interprétation de nos AII.

En dernier lieu, les décisions judiciaires peuvent également être prises en compte pour nous guider dans l'interprétation des dispositions des différents chapitres. À cela, il convient de citer les principes sur le rôle du droit et du développement durable adopté au *Global Judges Symposium* à Johannesburg en 2002.¹⁷⁰ Au 7^{ème} considérant du préambule de leur déclaration de principes ils affirment que :

*« We recognize that the rapid evolution of multilateral environmental agreements, national constitutions and statutes concerning the protection of the environment increasingly requires the courts to interpret and apply new legal instruments in keeping with the principles of sustainable development, »*¹⁷¹

Ceci montre que les juges¹⁷² devraient prendre en considération les principes de développement durable dans l'analyse de nouveaux instruments légaux. Ils acceptent donc la fonction d'interprétation du développement durable. Si un AII contient explicitement des dispositions relatives au développement durable, nous ne voyons pas de raison pourquoi celles-ci ne devraient pas être prises sérieusement en compte dans l'analyse des dispositions des chapitres d'investissements en plus des considérations de développement durable en général.

Cette fonction d'interprétation est très importante pour notre sujet et nous retenons donc pour la suite, qu'il convient d'intégrer des préoccupations environnementales et sociales dans le proces-

167. BARRAL, Virginie, *Le développement durable en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2016, pp. 395-421.

168. SCHACHERER, Stefanie, *op. cit.*, pp. 209-210.

169. Sur cela, il convient notamment de regarder le Principe 27 de cette déclaration. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*.

170. Global Judges Symposium on Sustainable Development and the Role of Law, *The Johannesburg Principles on the Role of Law and Sustainable Development adopted at the Global Judges Symposium held in Johannesburg, South Africa on 18-20 August 2002*, 20 août 2002, (visité le 21 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.eufje.org/images/DocDivers/Johannesburg%20Principles.pdf>.

171. *Ibid.*

172. Les juges présents venaient de 59 pays différents et à ceux là s'ajoutait des délégations de la Cour internationale de justice, de la Cour de justice de la Communauté européenne, du Tribunal international du droit de la mer et de la Cour de justice du COMESA. Ces principes ont donc une crédibilité large. Governing Council of the United Nations Environment Programme, *Report of the Global Judges Symposium on Sustainable Development and the Role of Law*, UNEP/GC.22/INF/24, 12 novembre 2002.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

sus d'interprétation des dispositions d'investissement.¹⁷³ Le développement durable constitue donc « [...] une norme primaire revêtant d'une fonction d'interprétation. ».¹⁷⁴

II Les accords analysés

1. Accords de libre-échange (ALE)

Nous identifions également les chapitres d'investissements de ces différents ALE et nous mentionnons, le cas échéant, les dispositions relatives aux rapports avec les autres chapitres de l'ALE.

Les chapitres d'investissements d'accords de libre-échange, que nous traitons dans ce travail sont les suivants (dont nous donnerons les acronymes anglais qui sont souvent mieux connus entre parenthèses) :

(a) ACEUM (USMCA)¹⁷⁵

L'accord Canada–États-Unis d'Amérique–États-Unis mexicains, qui a été signé le 30 novembre 2018 et a pour but de remplacer l'ALENA, a été fortement critiqué par l'actuelle administration américaine. Pour le moment, l'ALENA est toujours en vigueur et l'ACEUM ne l'est pas encore. Certaines dispositions de l'ACEUM renvoient aux dispositions de l'ALENA.

Il s'agit donc d'un accord de libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, qui n'est pas encore en vigueur. Néanmoins, nous regarderons certaines de ces dispositions, surtout pour analyser ce qui a changé entre l'adoption de l'ALENA en 1992 et de l'ACEUM en 2018. C'est le chapitre 14 de l'ACEUM qui est dédié à l'investissement. Dans le cas d'incompatibilité entre le chapitre d'investissements et d'autres chapitres de l'ACEUM, c'est l'autre chapitre qui prévaut.¹⁷⁶ Il convient de mentionner à ce stade que l'ACEUM contient notamment des chapitres sur le travail (23), l'environnement (24) et la lutte contre la corruption (27), qui peuvent entrer en compte pour notre analyse.

(b) AECG (CETA)¹⁷⁷

L'accord économique et commercial global a été signé le 30 octobre 2016. Il n'est pas encore en vigueur, car les parlements des 28 États membres de l'UE tout comme le parlement canadien doivent le ratifier tout d'abord. Malgré cela, depuis le 21 septembre 2017, l'AECG est déjà provisoirement appliqué.

173. SCHACHERER, Stefanie, *op. cit.*, p. 210.

174. BARRAL, Virginie, *op. cit.*, p. 263.

175. *Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA)*.

176. *Ibid.*, art. 14.3, para. 1.

177. *Accord économique et commercial global (AECG/CETA)*, Bruxelles, 30 octobre 2016.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Il s'agit d'un traité de libre-échange entre tous les États membres de l'Union européenne et le Canada. C'est le chapitre 8 de l'AECG qui est dédié à l'investissement. Dans ce chapitre, il n'y a aucune disposition explicite qui réglerait le cas où une disposition dans ce chapitre serait incompatible avec une autre de l'AECG. Néanmoins, grâce aux analyses faites ci-dessus sous l'explication des 'outils d'interprétation des accords', nous savons que les autres chapitres ainsi que des considérations de développement durable en général peuvent intervenir dans nos interprétations. Les chapitres intéressants pour notre analyse de l'AECG sont les suivants: commerce et développement durable (22), commerce et travail (23) et commerce et environnement (24).

(c) ALEAC-RD (DR-CAFTA)¹⁷⁸

L'accord de libre échange d'Amérique centrale a été signé le 28 mai 2004. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

L'ALEAC-RD est un traité de libre-échange entre les pays du marché commun centraméricain (Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua), la République dominicaine et les États-Unis. C'est le chapitre 10 de l'ALEAC-RD qui est dédié à l'investissement. En cas de conflit entre une disposition du chapitre d'investissements de l'ALEAC-RD et d'un autre chapitre de ce même accord, c'est ce dernier qui prévaut.¹⁷⁹ Les chapitres qui sont susceptibles de rentrer en ligne de compte pour notre analyse sont ceux qui traitent du travail (16), de l'environnement (17) ou encore de la transparence (18).

(d) ALENA (NAFTA)¹⁸⁰

L'accord de libre-échange nord-américain a été signé le 17 décembre 1992. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Même s'il sera bientôt remplacé par l'ACEUM, nous l'analyserons dans ce travail, compte tenu du fait qu'il a donné lieu à une importante littérature et de la jurisprudence.

L'ALENA est un traité de libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. C'est le chapitre 11 de l'ALENA qui est dédié à l'investissement. Comme nous l'avons vu ci-dessus (sous 'outils d'interprétation des accords'), les autres chapitres de l'ALENA¹⁸¹ ainsi que des considérations générales de développement durable peuvent intervenir dans nos analyses du chapitre d'investissements. En plus l'ALENA est conclu en même temps que deux accords parallèles. D'un côté, l'accord nord-

178. Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine (ALEAC-RD/DR-CAFTA), Washington DC, 28 mai 2004.

179. *Ibid.*, art. 10.2 para. 1.

180. *Accord de libre-échange nord-américain (ALENA/NAFTA)*.

181. Qui prévalent, comme il est défini à l'art. 1112 de l'ALENA.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

américain de coopération dans le domaine de l'environnement¹⁸² et, de l'autre côté, l'accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail¹⁸³, qui sont donc également à prendre en compte pour l'interprétation de l'ALENA.¹⁸⁴

(e) **PTCI (TTIP)**¹⁸⁵

Le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement n'a pas été signé à ce jour. Les négociations entamées en 2013 ont été abandonnées sans résultat fin 2016 après l'élection du Président Trump aux États-Unis.¹⁸⁶ Nous avons uniquement accès aux textes de négociation de l'UE pour le PTCI. Nous les analyserons pour voir les positions européennes sur les questions de l'investissement.¹⁸⁷

Le TTIP aurait été un traité de libre-échange entre les États membres de l'UE et les États-Unis. Le chapitre 2 aurait probablement été dédié à l'investissement. Dans le projet d'articles auquel nous avons eu accès, la relation avec d'autres chapitres n'est pas définie. Néanmoins, il convient de noter ici, que l'UE avait proposé au cours des négociations un chapitre relatif au développement durable.¹⁸⁸ Les propositions faites dans ce chapitre très intéressant seront prises en compte dans nos analyses.

(f) **PTPGP (CPTPP)**¹⁸⁹

L'accord de partenariat transpacifique global et progressiste a été signé le 8 mars 2018. Il est entré en vigueur le 30 décembre 2018. Cet accord de libre-échange est né de l'idée du partenariat transpacifique (TPP)¹⁹⁰, signé en 2016. Mais après l'élection du Président Trump aux États-Unis, ceux-ci se sont retirés de cet accord. En 2018 les autres pays signataires se sont entendus pour reprendre pratiquement toutes les dispositions dans un nouvel accord, le PTPGP. Celui-ci exclut quelques dispositions qui ont été négociées et favorisées par les États-Unis et auxquelles les autres États s'opposaient.

L'PTPGP est un traité de libre-échange entre l'Australie, Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, le Pérou, la Nouvelle-Zélande, Singapour

182. Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE/NAAEC), Mexico City/Ottawa/Washington DC, 17 décembre 1992.

183. Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT/NAALC), Mexico City/Ottawa/Washington DC, 17 décembre 1992.

184. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art. 31, para. 2.

185. Commission européenne, *TTIP - Chapter II Investment - EU Textual Proposal*, 12 novembre 2015, (visité le 14 janvier 2020), disponible en ligne sur : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

186. Commission européenne, *Textes de négociation de l'UE dans le cadre du TTIP*, 10 février 2015, (visité le 20 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248&serie=866&langId=fr>.

187. *Idem*, *TTIP - Chapter II Investment - EU Textual Proposal*.

188. Commission européenne, *TTIP - Trade and Sustainable Development - EU Textual Proposal*, 6 novembre 2015, (visité le 14 janvier 2020), disponible en ligne sur : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153923.pdf.

189. Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP/CPTPP), Santiago, 8 mars 2018.

190. Accord de partenariat transpacifique (APT/TPP), Auckland, 4 février 2016.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

et le Vietnam, qui est en vigueur. C'est le chapitre 9 du PTPGP qui est dédié à l'investissement. En cas d'incompatibilité entre le chapitre d'investissements et d'autres chapitres du PTPGP, c'est l'autre qui prévaut.¹⁹¹ Les chapitres du PTPGP qui peuvent entrer en compte dans notre analyse sont : sur le travail (19), l'environnement (20), le développement (23) et la transparence et lutte contre la corruption (26).

2. Accords multilatéraux d'investissements dans des zones de collaboration économiques

De nombreuses zones de collaboration économiques existent sur notre planète. L'intégration économique passe par cinq étapes selon la théorie économique dominante. Commencant avec la zone de libre-échange (instaurée par un ALE), l'intégration se poursuit par l'union douanière, le marché commun, l'union économique et monétaire pour s'achever finalement à l'union politique.¹⁹²

Ainsi, certains États regroupés dans des organisations de ce type concluent des accords relatifs aux investissements qui ne sont donc pas intégrés à des ALE, mais qui y sont intrinsèquement liés, car ceux-ci sont fondateurs de ces mouvements régionaux d'intégration économique. Nous pouvons donc les assimiler de par leur fonction à des chapitres d'investissements dans les ALE.

(a) ANASE (ASEAN)¹⁹³

L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est a été fondée par cinq États en 1967, dans le contexte de la guerre froide, comme bloc politique. Aujourd'hui l'ANASE compte 10 États membres : Brunei, le Cambodge, l'Indonésie, le Laos, la Malaisie, le Myanmar, les Philippines, Singapour, la Thaïlande et le Vietnam. Depuis 1992, ces États sont liés par un ALE¹⁹⁴ qui ne contient pas encore de dispositions relatives aux investissements mais dans lequel ils disent vouloir se lier à l'avenir par un accord dédié à l'investissement.¹⁹⁵ Cela a été fait en 2009 en adoptant l'*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*¹⁹⁶, lequel est entré en vigueur le 24 février 2012.

Nous prenons donc cet accord en compte dans notre analyse - même si techniquement il ne s'agit pas d'un chapitre d'investissements d'un ALE.

(b) COMESA¹⁹⁷

Le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) est fondé par un traité de 1993 et réunit aujourd'hui 21 pays.¹⁹⁸ Le chapitre XXVI de ce traité aborde

191. *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP/CPTPP)*, art. 9.3 para. 1.

192. BALASSA, Bela, *The Theory of Economic Integration*, Richard D. Irwin, Homewood, 1961.

193. ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Cha-am, 26 février 2009.

194. ASEAN Free Trade Agreement (AFTA), Singapour, 28 janvier 1992.

195. *Ibid.*, art. 5 lit. C.

196. *ASEAN Comprehensive Investment Agreement*.

197. *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*.

198. Traité du marché commun de l'Afrique orientale et australe, Kampala, 5 novembre 1993.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

l'investissement et réunit ainsi 5 articles. Selon l'article 162 para. 3 de ce traité, les États membres veulent adhérer à d'autres instruments multilatéraux d'investissements. En 2007, 19 pays membres du COMESA ont créé un propre instrument multilatéral d'investissement entre eux et ont signé l'*Investment Agreement for the COMESA Common Investment area*. Ces pays membres sont le Burundi, les Comores, la République Démocratique du Congo, le Djibouti, l'Égypte, l'Érythrée, l'Éthiopie, le Kenya, la Libye, le Madagascar, le Malawi, Maurice, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, Eswatini (à l'époque encore le 'Swaziland'), l'Ouganda, la Zambie et le Zimbabwe.¹⁹⁹ Jusqu'à aujourd'hui ce traité n'est pas entré en vigueur.

Les zones de libre-échange sont en croissance en Afrique comme partout dans monde. L'Union Africaine a même le but d'établir une zone de libre-échange continentale africaine²⁰⁰. À l'intérieur de chacune des régions de collaboration économiques (dont 5 sont reconnues par l'Union Africaine) des traités de commerce et d'investissements sont en élaboration, en ratification ou en vigueur. Même des ALE entre plusieurs régions sont en ratification actuellement.²⁰¹

Malgré ces évolutions nombreuses et diverses, nous nous concentrons dans ce travail sur l'*Investment Agreement for the COMESA Common Investment area*, car il porte clairement et uniquement sur les investissements et contient des obligations claires pour les investisseurs étrangers. De plus, il est intrinsèquement lié au traité fondateur du COMESA et est donc comparable à un chapitre d'investissements d'un ALE.

Après avoir vu les instruments qui seront analysés ainsi que les outils d'interprétation de ceux-ci, nous pouvons nous tourner vers l'analyse de ces accords et surtout les obligations de développement durable des investisseurs étrangers qui y sont définies.

199. Depuis 2018, la Somalie et la Tunisie sont également membres au COMESA. Néanmoins, ils ne sont pas signataires de l'*Investment Agreement*.

200. L'accord qui est signé en 2018 dit à l'article 6 dit de régir l'investissement, mais des dispositions explicitement relatives à l'investissements ne sont pas conclues dans ce texte. (Les protocoles comportant les définitions précises portent uniquement sur le commerce des marchandises, le commerce des services et les règles et procédures relatives au règlement des différends.) Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine, Kigali, 21 mars 2018.

201. Agreement establishing a Tripartite Free Trade Area among the Common Market for Eastern and Southern Africa, the East African Community and the Southern African Development Community, Sharm El Sheikh, 10 juin 2015.

2.1. Obligations de développement durable existantes

Dans cette section, nous nous intéressons, comme annoncé dans le plan, aux obligations de développement durable réellement existantes dans les ALE et autres accords qui nous servent d'échantillon pour ce travail. Nous regarderons donc en premier lieu quelques obligations environnementales, avant de nous tourner vers des obligations sociales et de bonne gouvernance.

2.1.1. Obligations environnementales

Parlant d'obligations environnementales, nous nous intéressons évidemment aux obligations des investisseurs étrangers. Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'environnement est une des dimensions du développement durable; si nous parlons d'obligations de développement durable nous devons alors regarder les obligations environnementales. Au minimum, il s'agit d'obligations de protéger et ne pas détruire l'environnement. Cependant, les préoccupations environnementales deviennent de plus en plus importantes dans les AII. Si dans leur étude de plus de 1600 AII, GORDON et POHL ont constaté que le premier AII qui comportait des préoccupations environnementales était conclu en 1985, ils disent que depuis 2005 (jusqu'en 2011 quand ils publient leur étude) chaque année plus de 50% des AII nouvellement conclus contiennent des dispositions relatives à l'environnement.²⁰² Sur les 8 accords que nous analysons, tous, sauf l'ALENA, sont négociés et conclus après 2005. Dans l'échantillon de GORDON et POHL, tous les AII qui ne sont pas des TBI contiennent des références à l'environnement.²⁰³ Dans notre travail, nous n'étudions pas de TBI mais uniquement des ALE et deux accords multilatéraux d'investissement. Et effectivement chacun des accords étudiés, contient au moins une référence explicite (linguistique) à l'environnement. Parmi les dispositions du chapitre d'investissements de l'ACEUM, l'environnement apparaît explicitement une seule fois²⁰⁴, deux fois dans l'AECG²⁰⁵, trois fois dans l'ALEAC-RD²⁰⁶, quatre fois dans l'ALENA²⁰⁷, une seule fois dans le PTCI²⁰⁸ et deux fois dans le PTPGP²⁰⁹, et ceci toujours dans les chapitres d'investissement. En plus, dans les autres accords que nous regardons, l'environnement est mentionné explicitement cinq fois dans l'accord COMESA²¹⁰ et une seule fois dans l'accord de l'ANASE²¹¹.

202. GORDON, Kathryn et POHL, Joachim, « Environmental Concerns in International Investment Agreements - A Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, vol. 1, no. 1, 2011, p. 5.

203. *Ibid.*, p. 5.

204. Il s'agit de l'article 14.16 ACEUM.

205. Aux articles 8.4, para. 2, let. d et 8.8, para. 1 AECG.

206. Aux articles 10.9, para. 3, let. c; 10.11 et 10.24 ALEAC-RD.

207. Aux articles 1106, para. 2 et 6; 1114 et 1133 ALENA.

208. À l'article 2, para. 1 PTCI.

209. Aux articles 9.10, para. 3, let. d et 9.16 PTPGP.

210. Aux articles 5, let. e; 7, para. 2, let. d, (i); 17, para. 2, let. b; 20, para. 8 et 22, para. 1, let. c COMESA.

211. À l'article 38 de l'accord ANASE.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Nous constatons donc que le sujet de l'environnement est important dans beaucoup de ces accords que nous analysons. Nous sommes néanmoins conscients que ces mentions 'linguistiques' ne couvrent pas tout le terrain des dispositions ayant lien avec l'environnement. Et toutes les mentions 'linguistiques' ne comportent pas d'obligations. Beaucoup de ces mentions clarifient uniquement les procédures de règlement des différends. Un exemple classique de ce type est trouvé à l'article 38 de l'accord de l'ANASE :

*« Without prejudice to the appointment of other kinds of experts where authorised by the applicable arbitration rules, the tribunal, at the request of the disputing parties, may appoint one or more experts to report to it in writing on any factual issue concerning environmental, public health, safety or other scientific matters raised by a disputing party in a proceeding, subject to such terms and conditions as the disputing parties may agree. »*²¹²

Dans ce type de dispositions, les États incluent la possibilité du tribunal arbitral (constitué en cas de conflit), de demander des rapports d'experts sur des questions factuelles. Ces rapports peuvent, comme stipulé à l'article 38 de l'accord de l'ANASE, porter par exemple sur des questions environnementales, qui seront importantes dans l'évaluation de la plainte de l'investisseur. Ceux-ci peuvent être utilisés pour évaluer si un droit réglementaire de l'État (qui crée une obligation de tolérer des mesures de réglementation pour l'investisseur étranger) a été utilisé suivant une nécessité (donc dans un objectif réglementaire) et non discriminatoire. Des dispositions semblables se trouvent dans de nombreux d'accords que nous avons étudiés.²¹³

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les obligations de tolérer des mesures réglementaires étatiques sont les plus fréquentes dans les ALE que nous avons étudiés. Ci-dessus nous avons déjà cité et reproduit l'article 14.16 de l'ACEUM. Tous les accords que nous avons étudiés contiennent une telle clause.²¹⁴ La clause qui nous semble la plus intéressante et qui est donc reproduite ici, est celle de l'AECG. À l'article 8.9 de l'AECG, les États réaffirment leur droit réglementaire :

« Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la

212. ASEAN Comprehensive Investment Agreement, art. 38. Nous soulignons.

213. Surtout intéressants pour nous sont les articles suivants : Art. 10.24 ALEAC-RD; Art. 1133 ALENA et Art. 24 Section 3 PTCL.

214. Il convient notamment de consulter les articles suivants : Art. 10.9, para. 3, (c), (ii) et art. 10.11 ALEAC-RD; Art. 1106, para. 6 ALENA; Art. 20, para. 8 et art. 22, para. 1, (b) et (c) COMESA; Art. 2 du chapitre 2 PTCL et art. 9.16 PTPGP.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

promotion et la protection de la diversité culturelle. »²¹⁵

Le paragraphe suivant est particulièrement intéressant car il apporte une précision complémentaire :

*« Il est entendu que le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constitue pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section. »*²¹⁶

Le droit de réglementer de l'État et, en conséquence, l'obligation de tolérer ces réglementations pour l'investisseur est ainsi reconnu clairement. Souvent, l'environnement est même explicitement mentionné comme cause légitime de réglementation.

En plus, il convient de mentionner ici que l'environnement est souvent invoqué comme raison légitime d'expropriation. Certains de ces articles ont déjà été mentionnés ci-dessus, car le fait de pouvoir subir une expropriation pour des raisons telles que la protection environnementale consiste en une obligation de tolérer des mesures de réglementation. Le meilleur exemple pour cela est l'article 20, paragraphe 8 COMESA qui a la teneur suivante²¹⁷ :

*« Consistent with the right of states to regulate and the customary international law principles on police powers, bona fide regulatory measures taken by a Member State that are designed and applied to protect or enhance legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, shall not constitute an indirect expropriation under this article. »*²¹⁸

Nous voyons donc que dans les chapitres d'investissement des ALE, les obligations que nous trouvons pour les investisseurs sont des obligations de tolérer des mesures réglementaires étatiques.

Dans les chapitres sur l'environnement des différents ALE (ou dans les accords parallèles sur l'environnement) que nous avons déjà mentionnés ci-dessus dans la présentation des différents accords étudiés, la situation est quelque peu différente. Les obligations qui y sont évoquées ne s'adressent pas du tout aux investisseurs étrangers, mais aux États. Nous ne trouvons donc pas non plus d'obligations directes pour les investisseurs étrangers, ni d'obligations indirectes claires, car les investissements ne sont mentionnés que très rarement dans ces chapitres. Néanmoins, les buts que ces chapitres sur l'environnement définissent peuvent et doivent être interprétés comme obligations indirectes de comportement ou encore des obligations de tolérer des mesures

215. *Accord économique et commercial global (AECG/CETA)*, art. 8.9, para. 1.

216. *Ibid.*, art. 8.9, para. 2.

217. D'autres dispositions intéressantes pour l'expropriation en lien avec l'environnement sont : Annexe 14-B, para. 3, let. b. ACEUM; Annexe 8-A, para. 3 AECG; Annexe I, para. 3 PTCI et annexe 9-B, para. 3, let. b. PTPGP.

218. *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, art. 20, para. 8.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

de réglementation. Les chapitres sur l'environnement définissent des buts mais disent en même temps que les lois environnementales ne doivent pas restreindre le commerce et l'investissement.

Ainsi, l'article 24.2 ACEUM dit à son 5^{ème} paragraphe :

*« Les Parties reconnaissent en outre qu'il ne convient pas d'établir ou d'appliquer leurs lois environnementales ou d'autres mesures environnementales d'une manière qui constituerait une restriction déguisée au commerce ou à l'investissement entre les Parties. »*²¹⁹

Deux articles plus tard, à l'article 24.4 ACEUM, les parties se mettent mutuellement en garde de ne pas non plus déroger aux buts environnementaux pour attirer de l'investissement, en disant que :

*« [...] les Parties reconnaissent qu'il est inapproprié d'encourager le commerce ou l'investissement en affaiblissant ou en réduisant la protection que confèrent leurs lois environnementales respectives. En conséquence, une Partie ne renonce pas ou ne déroge pas d'une autre manière, ni n'offre de renoncer ou de déroger d'une autre manière, à ses lois environnementales d'une manière qui affaiblit ou réduit la protection conférée par ces lois, dans le but d'encourager le commerce ou l'investissement entre les Parties. »*²²⁰

Des dispositions de ce genre existent tant dans les autres chapitres sur l'environnement²²¹ que dans les chapitres d'investissement²²².

En conclusion, il convient ainsi de dire que les chapitres d'investissement des ALE que nous avons étudiés, les chapitres sur l'environnement dans les mêmes ALE ou encore les autres accords sur l'environnement qui sont liés à ces ALE ne comportent que très peu d'obligations pour les investisseurs étrangers. Pour reprendre la classification de NOWROT, il ne s'agit que des obligations de tolérer des mesures de réglementation. Nous constatons donc que la protection de l'environnement dans le DII, contenue dans ces ALE, a certes avancé par rapport aux premiers traités, mais ces accords restent beaucoup plus protecteurs de l'investissement étranger que de l'environnement.

219. *Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA)*, art. 24.2, para. 5.

220. *Ibid.*, art. 24.4, para. 3.

221. Pour cela, consulter notamment : Art. 24.5 AECG; Art. 20.3, para. 6 PTPGP ou encore Art. 10, para. 6 de l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement.

222. Il convient de regarder par exemple l'art. 1114, para. 2 ALENA ou encore l'art. 5, let. e COMESA.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

2.1.2. Obligations sociales et de bonne gouvernance

Les obligations sociales sont plus difficiles à définir que les obligations environnementales. Il s'agit ici de regarder si les investisseurs étrangers ont des obligations sociales, c'est-à-dire envers la société. Nous excluons à ce stade l'imposition de la responsabilité sociale (ou sociétale) des entreprises (RSE), que nous analyserons plus en profondeur dans la section 3.2. intitulée 'pratique des investisseurs étrangers'. Ainsi, nous regarderons ici surtout si nous trouvons des obligations explicites liées aux conditions de travail des travailleurs, imposées aux investisseurs étrangers. D'autres obligations sociales, dans lesquelles entrent les obligations de droits humains, pourraient également être importantes. Néanmoins, pour des raisons de volume de ce travail, ce volet-ci ne sera pas abordé.²²³ Ce qu'il convient de mentionner ici par rapport aux droits humains, c'est que certains principes ont statut de *ius cogens* et priment donc sur des principes ou des accords de DII qui y seraient contraires.²²⁴ Pour ce qui est des obligations de bonne gouvernance, nous rappelons le fait que la bonne gouvernance est incluse dans les ODD.²²⁵ Dans ce sens, pour le développement durable, la bonne gouvernance est très importante. Nous nous intéressons en lien avec l'investissement (et pour des raisons de volume de ce travail) uniquement aux risques liés à la corruption, la corruption étant un risque à la bonne gouvernance et donc au développement durable²²⁶. Il semble important qu'elle soit évitée dans le contexte des investissements étrangers.

Dans l'analyse des chapitres d'investissement des ALE, nous n'avons pas trouvé de normes de travail explicitement mentionnés, sauf dans les obligations de RSE qui sont discutées plus tard dans ce travail. Cependant, la corruption y est mentionnée explicitement plusieurs fois. Nous regardons donc d'abord les dispositions concernant la corruption, avant de nous tourner vers les conditions de travail.

Déjà dans le préambule de l'ALEAC-RD, la corruption est mentionnée. Cet accord consacre également un article et un chapitre entier à la corruption, qui répètent à peu près la même chose.²²⁷ Ainsi, les gouvernements des États partis veulent « [...] *eliminate bribery and corruption in international trade and investment*; »²²⁸. L'inclusion de chapitres dédiés à la corruption est faite dans plusieurs des ALE que nous avons analysés. Comme indiqué lors de la présentation des accords analysés (dans la section II), l'ACEUM et le PTPGP comportent

223. Le lien entre les investissements et les droits de l'homme a été analysé dans plusieurs chapitres très importants du livre édité par Yannick RADI. (RADI, Yannick, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2018).

224. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *op. cit.*, p. 97.

225. *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, para. 9 et para. 35.

226. *Ibid.*, para. 35.

227. Dans l'article 18.7 ALEAC-RD nous trouvons pratiquement la même formulation qu'au préambule.

228. *Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine (ALEAC-RD/DR-CAFTA)*, art. 18.7.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

également des chapitres dédiés à la corruption. En outre, l’ALEAC-DR comporte un chapitre sur la transparence, qui contient une section (B) sur la corruption.

Ainsi, les États formulent des obligations indirectes de comportement, qui s’adressent à eux-mêmes et qui les obligent à avoir des législations qui interdisent la corruption. En conséquence, le combat contre la corruption doit se faire dans tous les pays et il doit être évité qu’un pays n’ait pas de lois contre la corruption ou ne les applique pas. Dans une situation où les investissements étrangers sont très bien protégés, il serait particulièrement choquant qu’un investisseur puisse profiter de son activité corrompue. Un très bel exemple d’une obligation indirecte de comportement, qui est donc indirectement imposée aux investisseurs (même si elle est adressée aux États), est l’art. 27.3 de l’AECG, qui dispose le suivant²²⁹:

« Mesures de lutte contre la corruption

1. *Chacune des Parties adopte ou maintient les mesures législatives et autres mesures pouvant être nécessaires pour conférer le caractère d’infraction criminelle en vertu de son droit, dans les domaines ayant une incidence sur le commerce ou l’investissement international, [. . .] :*

(a) *au fait de promettre, d’offrir ou d’octroyer à un agent public, directement ou indirectement, un avantage indu, pour lui-même ou pour une autre personne ou entité, afin que l’agent agisse ou s’abstienne d’agir dans le cadre de l’exécution ou de l’exercice de ses fonctions officielles; [. . .] »²³⁰*

Traitant de la corruption, plusieurs accords excluent en plus, qu’un investisseur puisse soumettre une affaire à un tribunal arbitral (ou à un autre mécanisme de règlement de différends), si son investissement a été fait dans un contexte de corruption. Si un investisseur a eu recours à la corruption pour son investissement, ceci exclurait donc la juridiction de l’instance normalement compétente à entendre l’affaire. En réalité, les actes corrompus d’un investissements pourraient donner lieu, selon certains, à une demande reconventionnelle de la part de l’État.²³¹ Un exemple de formulation de cette exclusion est tiré de l’AECG:

« Il est entendu qu’un investisseur ne peut déposer une plainte en vertu de la présente section si l’investissement a été effectué à la suite de déclarations frauduleuses, de dissimulation, de corruption ou d’une conduite équivalant à un abus de procédure. »²³²

La même disposition apparaît à l’article 6, paragraphe 6 de la section 3 de la proposition du chapitre sur ‘*Trade and Sustainable Development*’ pour le PTCI. Il est important de noter que

229. L’article 26.7 du PTPGP et l’article 18.8 de l’ALEAC-RD prévoient pratiquement la même chose.

230. *Accord entre les États-Unis d’Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA)*, art. 27.3, para. 1 et para. 1, let. a.

231. MBIYAVANGA, Stefan, « *Combating Corruption Through International Investment Treaty Law* », *Journal of Anti-Corruption Law*, vol. 1, no. 2, 2017, pp. 137-138.

232. *Accord économique et commercial global (AECG/CETA)*, art. 8.18, para. 3.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

ces deux accords veulent l'établissement d'un tribunal arbitral et ne prévoient pas de soumettre les différends à un tribunal *ad hoc*. Ainsi, ils peuvent établir toutes les règles importantes pour ce tribunal, pendant que la majorité des autres accords soumettent les différends au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)²³³ ou aux règles de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)²³⁴. Si le règlement de la CNUDCI ne mentionne pas la corruption, la convention CIRDI le fait (aux articles 50 et 52), mais uniquement pour le cas de la corruption d'un membre du tribunal.

Nous constatons donc que les ALE que nous avons étudiés prévoient uniquement des obligations indirectes de comportement pour les investisseurs étrangers en ce qui concerne l'interdiction de la corruption.

Pour ce qui est du règlement du travail, nous devons également nous tourner vers les chapitres spécifiques des différents ALE, car des obligations spécifiques ne se trouvent pas dans les chapitres d'investissement. Vu que les ALE ne s'occupent pas principalement du travail, mais surtout du commerce et également, d'une manière plus limitée, de l'investissement, ces chapitres sur le travail utilisent souvent la méthode de l'*opt-in* d'autres instruments internationaux. Souvent, la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi de 1998 est ainsi incluse²³⁵ dans les chapitres concernant le travail. Les États respectifs affirment donc par ces articles de vouloir respecter les droits qui y sont énoncés. Souvent, les droits spécifiques affirmés dans cette déclaration sont mentionnés et ainsi ils y portent une attention particulière. Un bel exemple d'une telle disposition est l'art. 23.3. ACEUM, que nous reproduisons ci-dessous :

« Droits dans le domaine du travail

1. Chacune des Parties adopte et maintient dans ses lois et règlements, ainsi que dans les pratiques établies sous leur régime, les droits suivants comme ils sont énoncés dans la Déclaration de l'OIT sur les droits au travail:

- (a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective;*
- (b) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire;*
- (c) l'abolition effective du travail des enfants et, pour l'application du présent accord, l'interdiction des pires formes de travail des enfants;*
- (d) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.*

233. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *op. cit.*

234. Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, 2013, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

235. Ceci est fait par exemple à l'art 23.3 ACEUM, l'art 23.3 AECG, l'art 16.1 ALEAC-RD, l'art. 4, para. 2 du chapitre 'Trade and sustainable development' PTCI et l'art. 19.3 PTPGP.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

2. *Chacune des Parties adopte et maintient des lois et règlements, et des pratiques établies sous leur régime, régissant les conditions de travail acceptables en ce qui concerne le salaire minimum, les heures de travail ainsi que la santé et la sécurité au travail.* »²³⁶

Ici, nous voyons l'*opt-in* fait des différents droits énoncés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi de 1998. Les États membres de l'ACEUM ajoutent qu'ils veulent légiférer sur le salaire minimum, les heures de travail ainsi que sur la santé et la sécurité au travail (para. 2). Tous ces droits doivent trouver leur chemin dans la législation nationale et il s'agit en conséquence dans tous ces cas d'obligations indirectes de comportement.

Avant de conclure cette section il convient de mentionner l'ANACT (l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail)²³⁷, qui a été conclu en parallèle de l'ALENA et qui comporte des dispositions spécifiques au travail. Ce texte ne fait pas référence à la Déclaration de l'OIT, ce qui serait impossible car il a été signé 6 ans avant la proclamation de celle-ci. Il prévoit néanmoins quelques dispositions spécifiques à la protection du travailleur. L'art. 2 de l'ANACT instaure ainsi dans un seul article des obligations indirectes de comportement en disant que les Parties légiféreront et des obligations de tolérer des mesures de réglementation en reconnaissant le droit de chaque Partie ses propres normes du travail.

Nous avons donc constaté que des obligations de développement durable pour l'investisseur étranger se limitent à des obligations indirectes de comportement ou encore à des obligations de tolérer des mesures de réglementation. N'ayant pas trouvé des obligations directes de comportement dans les domaines dans lesquels nous avons fait notre recherche, nous nous tournons vers des obligations de développement durable qui seraient envisageables.

236. *Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA)*, art. 23.3. Nous soulignons. La 'Déclaration de l'OIT sur les droits au travail' est l'abréviation utilisée pour la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi de 1998 dans le cadre de l'ACEUM (cf. 23.1).

237. *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT/NAALC)*.

2.2. Obligations de développement durable envisageables

De nombreuses obligations de développement durable pour les investisseurs étrangers seraient envisageables. Théoriquement, une multitude infinie d'obligations pourraient être formulées dans les TBI, dans les ALE ou encore dans les contrats d'investissement entre les États hôtes et les investisseurs. Des obligations directes ou indirectes de comportement ou encore des obligations de tolérer pourraient être imaginées pour tous les aspects du développement durable. Pour ne pas dépasser le volume de ce travail et après avoir vu beaucoup d'obligations de tolérer dans ce qui précède, nous nous intéressons dans ce qui suit aux obligations de comportement (directes ou indirectes) tel qu'elles sont proposées dans trois modèles. Après avoir présenté les modèles, nous analyserons les obligations environnementales, sociales et de bonne gouvernance qui sont exposées dans ces propositions et qui nous paraissent importantes et intéressantes.

Les textes à analyser sont :

1. Modèle d'AII proposé par le IIDD²³⁸

Le premier texte intéressant dont nous nous inspirerons dans cette section est le modèle d'AII proposé par l'Institut international du développement durable (IIDD/IISD). Ce modèle étant à vocation multilatérale²³⁹, il peut être utilisé comme modèle dans la négociation de TBI, ALE ou encore d'un accord multilatéral uniquement lié à l'investissement. Le but, comme nous le voyons déjà dans le titre *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, est de promouvoir le développement durable et le modèle inclut donc plusieurs propositions intéressantes d'obligations de développement durable pour les investisseurs étrangers. Ainsi par exemple, la partie 3 de ce modèle est intitulée '*Obligations et devoirs des investisseurs et des investissements*' et contient des obligations particulièrement intéressantes pour notre étude que nous évoquerons ci-dessous. L'abréviation que nous donnerons à ce modèle est 'MIIDD'.

2. Code panafricain d'investissements (projet)²⁴⁰

Le code panafricain d'investissements, projet établi dans le cadre de l'Union Africaine, cherche à « [...] atteindre un équilibre général entre les droits et obligations des États membres et ceux des investisseurs en vertu du présent Code ; »²⁴¹. Comportant un chapitre 4, intitulé '*Obligations des investisseurs*', ce projet est intéressant pour nous. De plus, comme nous l'avons mentionné déjà *ci supra*, ce code panafricain pourrait servir, à l'avenir, de modèle pour un ALE à l'échelle continentale africaine.²⁴² A l'heure actuelle il sert

238. Institut international du développement durable, *op. cit.*

239. *Ibid.*, p. vii.

240. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*.

241. Considérant 11 du Préambule du Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15), Addis-Abeba, 31 décembre 2016.

242. *Réunion d'experts sur l'examen du Code d'Investissement Panafricain (CIPA) du 30 novembre au 2 décembre 2015, Kampala*, p. 3.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

surtout de modèle d'AII à l'échelle continentale africaine.²⁴³ L'abréviation que nous donnerons à ce modèle est 'CPAI'.

3. Modèle de TBI proposé par la CDAA²⁴⁴

Le troisième texte que nous étudierons ici est le modèle de TBI proposé par la CDAA. Nous prendrons celui-ci comme objet d'étude pour deux raisons. Premièrement, il a une importance reconnue par plusieurs auteurs et deuxièmement, pour trouver des obligations de développement durable un regard vers l'Afrique est un bon réflexe car « [...] l'Afrique reste le continent au niveau duquel les obligations de résultat des investisseurs ont été particulièrement développés. [...] »²⁴⁵. Dans ce modèle de TBI nous voyons aussi une partie particulièrement intéressante. Il s'agit de la partie 3, intitulée '*Rights and Obligations of Investors and State Parties*', qui sera intéressante à analyser dans ce qui suit. L'abréviation que nous donnerons à ce modèle est 'MCDAA'.

Dans cette section, nous ne séparerons pas les obligations environnementales des obligations sociales et de bonne gouvernance. Ceci est dû au fait que dans ces modèles, ces obligations sont souvent règlementées conjointement dans les mêmes articles. Nous avons alors préféré séparer ici les obligations, comme dans la théorie ci-dessus, en directes ou indirectes de comportement. Nous ne mentionnerons plus les obligations de tolérer des mesures de réglementation, qui sont, nous l'avons vu, très répandues dans les AII en vigueur, et ainsi, ces textes que nous regarderons ici ne pourraient pas apporter de points novateurs à la discussion. Nous nous concentrerons donc en premier lieu sur les obligations directes de comportement, les plus rares. Ceci nous permettra de voir qu'il serait en effet très possible d'en élaborer une multitude. Il convient de mentionner ici que nous n'analyserons évidemment pas uniquement les chapitres qui contiennent selon leurs intitulés des 'obligations des investisseurs', mais aussi les autres, où nous trouverons éventuellement d'autres obligations intéressantes.

I Obligations directes de comportement envisageables

Dans le MIIDD, toutes les obligations qui sont définies dans la partie 3 sont directement adressées à l'investisseur étranger, auquel s'adresse également toute cette partie. Ainsi, tous les articles de la partie 3 MIIDD (à l'exception de l'art. 16 traitant de la responsabilité sociale ou sociétale de l'entreprise (RSE)) comportent des obligations directes de comportement qui sont formulées avec les verbes anglais '*shall*'²⁴⁶, '*must*' ou '*have a duty to*'. Il en va de même pour les obligations

243. MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie, « The 'Africanization' on International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017, p. 415.

244. Southern African Development Community (SADC), *op. cit.*

245. MBENGUE, Makane Moïse, *op. cit.*, p. 329.

246. Nous traduisons '*the investor shall [...]*' par '*l'investisseur doit [...]*' et '*the investor should [...]*' par '*l'investisseur devrait [...]*'.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

formulées dans la partie 3 du MCDAA. Au chapitre 4 du CPAI, nous trouvons également toutes les obligations formulées directement aux investisseurs étrangers, et ils utilisent une forme verbale directe, qui impose directement et clairement une obligation à l'investisseur étranger.

Nous trouvons plusieurs obligations directes de comportement très intéressantes dans ces textes. Le premier type sur lequel nous aimerions insister particulièrement dans cette section est l'obligation de l'investisseur étranger de se comporter d'une manière compatible à la législation de l'État hôte. Ainsi, l'article 11, let. a MIIDD et l'art. 20, para. 1, let. a CPAI assujettissent l'investisseur étranger directement à toute la législation nationale de l'État hôte. En même temps, le MCDAA ne va pas aussi loin et n'oblige les investisseurs étrangers que de se conformer à la législation nationale en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, le management, l'opération et la disposition de l'investissement. Nous verrons ci-dessous, lorsque nous parlons de la pratique des États (à la section 3.1.1.), qu'il est possible par d'autres clauses de rendre applicable et contraignante toute la législation nationale de l'État hôte pour l'investisseur étranger.

L'art. 12 MIIDD et l'art. 13 MCDAA obligent les investisseurs étrangers à effectuer une analyse d'impact environnemental et social préalablement à l'établissement de leur investissement. Ceci servira aux autorités nationales de base pour décider de la permission ou de l'interdiction de l'investissement. L'art. 37, para. 4 CPAI prévoit également une analyse d'impact environnemental. Dans le cas du CPAI il s'agit d'une obligation horizontale²⁴⁷ et donc partagée entre l'investisseur étranger et l'État, qui sont les deux mentionnées dans cet article.

Les obligations directes de ne pas corrompre des agents publics sont également formulées dans les trois textes que nous avons analysés ici. Ainsi, l'art. 3 MIIDD, l'art. 21 CPAI et l'art. 10 MCDAA interdisent tous à l'investisseur toute forme de corruption. Pour le cas du MCDAA il s'agit encore d'une obligation horizontale (*'common obligation'*), mais cette fois-ci adressée aux États hôtes, résidents et aux investisseurs en commun et il est intéressant de noter ici, que cette obligation est la première, qui est mentionnée dans la troisième partie du MCDAA. La CDAA a donc jugé cette obligation importante à un point de lui accorder la première place dans son catalogue d'obligations des investisseurs et des États.

De nombreuses autres obligations sont mentionnées notamment dans le CPAI, telle que l'obligation relative à l'utilisation des ressources naturelles (art. 23 CPAI), qui interdit à l'investisseur étranger d'utiliser des ressources naturelles au détriment des droits ou des intérêts de l'État hôte (para. 1) ou de la population locale (para. 2). En outre, l'art. 24 CPAI, intitulé *'Éthique commerciale et Droits Humains'* prévoit des obligations directes pour les investisseurs étrangers, en ce qui concerne les droits humains. Ainsi, les investisseurs étrangers doivent respecter et promouvoir les droits humains internationalement reconnus (let. a), ne pas devenir complices de violations de droits humains (let. b), éliminer le travail forcé ou obligatoire et tout travail des enfants (let.

247. MBENGUE, Makane Moïse, *op. cit.*, p. 333 ss.

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

c), éliminer la discrimination au travail (let. d) et veiller à un partage équitable des richesses issues de leur investissement (let. e). Même si le contenu de certaines de ces obligations n'est pas très clair, cette disposition est novatrice, bien formulée et porte une attention particulière à certains points qui souvent ne sont pas pris en compte dans des AII. La dernière lettre sur le partage équitable des richesses issues de l'investissement est particulièrement intéressante. L'art. 20 CPAI, lettre a du premier paragraphe que nous avons déjà mentionné ci-dessus, oblige l'investisseur étranger à respecter certaines obligations 'socio-politiques'. Même si l'étendue de cette disposition, notamment de la lettre b du premier paragraphe qui fait référence au respect des valeurs 'socio-culturelles' n'est pas très clair à priori, une obligation pour l'investisseur étranger de respecter tout le droit national et de respecter une certaine culture et des spécificités nationales semble nécessaire et avant-gardiste.

Une dernière disposition intéressante que nous aimerions mentionner ici est celle de l'art. 15 MCDAA. Cet article rend directe une obligation que nous avons rencontrée ci-dessus en indirecte. Il est intitulé '*Normes minimales pour les droits de l'homme, l'environnement et le travail*' et essaie d'aborder tous ces sujets. Après l'établissement de normes minimales de droits de l'homme (para. 1) qui ressemblent aux lettres a et b de l'art. 24 CPAI, le para. 2 de l'art. 15 MCDAA oblige les investisseurs étrangers directement à appliquer la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi de 1998 et non pas indirectement l'État à légiférer dans ce sens. Ceci fait du sens, après que nous ayons constaté que le MCDAA n'oblige pas l'investisseur étranger directement à respecter la législation de l'État hôte. Il l'oblige plutôt à respecter les obligations internationales de celui-ci. Et dans le même sens, le troisième paragraphe de l'art. 15 MCDAA va encore plus loin et oblige les investisseurs de ne pas « [...] [*establish,] manage or operate Investments in a manner inconsistent with international environmental, labour, and human rights obligations binding on the Host State or the Home State, whichever obligations are higher.* »²⁴⁸. De faire un *opt-in* à l'aveugle²⁴⁹ de cette sorte peut poser quelques problèmes juridiques, car les obligations (environnementales, de travail ou encore de droits humains) qui pèsent sur les États ne sont pas forcément formulées pour être directement applicables aux investisseurs étrangers. Ensuite se poserait toute la question de la différence entre les États *monistes* ou *dualistes* et des normes qui seraient *self-executing* ou pas. Néanmoins, la dernière partie de la phrase du troisième paragraphe est particulièrement intéressante. Elle oblige l'investisseur étranger directement à ne pas seulement appliquer les obligations internationales qui pèsent sur l'État hôte, mais à prendre également en compte celles qui pèsent sur son État résident, en appliquant celles qui sont plus protectrices de l'environnement, des travailleurs ou des droits humains.

248. Southern African Development Community (SADC), *op. cit.*, p. 36.

249. Aveugle, parce qu'au jour de la ratification d'un traité qui inclurait une telle disposition, toutes les obligations et toutes les conventions internationales qui pourraient éventuellement entrer en jeu ne sont peut-être même pas encore conclus.

II Obligations indirectes de comportement envisageables

Après avoir vu les obligations directes de comportement, nous nous tournons ici vers les obligations indirectes de comportement. Étant donné que nous en avons déjà vu quelques unes dans les accords que nous avons étudiés ci-dessus, nous resterons très bref ici et ne mentionnerons que deux obligations (indirectes) que nous considérons particulièrement pertinentes. Il convient de mentionner aussi qu'en raison du grand nombre d'obligations directes de comportement que les textes analysés proposent, les obligations indirectes sont beaucoup moins nécessaires.

Le MIIDD comporte l'art. 21 qui est intitulé presque identiquement à l'art. 15 MCDAA que nous venons de discuter ci-dessus. Il est donc intitulé '*Normes minimales pour la protection en matière d'environnement, de travail et des droits de l'homme*', mais n'agit pas de la même manière que l'art. 15 MCDAA, qui impose des obligations directes de comportement aux investisseurs étrangers. Le MIIDD impose des obligations aux États de légiférer et d'améliorer la protection en matière de travail et de droits de l'homme confiée par leurs lois et réglementations (let. b), de s'assurer que la Déclaration de l'OIT de 1998 soit respectée dans leur cadre légal national (let. d) et de s'assurer d'une protection minimale de certains droits de l'homme qui seront évoqués lors d'une première conférence des Parties à l'AII (let. e). Cette disposition, qui reste moins novatrice que l'art. 15 MCDAA, avancerait tout de même considérablement la protection de l'environnement, des travailleurs et des droits humains de la population en général.

Ensuite, le deuxième paragraphe de l'art. 36 CPAI, intitulé '*Développement des ressources humaines*' est très intéressant dans la mesure où il oblige les États d'agir dans un sens, que nous n'avons trouvé dans aucun des autres instruments que nous avons analysés. Ainsi, il prévoit, que :

« *Les États membres doivent mettre en œuvre des politiques nationales qui accordent une attention particulière aux besoins spécifiques de la jeunesse, des femmes et d'autres groupes vulnérables.* »²⁵⁰

Cette attention particulière portée à la jeunesse, aux femmes et à d'autres groupes vulnérables est unique dans les instruments que nous avons vus. Ainsi, il s'agit d'obliger les États de tenir compte du potentiel énorme qui est éventuellement inexploité et auquel il faudrait penser pour développer des ressources humaines. La mise en valeur de ces groupes, qui est parfaitement en lien avec plusieurs objectifs des ODD, peut créer des opportunités auxquelles les États, les investisseurs ou encore la population ne pensait pas. En obligeant les États à légiférer, l'accord leur donne également la possibilité de tenir compte de leurs contextes nationaux particuliers. Des dispositions de ce type sont novatrices et nous espérons en voir beaucoup à l'avenir, dans des AII juridiquement contraignants.

250. Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), *Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*, art. 36, para. 2.

2.3. Conclusion

Nous reprenons ici notre question de base, qui est celle de savoir si des obligations de développement durable existent pour les investisseurs étrangers en DII. Nous devons, après ce chapitre qui est au cœur de cette question, tirer une courte conclusion.

Nous avons constaté que les ALE que nous avons analysés comportent un certain nombre d'obligations de tolérer des mesures de réglementation pour les investisseurs étrangers. Qu'il s'agisse du cadre de l'environnement ou du social et de la bonne gouvernance, ces obligations-ci sont les plus répandues. Souvent, et nous le verrons au chapitre suivant, ces réglementations dans un intérêt d'utilité publique, justifient des expropriations. Pourtant, il n'est pas clair si les investisseurs étrangers doivent se comporter à tout moment d'une manière conforme à la législation ou à la réglementation nationale. Une réflexion sur l'applicabilité de la législation nationale sera entamée à la section 3.1.1. ci-dessous.

Pour ce qui est de la corruption et des droits des travailleurs, nous avons identifié plusieurs obligations indirectes de comportement. Ces obligations, qui s'adressent en premier lieu aux États qui doivent légiférer, peuvent donner lieu à des règles très hétérogènes dans les différents États partis à un même AII. Ceci reflète les spécificités nationales et la souveraineté des différents États, mais nous nous demandons tout de même s'il ne serait pas souhaitable ou même préférable que dans certains domaines fondamentaux, les mêmes règles s'appliquent pour tous les investissements qui sont régis par le même AII.

Une manière d'être sur que les mêmes règles s'appliquent pour tous dans une même 'zone d'investissements', est la formulation d'obligations directes de comportement dans l'AII. A défaut de telles obligations dans les ALE que nous avons analysés, nous nous sommes tournés vers des projets ou des modèles d'AII qui en comportent. Dans ces textes, nous avons pu identifier des obligations directes de comportement très intéressantes et très novatrices. Le MIIDD restant une proposition de la 'société civile', le CPAI et le MCDAA sont les deux issus d'organisations internationales et bénéficient donc d'une certaine légitimité étatique. Même si les dispositions que nous avons discutées ne sont pas (encore) juridiquement contraignantes dans un AII, elles sont très intéressantes et montrent les possibilités à la disposition des États souhaitant protéger leur environnement, leurs travailleurs ou d'autres buts de développement durable.

Nous devons donc retenir que, certes, quelques obligations de développement durable existent pour les investisseurs étrangers sous les AII que nous avons analysés. Néanmoins, pour un fervent défenseur du développement durable, ces obligations ne seront probablement pas suffisantes pour protéger d'avantage celui-ci. Nous avons constaté que la protection de l'investissement reste la première préoccupation des AII que nous avons analysés. Mais nous avons aussi constaté que des projets qui comportent des obligations très claires et protectrices du développement durable existent. Néanmoins, même si les obligations sont clairement formulées, une question

2. OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

fondamentale est celle de leur mise en œuvre. C'est exactement la question que nous aborderons dans le chapitre suivant.

3. Mise en œuvre des obligations

Les obligations de développement durable adressées (effectivement ou potentiellement) aux investisseurs étrangers dont nous avons parlé ci-dessus doivent être mises en œuvre. Nous aborderons donc, dans ce chapitre, quelques pratiques et possibilités des États (hôtes et résidents), des investisseurs eux-mêmes ainsi que des tribunaux arbitraux de mettre en œuvre des obligations pour les investisseurs étrangers en général et des obligations de développement durable en particulier.

3.1. Pratiques et possibilités des États

Les États, en tant que sujets de droit international, auxquels les obligations de développement durable s'adressent en premier lieu, sont les premiers à avoir des obligations. Même si le statut juridique de ces différentes obligations n'est pas certain, il est clair que les premiers destinataires sont les États. Les États ont donc un rôle important, mais comme nous l'avons vu dès l'introduction de ce travail, le secteur privé a un pouvoir de plus en plus grand et sans la contribution de tous les acteurs importants, tous les efforts des États risquent d'être en vain. C'est pour cette raison, que la stratégie pour le développement durable 2016-2019 de la Confédération Suisse « [...] exerce [...] une influence sur les acteurs des cantons et des communes, de l'économie et de la société civile [...] »²⁵¹. En s'adressant à tous ces acteurs, la Confédération prend en considération l'importance de leur rôle.

Dans cette section, nous ne nous intéresserons pas aux obligations des États mais aux pratiques des États de mise en œuvre efficace de leurs obligations en incluant les investisseurs qui possèdent des investissements sur leur territoire ou qui y ont le siège.

Les États ont la responsabilité d'œuvrer et de légiférer sur leur territoire dans un sens qui leur permet d'atteindre les ODD²⁵² et il est donc clair que même le droit national des États doit imposer des obligations aux investisseurs étrangers. Il convient de mentionner à ce stade également le principe 7 de la Déclaration de Rio²⁵³, qui dit que :

251. Conseil fédéral suisse, *Stratégie pour le développement durable 2016-2019*, 27 janvier 2016, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwjTmqmr_vPnAhU0zMQBHbA0DXcQFjAEegQIAXAB&url=https%3A%2F%2Fwww.are.admin.ch%2Fdam%2Fare%2Ffr%2Fdokumente%2Fnachhaltige_entwicklung%2Fpublikationen%2Fstrategie_nachhaltigeentwicklung2016-2019.pdf.download.pdf%2Fstrategie_pour_ledeveloppementdurable2016-2019.pdf&usq=AOvVaw2myIN_UdYiaTqQwvqzRxqU, p. 6.

252. Par exemple pour ce qui est de l'environnement, une telle obligation de légiférer est contenue dans les principes 11 et 13 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*.

253. *Ibid.*

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

« Les États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent. »²⁵⁴

Au paragraphe 12 de la Déclaration sur les ODD²⁵⁵, les États réaffirment explicitement tous les principes de la Déclaration de Rio et mentionnent notamment le principe 7, que nous venons de citer. Les responsabilités communes mais différenciées sont donc réitérées et restent un principe de développement durable. Le fait qu'il soit explicitement dit qu'il faut tenir compte des « [...] pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial [...] »²⁵⁶ montre que les pays résidents des investisseurs ont aussi des responsabilités pour ce que font ces entités à l'étranger. Dans la Déclaration de Rio, cela est surtout dit par rapport à l'environnement, mais il convient de souligner que dans la Déclaration sur les ODD, le paragraphe 19 élargit ce spectre aux droits de l'homme. Les États y soulignent la responsabilité, qui « *incombe à tous les États [...] de respecter, protéger et promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous [...]* »²⁵⁷. En plus, la Déclaration sur les ODD prend en compte la bonne gouvernance, comme nous l'avons mentionné ci-dessus.

Les différentes réitérations et définitions de la Déclaration sur les ODD montrent donc très bien que les États résidents peuvent contribuer au développement durable également à travers des lois et des actions entamées contre les multinationales dans leur pays de siège. MUCHLINSKI affirme également que la juridiction principale pour la réglementation des multinationales est celle de l'État résident.²⁵⁸ C'est ce que nous allons analyser à travers quelques exemples dans cette section.

3.1.1. Pratiques et possibilités des États hôtes

Comme nous venons de le voir *ci-supra*, les États devraient légiférer dans plusieurs domaines. La façon la plus efficace d'atteindre les objectifs de développement durable est que les cadres

254. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, para. 7.

255. *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*.

256. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, para. 7.

257. *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, para. 19.

258. MUCHLINSKI, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 126 ss.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

légaux de tous les États y contribuent.²⁵⁹ Le but de ce travail n'est pas d'analyser les manières dont certains États hôtes d'investissements légifèrent dans le domaine du développement durable. D'autant plus que, si normalement toute la législation d'un État devrait être conforme aux ODD²⁶⁰, ceci aurait largement dépassé le volume de ce travail. Il convient aussi de nous rappeler que les États se réservent quasiment dans tous les AII le droit de légiférer dans un but d'utilité publique, de protection de l'environnement ou des droits humains. Ceci est surtout une défense pour l'État dans le cas d'une expropriation que l'investisseur contesterait devant un tribunal arbitral. Mais que se passe-t-il si un investisseur ne respecte pas une loi générale de l'État hôte ? Est-ce que cela pourrait justifier une expropriation ? Dans cette section-ci, nous allons alors nous intéresser à la législation de l'État hôte. Il s'agit de savoir si cette législation doit s'appliquer directement à l'investisseur étranger. Nous nous interrogeons donc sur la 'clause de conformité à la législation de l'État hôte'.

« *La quasi-totalité des AII incorporent des dispositions visant à ce que l'investisseur étranger conduise ses opérations d'investissement « en conformité avec la législation (ou les lois) » de l'État hôte.* »²⁶¹ Dans la plupart des cas, ces clauses de conformité à la législation de l'État hôte (ci-après 'clause(s) de conformité') sont contenues dans les définitions de la convention en question.²⁶² Certains auteurs voient la clause de conformité comme une pré-condition à la protection pour l'investisseur, car s'il n'a pas établi son investissement en conformité avec la législation nationale, il n'a pas droit à la protection que l'AII en question lui confierait. Elle n'est donc pas vue comme une obligation envers l'État hôte.²⁶³ Ainsi, les investissements établis en violation de lois liées à l'établissement d'un investissement sont en tout état de cause exclus de la protection confiée par l'AII, pendant que les formulations standards de ces clauses n'obligent pas les investisseurs de respecter *toutes* les lois et réglementations de l'État hôte, mais plutôt d'un degré raisonnable.²⁶⁴ L'étendue temporelle (donc si cela ne concerne que la phase d'établissement ou encore le post-établissement) dépend de la formulation de la clause de conformité dans l'AII en question.²⁶⁵

A la recherche de telles clauses, nous avons trouvé dans certains des accords que nous avons analysés, des dispositions qui contiennent une clause de conformité. Ainsi, quatre des AII que

259. *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, para. 45.

260. Inter-Parliamentary Union, United Nations Development Programme, *Parliaments and the Sustainable Development Goals*, ISBN 978-92-9142-666-9, 2016, p. 24 ss.

261. MBENGUE, Makane Moïse, *op. cit.*, p. 306.

262. OBERSTEINER, Thomas, « 'In Accordance with Domestic Law' Clauses: *How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors* », *Journal of International Arbitration*, vol. 31, no. 2, 2014, pp. 267-268.

263. LEVASHOVA, Yulia, « The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law », *Utrecht Law Review*, vol. 14, no. 2, 2018, p. 42.

264. MBENGUE, Makane Moïse, *op. cit.*, pp. 315-316.

265. *Ibid.*, p. 308.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

nous avons étudié ci-dessus en contiennent directement.²⁶⁶ Tous les trois modèles/projets que nous avons étudiés sous la section 2.2. contiennent également des clauses de conformité. Un exemple standard d'une telle clause est celle de l'AECG :

« *investissement visé désigne, à l'égard d'une Partie, un investissement:*

- a) sur son territoire;*
- b) effectué conformément au droit applicable au moment où il est effectué;*
- c) détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur de l'autre Partie; et*
- d) existant à la date d'entrée en vigueur du présent accord, ou effectué ou acquis après cette date; »²⁶⁷*

Cette formulation nous dit à la lettre b, que l'investissement doit être effectué conformément au droit applicable, mais uniquement au moment où il est effectué. Ceci pose un problème pour savoir ce qui va se passer dans le cas d'une infraction à la loi applicable subséquente à l'établissement de l'investissement.

Les autres quatre AII que nous avons étudiés ci-dessus, ne contiennent pas une clause de conformité explicite. Néanmoins, certains tribunaux ont statué que dans ce cas, la conformité à la législation est tout de même nécessaire.²⁶⁸ Ils déduisent cela par exemple des principes généraux de droit « [...] tels que la bonne foi, nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ex injuria non oritur, voire la doctrine des clean hands. »²⁶⁹. Ainsi, des investissements faits sous ces AII doivent également respecter d'une manière *raisonnable* les lois et réglementations qui régissent les investissements.

Les investissements doivent donc, que l'AII le prévoie ou non, être faits en respectant les lois et réglementations (du moins en ce qui concerne l'établissement d'un investissement) de l'État hôte. L'infraction d'un investisseur étranger d'une telle norme constituera donc un fait internationalement illicite et l'investissement perdra toute protection internationale.²⁷⁰ Un investissement établi en violant la clause de conformité pourrait donc être exproprié. Mais de nombreuses incertitudes sur l'étendue de cette clause de conformité persistent et son champ reste très restreint. Comme MBENGUE le dit à juste titre, les « [...] incertitudes sur le champ d'application de la clause de « conformité à la législation » et sur son effectivité à garantir la responsabilisation des investisseurs étrangers, font qu'il est devenu de plus en plus nécessaire en pratique d'autonomiser de façon nette les obligations des investisseurs de la clause de

266. Il s'agit de la définition de: 'investissement visé' dans l'AECG (art. 8.1), du 'covered investment' dans le chapitre II PTCI (x1 dans les définitions) et dans l'accord ANASE (art. 4, let. (a)) ou encore dans la définition tout court de l'investissement dans l'accord COMESA (art. 1, para. 9).

267. *Accord économique et commercial global (AECG/CETA)*, art. 8.1. Nous soulignons.

268. MBENGUE, Makane Moïse, *op. cit.*, pp. 310-312.

269. *Ibid.*, pp. 311-312.

270. *Ibid.*, p. 309.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

« *conformité à la législation* » de l'État hôte. »²⁷¹ C'est pour cette raison que nous argumentons dans ce travail pour des obligations des investisseurs étrangers.

Une telle obligation peut être formulée comme le fait l'art. 13 de l'accord COMESA, qui prévoit que « *COMESA investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made.* »²⁷², dépasse la simple clause de conformité. Cet article prévoit en effet que l'investisseur respecte obligatoirement *toutes* les lois applicables dans l'État hôte.

La seule manière sûre d'imposer le plein respect de toute la législation nationale à l'investisseur étranger est donc par une obligation directe de comportement, comme celle proposée par l'art. 13 de l'accord COMESA susmentionné. Mais même si cela est le cas, la mise en œuvre n'est pas encore réglée. Ainsi, si un investisseur n'a pas respecté une loi nationale et en conséquence a été exproprié, et que celui-ci réclame ses droits devant un tribunal arbitral, l'accord COMESA prévoit que :

« *A Member State against whom a claim is brought by a COMESA investor under this Article may assert as a defence, counterclaim [...] that the COMESA investor bringing the claim has not fulfilled its obligations under this Agreement, including the obligations to comply with all applicable domestic measures [...]* »²⁷³

L'accord COMESA donne donc le droit à l'État de faire une demande reconventionnelle, si l'investisseur n'a pas respecté une quelconque loi ou réglementation nationale. La demande reconventionnelle est en général très rarement définie comme un droit, mais certains tribunaux arbitraux l'ont déjà permise dans le passé pour des violations de droits humains (prétendues) de la part de l'investisseur. Nous aborderons cela ci-dessous à la section 3.3., lorsque nous analyserons la pratique des tribunaux arbitraux.

Nous retenons donc deux leçons principales de ce qui serait possible de faire pour les États afin de bien mettre en œuvre les obligations de développement durable. Avant de pouvoir les mettre en œuvre, il est primordial que chaque État ait une législation cohérente en matière de développement durable. Ensuite nous retenons premièrement que, à cause des incertitudes liées à la clause de conformité, il serait bien de formuler des obligations directes de comportement pour obliger les investisseurs étrangers à respecter la législation nationale, comme ceci a été fait par l'accord COMESA. Deuxièmement, il serait souhaitable que les États bénéficient d'un droit à la demande reconventionnelle, qu'elle soit admise dans toutes les procédures d'arbitrage et que les États en fassent bon usage. Le droit à la demande reconventionnelle est une idée que nous aborderons au chapitre 4..

271. MBENGUE, Makane Moïse, *op. cit.*, p. 318.

272. *Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area*, art. 13.

273. *Ibid.*, art. 28, para. 9.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

Après avoir vu qu'aujourd'hui il reste difficile pour les États hôtes de faire respecter leur législation nationale, nous nous tournons vers ce qui pourrait éventuellement être fait dans les États résidents.

3.1.2. Pratiques et possibilités des États résidents

Si une multinationale ne respecte pas les droits humains dans un État, il y a, selon la conception classique du droit international, deux entités responsables pour cette infraction.²⁷⁴ Premièrement, la multinationale elle-même est responsable en droit interne de l'État hôte des infractions qu'elle a commises et deuxièmement, l'État hôte en tant que sujet du droit international peut être recherché en droit international pour la non-protection des droits humains de sa population.²⁷⁵ Néanmoins, de plus en plus d'auteurs, tels que BERKES²⁷⁶, MUCHLINSKI²⁷⁷ ou encore KARAVIAS²⁷⁸ plaident pour une responsabilisation des États résidents des actions des multinationales ayant siège sur leur territoire. Ainsi, BERKES favorise une approche qui responsabiliserait et l'État résident et l'État hôte en droit international, si une action de la multinationale est illégale dans les deux ordres juridiques.²⁷⁹ La plus grande question qui se pose dans ce contexte est celle de l'extraterritorialité. Comment responsabiliser un État pour des actions qu'une entreprise, qui est incorporée sur son territoire, entreprend à l'étranger ?

Des raisons pour le faire sont nombreuses. Pour n'en citer que certaines, nous dirons que les raisons pour responsabiliser les États résidents sont surtout :

1. Les multinationales participent à la prospérité économique des États résidents (par les impôts, par les emplois, etc.) et sont souvent encouragées à s'installer dans un pays par des mécanismes de concurrence fiscale. Ces mêmes pays profitent donc par la suite indirectement des profits que ces sociétés font à l'étranger.²⁸⁰
2. Les pays hôtes sont souvent des pays en voie de développement qui ne veulent pas réglementer ces investissements dont ils ont besoin pour leur développement.²⁸¹
3. Le concept de diligence due défini dans l'affaire '*Trail smelter*'²⁸², peut également être

274. BERKES, Antal, « Extraterritorial responsibility of the home States for MNCs' violations of human rights », in RADI, Yannick (éd.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2018, p. 306.

275. *Ibid.*, p. 306.

276. *Ibid.*

277. MUCHLINSKI, Peter T., *op. cit.*

278. KARAVIAS, Markos, « Shared Responsibility and Multinational Enterprises », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, no. 1, 2015.

279. BERKES, Antal, *op. cit.*, p. 306.

280. *Ibid.*, p. 307.

281. *Ibid.*, p. 307.

282. *Trail smelter case (United States, Canada)*, Arrêt, Disponible dans le recueil des sentences arbitrales de l'ONU, Volume III, pp. 1905-1982, 16 avril 1938.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

invoqué comme argument très fort qu'un État a une responsabilité pour les actions des entreprises sises sur leur territoire.²⁸³ Ce concept dispose, que :

« [...] *under the principles of international law [...] no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein.* [...] »²⁸⁴

Dans l'affaire du 'détroit de Corfu', la CIJ a précisé le principe de la responsabilité de l'État en disant, que :

« *Il est vrai, ainsi que le démontre la pratique internationale, qu'un État, sur le territoire duquel s'est produit un acte contraire au droit international, peut être invité à s'en expliquer.* »²⁸⁵

La CIJ ajoute qu'un principe général et bien reconnu définit qu'il est de l'obligation d'un État « [...] *de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autre États.* »²⁸⁶. BERKES en tire la conclusion qu'un État qui savait ou aurait dû connaître l'existence d'un acte commis dans son territoire, qui cause un dommage à un autre État, doit prendre des mesures pour l'empêcher ou, dans le cas d'une infraction continue ou terminée, de répondre pour les dommages causés.²⁸⁷ Le concept de diligence due peut donc être une des raisons qui nous permettent d'invoquer la responsabilité internationale des États résidents. Néanmoins, nous devons savoir que la responsabilité internationale peut normalement être invoquée seulement dans le cas d'une violation d'une obligation internationale d'un État, qui aurait été commise par un comportement 'attribuable' à un État.²⁸⁸ Une entité privée, comme une multinationale, n'est pas reconnue comme un agent de l'État et ne peut donc normalement pas présenter un comportement attribuable à l'État. Néanmoins, « [...] *even if a human rights violation cannot be attributed to a State, States can still be held responsible for their own wrongful conduct that is considered a breach of their positive obligations, especially the due diligence duties with regard to [multinational corporations].* »²⁸⁹

Nous avons donc présenté quelques raisons (non-exhaustives) pour lesquelles les États résidents devraient et pourraient être responsables en droit international des actes commis par les multinationales sises sur leur territoire. Malheureusement, un approfondissement de la question de l'attribution des actes des multinationales à leurs États résidents dépasserait le cadre de ce

283. BERKES, Antal, *op. cit.*, p. 308.

284. *Trail smelter case (United States, Canada)*, para. 6 sur la page 1965.

285. *Affaire du détroit de Corfu (fond)*, Arrêt du 9 avril 1949, Cour Internationale de Justice, C.I.J Recueil 1949, p. 4, 9 avril 1949, para. 1 sur la page 18.

286. *Ibid.*, para. 4 de la page 22.

287. BERKES, Antal, *loc. cit.*

288. International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001, p. 34.

289. BERKES, Antal, *op. cit.*, p. 310.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

travail. Nous retenons néanmoins la conclusion de KARAVIAS, qui dit que nous pourrions « [...] suggest that the rules of international responsibility exhibit a certain measure of flexibility that allows them to capture complex legal situations involving non-state actors. »²⁹⁰. Nous pouvons y ajouter, que « [r]ecent State practice reveals progressive evolution of positive international law towards the duty of home States to protect from the harmful conduct of their corporate nationals acting abroad. »²⁹¹. En laissant le droit international derrière nous et en nous intéressant à la pratique des États résidents, nous nous tournons vers quelques exemples nationaux pour voir comment les États essayent de remplir cette obligation.

Les lois nationales, qui vont dans ce sens, permettent donc la poursuite, dans leur pays de siège, d'actes illégaux à l'étranger par des entreprises. Comme nous l'avons mentionné en introduction, une des raisons d'écrire ce travail a été le climat politique actuel en Suisse. L'initiative pour les multinationales responsables²⁹² veut instaurer la compétence des tribunaux suisses sur des actes qui ne respectent pas les droits de l'homme ou l'environnement, actes commis à l'étranger par des entreprises suisses.

Avant de regarder le projet de l'initiative en Suisse, nous nous tournons vers le pays où siègent le plus des 100 plus grandes multinationales à savoir : les États-Unis. Sur les 100 multinationales (non financières) les plus grandes, 19 y ont leur siège statutaire.²⁹³ Pour cette raison, nous nous intéressons à la situation dans ce pays. Selon le U.S. Code (la codification du droit fédéral états-unien) :

« *The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.* »²⁹⁴

Cette disposition, découlant du 'Judiciary Act' de 1789, parfois appelé 'Alien Tort Statute' ou 'Alien Tort Claims Act', établit la compétence des juridictions fédérales d'entendre des actions civiles pour des actes illégaux survenus à l'étranger, si ces actes ont été commis en violation du 'droit des nations' (donc du droit international) ou d'un traité des États-Unis. Depuis le 18^{ème} siècle, les tribunaux fédéraux états-uniens ont donc théoriquement la compétence 'universelle' sur des violations de droit international commises par des entreprises états-uniennes à l'étranger. Cette disposition, qui a été décrite comme unique au monde, est restée lettre morte pendant presque 2 siècles. Depuis les années 1980 elle est pourtant appliquée et interprétée par les

290. KARAVIAS, Markos, *op. cit.*, p. 114.

291. BERKES, Antal, *op. cit.*, p. 311.

292. Initiative multinationales responsables, *op. cit.*

293. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Annex table 19. The world's top 100 non-financial MNEs, ranked by foreign assets, 2018.*

294. United States Congress, *Alien's action for tort, U.S. Code, 28 (Judiciary and judicial procedure), §1350*, 25 juin 1948, disponible en ligne sur : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

tribunaux états-uniens.²⁹⁵ Ainsi, depuis la décision du tribunal de Second Circuit dans l'affaire *Filártiga v. Peña-Irala* en 1980, les tribunaux fédéraux états-uniens sont tenus par le précédent qui dit que selon l'Alien Tort Statute, peut être poursuivi aux États-Unis quiconque aurait commis un acte contraire au droit international (moderne) ou d'un traité des États-Unis.²⁹⁶ Néanmoins, cette disposition ne donne probablement pas un motif valable selon le droit commun pour intenter une action. Ainsi, cette disposition donnerait la compétence à un tribunal fédéral états-unien. Mais pour pouvoir intenter une action, un individu devrait normalement encore invoquer un motif valable, tel que par exemple la réparation des dommages pécuniaires. Or, ces motifs valables devraient être créés par le Congrès (et il n'en existe aucun).²⁹⁷ Ainsi, le tribunal fédéral suprême des États-Unis a décidé dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, que certains motifs valables sont implicitement reconnus.²⁹⁸ Depuis, les juges de la cour suprême admettent des cas sous l'Alien Tort Statute si deux conditions cumulatives sont remplies. Tout d'abord, les tribunaux doivent déterminer si la demande est fondée sur la violation d'une norme de droit international 'spécifique, universelle et obligatoire'. Deuxièmement, les tribunaux doivent déterminer si le fait de permettre la poursuite de l'affaire est un exercice 'approprié' du pouvoir discrétionnaire du juge.²⁹⁹ Avec le cas de *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* en 2013, l'extraterritorialité a été restreinte et les cas où toutes les parties sont étrangères et les faits invoqués sont survenus à l'étranger ne sont plus présumés couverts par l'Alien Tort Statute.³⁰⁰ En plus, depuis *Jesner v. Arab Bank, PLC*, les entreprises étrangères ne peuvent plus être poursuivies aux États-Unis sous l'Alien Tort Statute.³⁰¹ Aujourd'hui, selon certains, l'Alien Tort Statute est de nouveau lettre morte, pendant que selon d'autres il y a toujours des possibilités de poursuivre des citoyens des États-Unis ou des entreprises états-uniennes.³⁰²

Un cas, incluant une entreprise qui a son siège en Suisse (mais une filiale aux États-Unis), est actuellement en cours devant les juridictions américaines. Il s'agit de la plainte de quatre individus anonymes (aux États-Unis connus sous le 'nom' John Doe) qui se plaignent d'avoir été soumis à l'esclavage (ou au travail forcé) sur des plantations de cacao en Côte d'Ivoire, quand ils avaient entre 10 et 14 ans. Selon la plainte, dirigée contre Nestlé U.S.A, Nestlé, qui aurait acheté du cacao sur les plantations en question et aurait eu connaissance de et même soutenu ces pratiques des entreprises locales. Après 15 ans d'incertitude et d'interminables va-et-vient, les

295. MULLIGAN, Stephen P., *The Alien Tort Statute (ATS) : A Primer*, 1^{er} juin 2018, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44947/4>, p. 6.

296. *Ibid.*, p. 7.

297. *Ibid.*, pp. 7-9.

298. *Ibid.*, p. 11.

299. *Ibid.*, pp. 11-12.

300. *Ibid.*, p. 14.

301. *Ibid.*, p. 20.

302. *Ibid.*, p. 22.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

avocats de Nestlé ont, en 2019 déposé une nouvelle demande d'entrée en matière³⁰³ à la cour suprême état-unienne en demandant de trancher définitivement cette affaire, qui traîne depuis longtemps devant les juridiction inférieures.³⁰⁴ Vu que la plainte des John Doe I-IV se base sur l'Alien Tort Statute, l'avenir montrera probablement s'il reste possible de se plaindre de telles actions à l'étranger, commis par des entreprises état-uniennes (ou qui ont une filiale aux États-Unis). En accusant Nestlé, qui a son siège général en Suisse, les lésés dans cette affaire auraient pu accuser Nestlé en Suisse, si un tel mécanisme et une telle juridiction étaient établis en droit suisse. C'est donc pour établir un tel mécanisme que les initiateurs de l'initiative pour les multinationales responsables ont proposé un nouvel article 101a pour la Constitution Suisse. Celui ci propose le suivant :

« Art.101a | Responsabilité des entreprises

1. [...]

2. *La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants :*

(a) *les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent; [...];*

(b) *les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable; [...] [et] mettre fin aux violations existantes [...];*

(c) *les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent [...] [sauf] si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ;*

(d) [...] »³⁰⁵

Il est intéressant de voir, que le texte proposé par cette initiative populaire prévoit principalement trois aspects intéressants pour notre étude. Premièrement, il demande aux entreprises suisses de respecter, à l'étranger comme en Suisse, les droits de l'homme et les normes environnementales internationalement reconnus. Deuxièmement, il demande de faire preuve d'une diligence

303. Après que la première a été refusée. UNITED STATES BLOG, Supreme Court of the, *Nestlé U.S.A., Inc. v. Doe*, 1^{er} novembre 2016, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/nestle-u-s-a-inc-v-doe/>.

304. KUNZ, Yvonne, *Vom Versuch, einen Konzern juristisch zur Verantwortung zu ziehen*, 15 janvier 2020, (visité le 15 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.republik.ch/2020/01/15/vom-versuch-einen-konzern-juristisch-zur-verantwortung-zu-ziehen>.

305. Initiative multinationales responsables, *Explication sur le texte de l'initiative*, mai 2018, (visité le 21 février 2020), disponible en ligne sur : https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/3.2_KVI_Factsheet_5_F_low.pdf.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

raisonnable (par exemple avec des ‘*environmental/human rights impact assessments*’). Et troisièmement, il demande d’élargir la responsabilité de l’entreprise en Suisse à toute sa chaîne de production.

Ce mécanisme essaye de rendre possible une poursuite des entreprises sises en Suisse, devant les juridictions suisses, pour des actes commis par eux, ou par des gens dont ils profitent à l’étranger. Ceci consisterait en un élargissement de l’article 55 du Code des Obligations Suisse³⁰⁶ à l’international.

Dans une situation où la responsabilité de l’État résident pour les actes des entreprises ne semble pas être très claire et pas encore internationalement reconnue, il semble avantageux et moralement correct de pouvoir s’adresser directement aux entreprises à leur siège. Il est moralement difficile de comprendre pourquoi des entreprises devraient moins respecter les règles internationales impératives (de droits de l’homme ou par rapport à l’environnement) à l’étranger que dans leur pays de siège.

306. WERRO, Franz, « Art. 55 - Responsabilité de l’employeur », in WERRO, Franz et THÉVENOZ, Luc (éds.), *Code des obligations I - Commentaire Romand*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, pp. 509-521.

3.2. Pratiques et possibilités des investisseurs étrangers

Les obligations directes ou indirectes de comportement et les obligations de tolérer des mesures de réglementation, telles qu'exposées *ci-supra*, doivent être respectées par les investisseurs étrangers (pour certaines d'entre-elles après application et mise en œuvre par les États). Celles-ci découlent directement (ou indirectement) des ALE, des TBI ou des contrats d'investissements. Néanmoins, une autre manière de responsabiliser les investisseurs étrangers se fait par le biais de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE).

Il y a de plus en plus de propositions de lignes directrices ou de directives de RSE au niveau international. Ces lignes directrices ou ces principes directeurs montrent que les organisations internationales qui les produisent prennent conscience de la place de plus en plus importante que les multinationales occupent dans le paysage du droit international. Que l'on considère les multinationales comme pouvant être sujets de droit international ou pas, pratiquement tout le monde est d'accord qu'elles peuvent avoir des obligations découlant d'AII. Une manière d'imposer des obligations aux investisseurs est d'inclure des dispositions légalement contraignantes de RSE.³⁰⁷

L'inclusion de normes de RSE est de plus en plus récurrente dans les AII depuis quelques années, même si ce n'est pas encore la norme. Ainsi, selon le 'IIA Mapping Project' de la CNUCED, il y a une mention dans le texte (à l'exclusion du préambule) de 40 sur 2577 AII.³⁰⁸ Ceci semble très peu, mais il convient de mentionner que 37 sur ces 40 AII qui contiennent une mention de la RSE ont été signés après 2013 et la base de données contient 103 AII signés après 2013. Dans les environs sept dernières années, presque 40% des nouveaux AII contiennent une mention de la RSE dans leur texte. C'est donc un sujet qu'il convient d'aborder ici.

LEVASHOVA examine les façons directes et indirectes d'imposer les lignes directrices aux investisseurs étrangers. Les façons indirectes sont des façons d'obliger les États à encourager les entreprises d'agir selon les normes de RSE³⁰⁹. Comme nous l'avons déjà mentionné, ceci est une méthode appliquée souvent par le Canada. Ainsi, dans PTPGP, à l'article 9.17 nous pouvons lire, sous l'intitulé '*Corporate Social Responsibility*', la disposition suivante :

« The Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are

307. LEVASHOVA, Yulia, *op. cit.*, p. 41.

308. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Mapping of IIA Content*, 21 octobre 2018, (visité le 25 février 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping>.

309. À l'image des obligations de conduite indirectes, théorisés par NOWROT et analysés ci-dessus, sauf qu'il ne s'agit là pas d'obligations mais uniquement d'encouragements.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

*supported by that Party. »*³¹⁰

Il s'agit donc d'un encouragement d'incorporer volontairement des standards internationalement reconnus ou encore des lignes directrices qui sont supportées par les gouvernements respectifs. Ces standards ne sont pas du tout définis et cela reste très flou. Pour cette raison, nous nous intéressons ici surtout aux méthodes directes. Nous aimerions examiner deux possibilités d'imposer directement des obligations de RSE aux investisseurs étrangers.

La première méthode est celle choisie par l'article 22 du Code panafricain d'investissements intitulé '*Responsabilité sociale des entreprises*' :

- « 1. Les investisseurs veillent au respect de la législation, de la réglementation, des directives administratives et des politiques de l'État d'accueil.
2. Les investisseurs cherchant à atteindre leurs objectifs économiques, s'assurent que ceux-ci ne sont pas en contradiction avec les objectifs de développement social et économique des États d'accueil et sont sensibles à ces objectifs.
3. Les investisseurs contribuent au progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des États d'accueil. »³¹¹

Dans cette disposition, les États imposent directement des obligations aux investisseurs étrangers. Ils les intitulent '*Responsabilité sociale des entreprises*' et définissent ainsi ce qu'ils entendent sous RSE, sans faire référence à d'autres instruments internationaux. Cette manière est très claire et très directe.

La deuxième méthode que nous mentionnons ici est celle choisie par le modèle d'AII proposé par le IIDD, qui consiste à créer un article (16), qui serait intitulé '*Responsabilité sociale de l'entreprise*' et qui comporterait les paragraphes suivants :

- « (A) En plus de l'obligation de se conformer à l'ensemble des lois et règlements applicables de l'État d'accueil ainsi qu'aux obligations prévues par le présent Accord, et conformément à la taille, aux capacités et à la nature d'un investissement, et compte tenu des plans et priorités de développement de l'État d'accueil, des Objectifs de développement du millénaire et de la liste énumérant les principales responsabilités figurant à l'annexe F, les investisseurs et leurs investissements devraient s'efforcer de réaliser les contributions maximales possibles au développement durable de l'État d'accueil et de la collectivité locale au moyen de pratiques responsables du point de vue social à un niveau très élevé.
- (B) Les investisseurs devraient appliquer la Déclaration de principes (tripartite) sur

310. Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP/CPTPP), art. 9.17.

311. Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15), art. 22.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT et sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ainsi que des normes particulières ou sectorielles de pratique responsable lorsqu'elles existent.
(C) Lorsque les normes de responsabilité sociale de l'entreprise augmentent, les investisseurs devraient s'efforcer d'appliquer et de respecter les normes les plus rigoureuses. »³¹²

Cette méthode d'imposer la RSE nous semble particulièrement intéressante, car elle comporte trois niveaux. Le premier niveau (au paragraphe (A)) comporte une obligation de l'investisseur étranger de se conformer à l'ensemble de la législation de l'État hôte, aux objectifs de ce dernier, aux OMD (aujourd'hui ceci serait probablement remplacé par les ODD) et surtout aux responsabilités énumérés dans l'annexe F. Cette liste³¹³ comporte deux pages de responsabilités que les États pourraient amender selon leurs objectifs et priorités. Pendant que l'article 22 du Code panafricain d'investissements mentionnait encore les objectifs principalement économiques des investisseurs (ce qui est probablement plus réaliste), le paragraphe (A) de l'article 16 du modèle proposé par le IIDD ne mentionne uniquement que les objectifs de développement. Le deuxième niveau (au paragraphe (B)) comporte l'obligation de l'investisseur étranger d'appliquer les principes directeurs de l'OIT³¹⁴ et de l'OCDE³¹⁵ au minimum. En plus, le paragraphe (B) impose également à l'investisseur de suivre d'autres normes existantes. Le troisième niveau (au paragraphe (C)) consiste à obliger l'investisseur étranger à se conformer aux éventuelles augmentations de normes de RSE.³¹⁶

Après avoir vu la deuxième méthode d'imposition des normes internationales de RSE, il convient de se tourner vers ces dernières. Pour ce qui est des principes de RSE actuellement existants, il est à noter qu'aucune de ces déclarations ou aucun de ces principes directeurs n'est directement légalement contraignant. La seule manière de les rendre légalement contraignants pour les investisseurs étrangers est donc de les inclure dans des AII ou dans des contrats d'investissement. Il s'agit donc encore d'un *opt-in* d'autres instruments internationaux, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent pour la protection des travailleurs.

Que ce soit la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT³¹⁷, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales³¹⁸ ou encore les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de

312. MANN, Howard et al., *Modèle d'accord international pour le développement durable (IIDD) - Guide du négociateur*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2005, p. 34.

313. *Ibid.*, pp. 102-103.

314. *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale.*

315. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.*

316. Des baisses hypothétiques des normes ne sont pas mentionnées et les investisseurs devraient donc continuer à respecter les normes plus rigoureuses d'auparavant au cas d'une telle baisse.

317. *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale.*

318. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.*

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

l'ONU³¹⁹, aucun de ces instruments n'est directement contraignant d'un point de vue légal. Ceci est déjà évident partant de la nomenclature de ces instruments qui parlent d'une déclaration de principes ou de principes directeurs. La communauté internationale a tenté de développer des standards pour le traitement des multinationales depuis longtemps, avec des premières tentatives dans les années 1920 sous l'égide de la Société des Nations.³²⁰ Néanmoins, il a été impossible de trouver un consensus international pour des instruments multilatéraux contraignants jusqu'à nos jours.³²¹ Il reste donc difficile de trouver, dans le cadre multilatéral, des solutions légalement contraignantes pour les multinationales. Pendant que certains auteurs constatent que ceci est entre autres dû au fait que beaucoup de juristes ne considèrent pas encore les multinationales comme sujets de droit international³²², d'autres accusent même le système de droit international d'être aveugles et impuissants face aux multinationales³²³. Néanmoins, certaines normes ont été établies malgré cela et nous les regarderons ici.³²⁴

Les deux textes les plus souvent mentionnés dans les AII sont la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT³²⁵ et les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales³²⁶. La Déclaration de principes de l'OIT, veut guider les « [...] gouvernements, les organisations d'employeurs et de travailleurs des pays du siège et des pays d'accueil et les entreprises multinationales [...] »³²⁷ elles-mêmes dans tous les projets de ces groupes, afin « [...] d'encourager le progrès social et le travail décent. »³²⁸. Le premier but de cette Déclaration est donc d'assurer des conditions de travail décentes dans les multinationales. Ceci a été et reste encore un souci important pour l'OIT.³²⁹ En même temps, les principes directeurs de l'OCDE ont été pour la première fois publiés en 1976, mais ont été mis à jour et améliorés à plusieurs reprises.³³⁰ Ainsi, aujourd'hui l'édition 2011 est la plus récente. Dans ces principes directeurs, les thèmes abordés sont beaucoup plus larges que dans la Déclaration de l'OIT. Pour le développement durable et également pour ce travail, les parties sur les droits de l'homme (IV), sur l'environnement (VI) et sur la lutte contre

319. Organisation des Nations Unies, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011.

320. MUCHLINSKI, Peter T., *op. cit.*, p. 654 ss.

321. *Ibid.*, p. 666 ss.

322. SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *loc. cit.*

323. SIMONS, Penelope, « International Law's Invisible Hand and the Future of Corporate Accountability for Violations of Human Rights », *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, no. 1, 2012.

324. Nous regardons dans le cadre de ce travail deux instruments de RSE applicable aux multinationales et donc aux investissements étrangers. Des instruments comme les 'Equator Principles' qui s'adressent surtout aux institutions financières ne seront pas pris en compte ici.

325. *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*.

326. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*.

327. *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, p. 2.

328. *Ibid.*, p. 2.

329. ZERK, Jennifer A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility - Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 254 ss.

330. *Ibid.*, p. 249.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

la corruption (VII) sont particulièrement intéressantes. Les principes directeurs de l'OCDE sont des recommandations, que « [...] *les gouvernements adressent conjointement aux entreprises multinationales.* [...] »³³¹. Nous voyons donc très bien que les principes directeurs ne sont que des recommandations et pas légalement contraignants. Néanmoins, dès le moment qu'elles sont incorporées dans un AII de manière obligatoire et directe, elles deviennent partie intégrante de ce traité et ne sont plus que des recommandations.

Pour ce qui est des droits de l'homme, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme³³² peuvent être également une intéressante source d'inspiration et partiellement incluses dans un AII.

Une question importante se pose par rapport à tous ces textes de RSE. C'est celui de la mise en œuvre - une question qui se pose pour toutes les obligations des investisseurs. Que peut faire un État au cas où un investisseur étranger ne remplit pas ses obligations de RSE si celles-ci sont incorporées dans l'AII en question ? LEVASHOVA propose une formalisation des demandes reconventionnelles³³³ (que nous mentionnerons encore dans le chapitre suivant) ou la prise en compte de la conduite de l'investisseur selon le standard de traitement juste et équitable (TJE)³³⁴. Il est important de savoir qu'un élément fondamental de l'analyse du TJE est l'attente légitime de l'investisseur. Le TJE est un concept très complexe et sujet à de grandes discussions dans la littérature. Néanmoins, pour notre étude il convient de retenir que plusieurs tribunaux arbitraux ont dit récemment qu'un investisseur perd probablement la protection de son investissement (en raison de ses attentes légitimes) s'il n'a pas rempli ses obligations.³³⁵

Nous retenons donc la complexité de la RSE et de l'imposition de celle-ci aux investisseurs étrangers. Même si les différents principes directeurs que nous avons évoqués ci-dessus contiennent de très bons principes qui seraient très avantageux au développement durable, le grand problème reste l'imposition et la mise en œuvre de ceux-ci. Aujourd'hui, à défaut d'instrument légalement contraignant à l'encontre de l'investisseur étranger, la meilleure façon de faire respecter ces obligations est par leur incorporation directe dans des AII ou par des engagements unilatéraux de la part des multinationales, même si cela ne paraît pas satisfaisant.

Une initiative qui essaie d'obtenir des engagements unilatéraux de la part des entreprises est le UN Global Compact³³⁶. Il propose 10 principes auxquels les entreprises, ou encore d'autres structures et sociétés, peuvent souscrire. Ces principes (formulés très largement) se proposent de faire respecter les droits humains, les travailleurs et l'environnement et de combattre la

331. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, p. 19.

332. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*.

333. LEVASHOVA, Yulia, *op. cit.*, p. 49 ss.

334. *Ibid.*, p. 51.

335. *Ibid.*, pp. 51-52.

336. United Nations Global Compact, *The Ten Principles of the UN Global Compact*, 2005, (visité le 27 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

corruption.³³⁷ Les entreprises doivent par la suite soumettre un rapport annuel de leurs activités, expliquer et prouver les manières dont ils respectent les 10 principes. En contrepartie ils sont publiés sur le site du UN Global Compact. La Global Reporting Initiative³³⁸ va dans le même sens que l'UN Global Compact. Même s'il y a certainement des raisons d'être très critique face aux systèmes de 'label' et certains vont même aussi loin en les qualifiant comme 'greenwashing'³³⁹, pour le moment, la pression sociale et la souscription volontaire des multinationales à de tels principes semblent être aujourd'hui, à défaut d'obligations directes et claires de se comporter selon les standards internationaux de RSE, des méthodes pour faire avancer certaines choses et faire respecter les principes découlant du développement durable. Un mouvement vers des obligations légalement contraignantes est tout de même souhaitable.

337. United Nations Global Compact, *op. cit.*

338. Global Reporting Initiative, *About GRI*, 2018, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx>.

339. ENTINE, Jon, *UN Global Compact: Ten years of greenwashing?*, 1^{er} novembre 2010, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <http://www.ethicalcorp.com/stakeholder-engagement/un-global-compact-ten-years-greenwashing>.

3.3. Pratiques et possibilités des tribunaux arbitraux

Même si la pratique des tribunaux n'est pas une source primaire de droit international, mais un « [...] moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. »³⁴⁰, il peut être très intéressant de considérer l'application du droit international des investissements par les tribunaux arbitraux. Nous regardons donc dans cette section quelques décisions phares récentes qui portent avant tout sur des questions environnementales. Le développement durable et les obligations y étant liées sont devenues très importantes dans les décisions arbitrales ces derniers temps. Si seulement quatre différends liés à des investissements contenaient des questions environnementales avant 2000³⁴¹, aujourd'hui un grand nombre de cas devant des tribunaux arbitraux est lié d'une manière ou d'une autre à l'environnement. Entre 2012 et 2017, en moins que 6 ans, plus que 60 cas de différends liés à un investissement international ont eu une composante environnementale.³⁴²

Premièrement nous regarderons la décision *Methanex*³⁴³ dont la décision finale est sortie en 2005. Nous en tirons trois leçons importantes. Premièrement, que des réglementations ayant un objectif d'utilité publique (*in casu* environnementales) peuvent justifier une expropriation et ne donnent pas lieu à une compensation pour l'investisseur étranger. Ainsi, dans cette décision, il est dit :

*« In the Tribunal's view, Methanex is correct that an intentionally discriminatory regulation against a foreign investor fulfils a key requirement for establishing expropriation. But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation. »*³⁴⁴

Ceci confirme que (au moins pour ce qui est du chapitre 11 de l'ALENA) les mesures ayant un but d'utilité publique (sous l'article 1110 (1) (a) ALENA) peuvent être la base d'une expropriation et ne seront pas soumises à une obligation d'indemnisation. Cette décision est très importante, parce que le tribunal dit clairement que les mesures réglementaires qui ont un but d'utilité publique,

340. *Statut de la Cour internationale de Justice*, art. 38, para. 1, let d.

341. VIÑUALES, Jorge E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 17ss.

342. PARLETT, Kate et EWAD, Sara, *Protection of the Environment in Investment Arbitration - A Double-Edged Sword*, 22 août 2017, (visité le 4 février 2020), disponible en ligne sur : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/22/protection-environment-investment-arbitration-double-edged-sword/>.

343. *Methanex v. United States*, Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, International Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, 3 août 2005.

344. *Ibid.*, para. 7 de la partie IV, chapitre D. Nous soulignons.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

qui ne sont pas discriminatoires et qui sont promulguées dans le cadre d'une procédure régulière, ne sont pas, par définition, des expropriations en droit international.³⁴⁵ Et s'il ne s'agit pas d'expropriation il n'y a pas d'indemnisation qui serait due.³⁴⁶

Deuxièmement, si nous avons mentionné ci-dessus les obligations des investisseurs étrangers de ne pas s'engager dans des affaires de corruption, la décision *Methanex* est importante pour les questions de corruption liées à l'investissement étranger.³⁴⁷ Même si l'interdiction de la corruption n'est pas explicitement mentionnée dans le chapitre 11 de l'ALENA, le tribunal arbitral de l'affaire *Methanex* admet qu'un tel tribunal peut s'interroger sur la question de la corruption dans une affaire devant lui. Ainsi, il dit que les faits illégaux en droit national ou international pourrait mener à une telle conclusion.³⁴⁸ Et MANN résume très clairement que « *when an investor in an arbitration seeks to rely upon the fruits of its own corrupt activities, the jurisdiction of the Tribunal to hear that case can be vitiated.* »³⁴⁹.

Troisièmement, la décision *Methanex* est importante car elle a permis, dans une décision intermédiaire³⁵⁰, pour la première fois dans l'histoire des arbitrages entre investisseurs et États, que des interventions *amicus curiae* sont admissibles. Ainsi, la société civile a eu la possibilité d'intervenir dans la procédure. Ceci a été repris par la Commission du libre-échange de l'ALENA, qui, dans une décision d'octobre 2003, a défini une procédure pour la présentation d'*amici curiae* dans des arbitrages sous le chapitre 11 de l'ALENA.³⁵¹

Le fait qu'un État puisse appliquer ses réglementations environnementales au détriment d'un investisseur étranger est confirmé dans l'affaire *Al Tamimi*³⁵² entamée sous le chapitre d'investissements d'un ALE entre l'Oman et les États-Unis. Dans cette affaire, le tribunal dit:

« *In the Tribunal's view, therefore, to establish a breach of the minimum standard of treatment under Article 10.5, the Claimant must show that Oman has acted*

345. MANN, Howard, *The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, août 2005, (visité le 10 février 2020), disponible en ligne sur : https://iisd.org/sites/default/files/publications/commodity_methanex.pdf, p. 7.

346. *Ibid.*, p. 7.

347. *Methanex* est une affaire arbitrée selon les règles de la CNUDCI, il convient de mentionner ici, que devant le CIRDI, une importante affaire a également déjà été refusée pour des motifs de corruption. Il s'agit là de *Metal-Tech Ltd v The Republic of Uzbekistan*. Dans cette affaire, l'investisseur avait même admis d'avoir payé des pots-de-vin, donc il n'a pas été établi, à quel point un tribunal CIRDI pourrait enquêter sur des actions de corruption. (MBIYAVANGA, Stefan, « Combatting Corruption Through International Investment Treaty Law », *Journal of Anti-Corruption Law*, vol. 1, no. 2, 2017, pp. 137-138).

348. MANN, Howard, *op. cit.*, pp. 3-4.

349. *Ibid.*, p. 4.

350. *Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petitions of Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, International Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, 15 janvier 2001.

351. MANN, Howard, *op. cit.*, p. 13.

352. *Adel A Hamadi Al Tamimi and Sultanate of Oman*, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/11/33, 3 novembre 2015.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

with a gross or flagrant disregard for the basic principles of fairness, consistency, even-handedness, due process, or natural justice expected by and of all States under customary international law. Such a standard requires more than that the Claimant point to some inconsistency or inadequacy in Oman's regulation of its internal affairs: a breach of the minimum standard requires a failure, wilful or otherwise egregious, to protect a foreign investor's basic rights and expectations. It will certainly not be the case that every minor misapplication of a State's laws or regulations will meet that high standard. That is particularly so, in a context such as the US–Oman FTA, where the impugned conduct concerns the good-faith application or enforcement of a State's laws or regulations relating to the protection of its environment. »³⁵³

Une troisième décision importante à mentionner ici est la décision *Urbaser*³⁵⁴. Elle traite d'une affaire ayant lien entre autres au droit à l'eau comme droit humain après un différend sur une concession d'eau survenu en Argentine.³⁵⁵ Même si elle a été rendue sur la base d'un TBI et non pas d'un ALE, elle est importante pour la vision de la relation entre l'investissement étranger et les droits de l'homme. Cette décision a également suscité un débat important sur la scène internationale³⁵⁶ et mérite donc d'être mentionnée à ce stade. Deux points sont très importants à retenir de cette affaire pour notre étude. Premièrement, la décision *Urbaser* a accepté la juridiction sur une demande reconventionnelle ('*counterclaim*') de l'État argentin, basé sur l'invocation d'une violation de droits de l'homme de l'investisseur étranger.³⁵⁷ Deuxièmement, le tribunal a réaffirmé que les principaux destinataires des droits de l'homme sont les États.³⁵⁸ Mais le tribunal admet également que les obligations négatives qui sont liées aux droits de l'homme s'adressent aussi directement aux investisseurs étrangers.³⁵⁹ Néanmoins, il admet que les États peuvent, dans les TBI (ou par analogie dans les ALE), imposer des obligations directes de droits de l'homme aux investisseurs étrangers.³⁶⁰ Si de telles obligations sont explicitement mentionnées dans les textes internationaux dédiés aux investissements (ou font partie des principes généraux de droit international), les investisseurs peuvent avoir des obligations de droits humains ou toute autre obligation.³⁶¹ Pour cela, il convient d'insister encore une fois sur le fait que le tribunal est de

353. *Adel A Hamadi Al Tamimi and Sultanate of Oman*, para. 390.

354. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*.

355. Le tribunal dit par exemple au paragraphe 1205 que le droit à l'eau en tant que droit de l'homme existe et qu'il est de l'obligation de tous les États de fournir de l'eau potable à toute la population. (*ibid.*, para. 1205).

356. SCHACHERER, Stefanie, *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2018, p. 26.

357. *Ibid.*, p. 26.

358. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para. 1210.

359. *Ibid.*, para. 1210.

360. *Ibid.*, para. 1207.

361. *Ibid.*, para. 1207.

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

l'avis que les investisseurs étrangers peuvent devenir sujets de droit international.³⁶²

Une autre affaire importante à mentionner est l'affaire *Aven*³⁶³. L'affaire *Aven* est une affaire suivant un différend sur un investissement au Costa Rica, qui a donc été traité sous le chapitre d'investissements de l'ALEAC-RD, les investisseurs étant des ressortissants états-uniens. Comme le tribunal dans l'affaire *Methanex* en 2005, le tribunal dans l'affaire *Aven* arrive en 2018 à la conclusion que les États ont le droit de mettre en œuvre leurs réglementations environnementales au détriment des investisseurs étrangers si cela a été fait d'une manière non-discriminatoire, juste et équitable.³⁶⁴ Ainsi le tribunal dit que :

« [...] a Party can, as it sees fit, implement its own environmental laws without fear of violating DR-CAFTA, the Tribunal believes that this is not an absolute right either that may be exercised in any manner Respondent desires. By signing the Treaty, Respondent has agreed that there are limits to the manner in which a Party may implement and enforce its own environmental laws. It must do so in a fair, non-discriminatory fashion, applying said laws to protect the environment, following principles of due process, not only for its adoption but also for its enforcement. »³⁶⁵

De plus, le tribunal accepte également en principe la juridiction sur des demandes reconventionnelles en raison de dommages environnementaux.³⁶⁶ Pour accepter ces demandes reconventionnelles, qui souvent ne sont pas acceptées par les tribunaux arbitraux, le tribunal de l'affaire *Aven* cite l'affaire *Urbaser* afin d'établir sa compétence et sa juridiction sur la demande reconventionnelle du Costa Rica.³⁶⁷

La dernière affaire que nous voulons citer dans cette section est l'affaire de *Burlington*³⁶⁸. Il s'agit d'une affaire introduite suite à un différend lié à un investissement fait en Équateur. Dans ce cas, l'Équateur a introduit une demande reconventionnelle, qui ne posait pourtant pas un problème de juridiction du tribunal, car l'investisseur et l'État avaient trouvé un accord sur cette soumission et la juridiction. Le point le plus intéressant de ce jugement est qu'il faut, dans l'évaluation de toute utilisation de terre pour un investissement et dans le cas d'un doute, appliquer le standard le plus protecteur pour l'environnement.³⁶⁹ Ce principe, parfois appelé *in dubio pro natura*³⁷⁰, pourrait être très utile dans de décisions futures (pour le moins dans le cas

362. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, para. 1194-1995.

363. *David Aven et al. and The Republic of Costa Rica*.

364. *Ibid.*, para. 412-413.

365. *Ibid.*, para. 413. Notes de bas de page omises.

366. *Ibid.*, para. 735 ss.

367. *Ibid.*, para. 737-739.

368. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on counterclaims, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/08/5, 7 février 2017.

369. *Ibid.*, para. 343, ix.

370. MBENGUE, Makane Moïse, *loc. cit.*

3. MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS

de l'Équateur, car ce principe est déduit de la Constitution équatorienne³⁷¹).

Qu'il s'agisse d'avoir introduit le principe *in dubio pro natura*, d'avoir admis que les réglementations environnementales (équitablement appliquées) ne sont pas considérées comme étant une expropriation demandant une indemnisation, d'avoir admis des demandes reconventionnelles ou des *amici curiae* ou encore d'avoir défini qu'un investisseur ne peut pas se prévaloir des fruits de sa propre activité de corruption, nous voyons que les tribunaux arbitraux peuvent aller plus loin que les textes des ALE ou des TBI. Comme l'a dit le tribunal dans l'affaire *Urbaser*, les États sont tout à fait libres d'inclure des obligations explicites qui font des investisseurs étrangers des destinataires des droits de l'homme ou qui les obligent à respecter l'environnement ou le développement durable dans son entièreté.

371. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, para. 207.

4. Le futur des obligations de développement durable

Après les trois chapitres précédents, nous savons que des obligations de développement durable pour les investisseurs étrangers existent dans les accords que nous avons étudiés. Néanmoins, en l'état actuel elles ne sont ni très claires ni très protectrices du développement durable. Dans ce chapitre-ci, nous regarderons le futur des obligations de développement durable, en relevant quelques points importants qui se sont présentés à nous lors de la rédaction de ce travail. Les sujets abordés dans ce chapitre contiennent quelques idées dont la mise en œuvre nous semblerait idéale pour éviter une interférence d'investissements nocive au développement durable des États du monde.

Notre introduction a été surplombée par une citation de l'arrêt *Barcelona Traction* de la CIJ qui évoquait le fait que, depuis la deuxième guerre mondiale, de nombreux traités bilatéraux ou multilatéraux dans le cadre de l'investissement international ont été conclus entre des États dont le principal but était la protection des investissements étrangers. Dans cette affaire, la CIJ s'est demandée quel État avait des intérêts légitimes à défendre l'entreprise en question qui a été liquidée en Espagne. À défaut d'autre moyen légal, la Belgique a invoqué qu'elle avait le droit de protéger ses ressortissants, actionnaires de l'entreprise en question.

Dans une opinion individuelle très intéressante sur cette affaire, le Juge Padilla Nervo a inclus les passages suivants que nous reproduisons ici :

« Ce ne sont pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui ont besoin de protection diplomatique; ce sont plutôt les États pauvres ou faibles où les capitaux sont investis qui ont besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre la pression diplomatique injustifiée de gouvernements qui paraissent toujours prêts à appuyer à tout prix les actionnaires de leur nationalité, alors même que ces derniers sont juridiquement tenus de partager les risques de leur société et de suivre son sort, [...] »

[...]

La pratique moderne, dans le domaine du commerce international, a sans doute tendance à être indulgente et légère à l'égard des puissants et des riches mais, lorsqu'il s'agit d'ériger une règle de droit, ce n'est pas là un argument suffisant.

Les investisseurs qui vont à l'étranger en quête de profits prennent un risque et ils y vont pour le meilleur et pour le pire et non pas seulement pour le meilleur. Ils doivent respecter les institutions de l'État où ils ont choisi d'aller et se conformer à ses lois nationales. »³⁷²

372. *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, Opinion individuelle de M. Padilla NERVO, Cour Internationale de Justice, Recueil 1970, 5 février 1970, para. 3 sur la page 248 et paras 2 et 3 sur la page 250.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Cette opinion polémique résume deux points que nous aimerions retenir. Premièrement, comme nous l'avons constaté tout au début de ce travail lors des considérations philosophiques (1.1.) ou encore lors de l'analyse des pratiques et possibilités des États (3.1.), bon nombre d'États peuvent se retrouver aujourd'hui dans une position de faiblesse par rapport au pouvoir des multinationales. Les États, souverains, devraient pouvoir effectivement réglementer les investissements étrangers et donc bénéficier d'une protection accrue en droit international. Pour cela, des obligations de développement durable pour les investisseurs étrangers plus claires et directes seraient un bon commencement.

Deuxièmement, il convient de rappeler la notion de risque qui est inévitablement liée à tout investissement. Ainsi, comme l'admet NERVO, tout investissement devrait respecter la législation nationale. Nous avons relevé dans la section sur les pratiques et possibilités des États hôtes (3.1.1.) que ceci est en tout cas possible par l'inclusion de telles obligations directes de comportement pour l'investisseur étranger, comme cela a été fait dans le CPAI. La définition de l'investissement du CPAI inclut également cette notion de risque :

« « investissement » désigne une entreprise ou une société [...] à condition qu'elle soit établie ou acquise dans le respect du droit de l'État d'accueil. [...] Un investissement selon le présent Code doit présenter les caractéristiques suivantes : une activité commerciale substantielle [...], l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'espoir d'un gain ou d'un profit, la prise de risque, et une contribution significative au développement de l'État d'accueil. [...] »³⁷³

Cette définition de l'investissement (tout le paragraphe, non seulement ce qui est reproduit ci-dessus) est très avant-gardiste³⁷⁴ et pourrait être une définition qui, si elle était adoptée de façon généralisée dans les AII, éliminerait déjà de nombreux doutes ou incertitudes d'interprétation que les États, les investisseurs ou les tribunaux risquent d'encourir actuellement.

Si les investissements sont définis de cette manière, cela est déjà un bon départ. Pour une meilleure protection des principes et règles découlant du développement durable, il faut donc une telle définition de l'investissement en premier lieu. En deuxième lieu, des obligations directes de comportement pour les investisseurs étrangers sont nécessaires. Comme nous l'avons vu (à la section 2.2.), de telles obligations seront tout à fait envisageables et nous en avons présenté de bonnes formulations *ci-supra*. Pour une protection aboutie des principes et règles découlant du développement durable, il faut une mise en œuvre va dans son sens.

Nous avons analysé plusieurs méthodes de mise en œuvre. Que ce soit devant les juridictions de l'État résident de l'investisseur (3.1.2.), avec une obligation pour l'investisseur étranger de se

373. *Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15)*, art. 4, para. 4.

374. La définition rejoint en quelque sorte celle donnée dans l'affaire *Salini v. Maroc*, que nous avons mentionnée dans l'introduction de ce travail. Néanmoins, nous retenons plutôt une définition d'un texte légal international (même si non-contraignant à l'heure actuelle) que celle d'un tribunal arbitral.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

conformer à la législation nationale de l'État hôte, qui prendrait en compte le développement durable dans tous ses actes législatifs (3.1.1.), par une approche de RSE, selon laquelle les investisseurs se comportent selon les principes du développement durable (3.2.) ou encore par la pratique des tribunaux arbitraux, dont ceux que nous avons mentionnés font avancer la protection des principes du développement durable par une jurisprudence avant-gardiste (3.3.), toutes ces méthodes se prêtent à une aide à la mise en œuvre de certaines obligations de développement durable. Nous soulèverons donc, dans ce qui suit, quelques points liés à la mise en œuvre.

Pour la mise en œuvre devant les juridictions nationales de l'État résident de l'investisseur, la possibilité de l'Alien Tort Statute aux États-Unis a été abordée ci-dessus. Nous avons également regardé la possibilité proposée par l'initiative en question pour des multinationales responsables en Suisse, qui demanderait également l'ouverture de la juridiction suisse pour les victimes d'actions illégales à l'étranger conduites par ou pour des entreprises sises en Suisse. Pour une meilleure mise en œuvre des obligations de développement durable, il serait souhaitable que toutes les multinationales puissent être poursuivies dans leur État résident pour les actes illégaux qu'eux-mêmes ou leurs filiales auraient commis à l'étranger. Dans ce sens, le deuxième principe des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, évoque que « [l]es États devraient énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités. »³⁷⁵. Le parlement européen invite également la commission européenne « [...] à prendre des initiatives résolues en vue d'améliorer l'accès à la justice des victimes de violations des droits de l'homme liées aux activités d'entreprises en dehors de l'Union; insiste également sur la nécessité de mettre en place des recours efficaces permettant de sanctionner les sociétés qui se rendent coupables de violations des droits de l'homme, ainsi que de donner aux victimes de ces violations les moyens d'obtenir réparation; »³⁷⁶. Ces résolutions ou déclarations, en lien avec d'autres³⁷⁷, montrent que les États et les organisations internationales prennent conscience de la problématique et certains essaient d'ouvrir leurs juridictions à ces questions. Nous retenons donc qu'une ouverture des juridictions nationales des États résidents des investisseurs étrangers pourrait être une très bonne technique de mise en œuvre des obligations de développement durable. À travers cette ouverture, les principes découlant du développement durable, l'environnement, les droits de l'homme, la bonne gouvernance et le développement durable lui-même pourraient bénéficier d'une meilleure protection. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la responsabilité de l'État pour les actes commis par des entreprises sises sur leur territoire n'est pas admis par beaucoup d'auteurs. La volonté des États de responsabiliser 'leurs' entreprises devrait donc, pour

375. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, p. 4.

376. Parlement européen, *Rapport annuel sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde en 2013 et sur la politique de l'Union européenne en la matière*, 2016/C 316/18, 12 mars 2015, para. 106.

377. Institut de Droit International, *Première question : La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux* (Auteur : Andreas BUCHER), *Annuaire de l'Institut de Droit International - Année 2015*, Vol. 76, N° 76, (Session de Tallin, 8-15 septembre 2015), 15 septembre 2015, pp. 31-37.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

avoir la certitude qu'elle puisse être mise en œuvre, se traduire par des législations à tous les niveaux. Comme l'exprime BUCHER :

« Le droit à la réparation et à l'accès à la justice sera à confirmer et à développer par les États à travers leur droit national et, le cas échéant, des instruments de droit international convenus entre eux, au plan régional ou mondial. [...] »³⁷⁸

Ainsi, une implémentation définitive et cohérente de la poursuite des entreprises devant leurs juridictions nationales/de résidence, passera probablement par des instruments de droit national ou, encore mieux, de droit international. Nous reviendrons plus bas sur la conclusion d'instruments de droit international que nous jugeons importantes pour dépasser éventuellement le cadre du DII pour les obligations de développement durable.

Les différends liés aux investissements sont pour la plupart des cas résolus devant des tribunaux arbitraux. Selon DOLZER et SCHREUER, l'arbitrage aurait des avantages tant pour l'investisseur que pour l'État. Ainsi, pour l'investisseur, non seulement l'arbitrage serait moins cher que des recours devant des instances nationales, mais il lui donnerait également accès à un recours international efficace. En même temps, admettent-ils, pour l'État, le fait de permettre l'arbitrage augmenterait son 'attractivité' pour l'investissement et il attirerait ainsi plus d'investissement d'une part. De l'autre part, l'État se protégerait d'autres procédures internationales telles que la protection diplomatique.³⁷⁹ Néanmoins, ces avantages - surtout ceux pour l'État - ne sont plus inconditionnellement reconnus par tout le monde. D'autres problèmes, tels que le manque de transparence³⁸⁰, le caractère *ad hoc* de ces tribunaux³⁸¹, l'incohérence des sentences de ces tribunaux, qui n'assurent pas de sécurité juridique³⁸² et de nombreux autres encore³⁸³ peuvent être soulevés. Ainsi, dans la première version négociée de l'AECG, un système traditionnel d'arbitrage était prévu en cas de différends entre un investisseur et un État. Après une consultation publique lancée par la Commission européenne dans le cadre de la négociation du PTCI, le Parlement européen a demandé l'établissement d'un nouveau système de règlement de différends de l'arbitrage. Ils demandent également que ce système soit de nature permanente et prévoie la nomination de juges. Ce système nouvellement établi a été par la suite, avant la signature finale, également soumis au Canada pour l'AECG, qui l'a accepté.³⁸⁴ Ce système, qui n'est pas encore en vigueur lors de l'application provisoire de l'AECG³⁸⁵, est novateur à plusieurs niveaux.³⁸⁶

378. *Première question : La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux* (Auteur : Andreas BUCHER), p. 37.

379. DOLZER, Rudolf et SCHREUER, Christoph, *op. cit.*, p. 236.

380. Service de recherche du Parlement européen, *De l'arbitrage au système juridictionnel des investissements (SJI) - L'évolution des règles de l'AECG*, PE 607.251, juin 2017, p. 8.

381. *Ibid.*, p. 10.

382. *Ibid.*, p. 11.

383. Pour une longue liste des critiques, cf. : *ibid.*, pp. 11-13.

384. *Ibid.*, p. 6.

385. *Ibid.*, p. 6.

386. Une analyse tous les éléments novateurs de ce tribunal de l'AECG est faite dans cet article : *ibid.*

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

Dans ce travail, nous ne nous intéressons pas en premier lieu à ce nouveau tribunal de l'AECG, mais à travers cet exemple nous constatons que l'arbitrage international des investissements est critiqué même de la part des États. Les facteurs problématiques de l'arbitrage sont, nous l'avons vu, nombreux. Surtout le fait que les sentences arbitrales de ces tribunaux d'arbitrages ne soient pas cohérentes et qu'ils ne soient pas du tout liés par la jurisprudence des autres tribunaux arbitraux, soulève un problème majeur pour la mise en œuvre des obligations de développement (même si un certain 'dialogue jurisprudentiel' se fait dans les sentences arbitrales). Si certains tribunaux, comme nous l'avons analysé ci-dessus (3.3.), ont rendu des sentences que l'on pourrait qualifier de révolutionnaires, elles ne nous disent rien sur l'interprétation que des tribunaux arbitraux futurs feront de faits similaires.

En lien avec cela, nous devons soulever une autre problématique : dans notre analyse de la pratique et des possibilités des tribunaux arbitraux (3.3.), nous avons vu que certains tribunaux ont admis des demandes reconventionnelles des États. De plus, dans la section des obligations sociales et de bonne gouvernance (existantes - 2.1.2.), nous avons mentionné que certains auteurs affirment que les activités de corruption de la part des investisseurs étrangers pourraient donner lieu à des demandes reconventionnelles devant un tribunal arbitral. LEVASHOVA expose également dans son texte la possibilité que les obligations (de RSE ou autres) des investisseurs étrangers pourraient éventuellement, sous des conditions particulières, donner lieu à des demandes reconventionnelles de la part des États.³⁸⁷ Nous voyons donc qu'il s'agit là d'une question importante. Effectivement, les demandes reconventionnelles permettraient à des États défendeurs dans un arbitrage international de soulever un point qui leur semble important. Ainsi, si l'investisseur avait par exemple violé les droits humains, détruit l'environnement, agit contrairement à la législation nationale ou encore corrompu des agents publics, cela pourrait être la raison pour laquelle l'État ait pris des mesures que l'investisseur à son tour considère injustes et qui aient donné lieu à sa plainte en question. Néanmoins, la demande reconventionnelle n'est pas admise par tous les tribunaux et il y a des discussions profondes sur l'admissibilité de telles demandes.³⁸⁸ Pour qu'un tribunal CIRDI par exemple admette une demande reconventionnelle, il faut que la juridiction sur les demandes reconventionnelles soit établie par un autre instrument (le plus simple étant un AII).³⁸⁹ Pourtant, ce côté procédural est très important. Si nous voulons des obligations de développement durable et donc des règles substantielles qui obligent les investisseurs à commettre ou à s'abstenir de certaines actions, ces obligations doivent également être accompagnées de règles procédurales qui en permettent une mise en œuvre. Très peu d'AII contiennent aujourd'hui des références explicites aux demandes reconventionnelles³⁹⁰ et par

387. LEVASHOVA, Yulia, *op. cit.*, pp. 49-51.

388. KALICKI, Jean E., *Counterclaims by States in Investment Arbitration*, 14 janvier 2013, (visité le 29 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.iisd.org/itn/fr/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>.

389. *Ibid.*

390. MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie, *op. cit.*, p. 444.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

conséquence l'acceptation de juridiction sur de telles demandes par des tribunaux arbitraux reste extrêmement rare. L'accord COMESA, qui admet à son art. 28.9 reproduit ci-dessus des demandes reconventionnelles, était le premier AII à le faire.³⁹¹ L'art. 43.1 CPAI inclut également cette possibilité. Même si une mention explicite est incluse dans l'AII, les tribunaux CIRDI ont, dans le passé, exigé que la demande reconventionnelle ait le même sujet que le différend et qu'elle 'naisse' directement de l'investissement - qu'il y ait donc par exemple une connexion légale entre la demande de l'investisseur et la demande reconventionnelle de l'État.³⁹² Il serait donc important, pour une meilleure protection des intérêts des États et de leur population, d'entamer une réforme des AII. Il devrait s'agir non seulement d'inclure plus d'obligations pour les investisseurs étrangers mais aussi d'avancer une réforme du système procédural pour systématiquement permettre aux États de formuler des demandes reconventionnelles.

Une autre problématique procédurale est celle que le demandeur est (pratiquement) toujours l'investisseur, faisant de l'État le défendeur. Ainsi, l'arbitrage international, originalement conçu comme bouclier pour les investisseurs, s'est transformé de plus en plus en épée pour emprunter cette métaphore à TORAL et SCHULTZ.³⁹³ LEVASHOVA évoque également que la majorité des AII ne permet pas à l'État d'initier une procédure devant un tribunal arbitral contre un investisseur étranger.³⁹⁴ Néanmoins, comme nous venons de le discuter, le côté procédural est important pour la mise en œuvre des obligations des investisseurs étrangers. Une autre proposition de réforme du système international d'arbitrage pourrait être alors d'inclure la possibilité des États d'initier des procédures d'arbitrage.³⁹⁵ Une telle inclusion prendrait compte du fait que les États ne sont pas seuls à avoir des obligations en DII.³⁹⁶ L'admission d'une telle possibilité serait alors une conséquence du fait que les investisseurs étrangers ont également des obligations - pour le non-respect desquelles ils pourraient potentiellement être punis devant un tribunal arbitral.

Nous avons mentionné et analysé dans ce qui précède quelques obligations de développement durable pour des investisseurs étrangers qui existent déjà ou qui seraient envisageables. Que ce soit pour des obligations des investisseurs étrangers en général, des obligations environnementales, des obligations de droits de l'homme ou encore d'autres obligations de développement durable, la littérature est abondante. Une très grande partie de la bibliographie de ce travail s'intéresse ou s'interroge sur ces questions. Cette préoccupation sur les obligations est très importante, car :

« [...] the international legal system reflects an asymmetry between rights and obligations of TNCs. While TNCs are granted rights through hard law instruments,

391. MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie, *op. cit.*, p. 445.

392. LEVASHOVA, Yulia, *op. cit.*, p. 49.

393. TORAL, Mehmet et SCHULTZ, Thomas, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », in WAIBEL, Michael et al. (éds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International BV, Pays-Bas, 2010, p. 578.

394. LEVASHOVA, Yulia, *op. cit.*, p. 48.

395. NOWROT, Karsten, *op. cit.*, p. 1175.

396. TORAL, Mehmet et SCHULTZ, Thomas, *op. cit.*, p. 588.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

such as bilateral investment treaties and investment rules in free trade agreements, and have access to a system of investor-state dispute settlement, there are no hard law instruments that address the obligations of corporations to respect human rights. »³⁹⁷

Comme nous l'avons dit dès le début de ce travail, une asymétrie entre les droits et les obligations des multinationales existe en droit international. Une question que l'on pourrait se poser est s'il appartient effectivement aux AII de trouver des solutions à tous les problèmes causés par les multinationales ou l'investissement étranger, ou s'il ne faudrait pas réfléchir à un instrument international contraignant qui réglerait toutes les questions liées aux multinationales et à leurs activités - dont les investissements. Ceci a également été sujet à discussions au Conseil des droits de l'homme de l'ONU et celui-ci a adopté une résolution prenant la décision « [...] d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises »³⁹⁸. Ceci a été très controversé au sein du Conseil, si nous regardons qui a voté pour ou contre la résolution qui a été adoptée par 20 voix contre 14, avec 13 abstentions. Le groupe de travail intergouvernemental qui a par la suite pris la charge d'élaborer un tel instrument a été réuni pour la première fois en 2015 et a depuis travaillé avec des sessions annuelles pour le faire.³⁹⁹ La version actuelle avec tous les amendements faits jusqu'à ce jour sera soumise au Conseil des droits de l'homme à sa 43^{ème} session en mars 2020.⁴⁰⁰ En plus de plusieurs obligations substantielles, cet instrument s'occupe aussi des questions procédurales. Ainsi, il instaurerait par exemple la juridiction des tribunaux de l'État résident sur des actions des personnes et des entreprises domiciliées sur son territoire à l'image de ce que nous avons discuté ci-dessus (3.1.2.). Ainsi, l'art. 7 de cet instrument proposé, affirme dans son premier paragraphe:

« Jurisdiction with respect to claims brought by victims, independently of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument), shall vest in the courts of the State where:

397. ESPINOSA, María Fernanda, *First session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights (Concept note proposed under the responsibility of the designated Chair, Amb. María Fernanda Espinosa, Permanent Representative of Ecuador to the United Nations in Geneva)*, 6 juillet 2015, (visité le 12 février 2020), disponible en ligne sur : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Concept_note.docx, p. 2. 'TNCs' est l'abréviation pour Transnational Corporations, le terme utilisé dans le système onusien pour les multinationales.

398. Conseil des droits de l'homme, *Elaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/RES/26/9, 26 juin 2014, para. 1.

399. Conseil des droits de l'homme, *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, 10 janvier 2020, (visité le 29 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>.

400. Conseil des droits de l'homme, *Rapport sur la cinquième session du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/43/55, 18 octobre 2019.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

- a. *such acts or omissions occurred; or*
- b. *the victims are domiciled; or*
- c. *the natural or legal persons alleged to have committed such acts or omissions in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled.* »⁴⁰¹

Ceci va dans le sens de la suggestion de BUCHER que nous avons mentionnée ci-dessus, à savoir que les États doivent, dans le cadre national, régional ou international régler la question de la juridiction. D'autres instruments globaux sur les obligations (de développement durable mais aussi dans d'autres cadres) des multinationales ainsi que des règles générales de conduite de leurs affaires seraient envisageables (par exemple négociés dans le cadre de l'ONU) et souhaitables. Ceci contribuera non seulement à un niveau de sécurité juridique plus élevé, mais aussi à une meilleure protection des principes découlant du développement durable. Dans un monde globalisé, où les bénéfices d'un investissement peuvent être perçus simultanément par des actionnaires aux quatre coins du monde, il serait mieux que les mêmes règles s'appliquent à tout le monde. En plus, avec l'instauration dans un cadre multilatéral d'obligations de développement durable, l'environnement, les droits humains et d'autres objectifs pourraient être atteints et ne dépendraient pas de la 'force' d'un État. Ceci est important à cause de l'effet dissuasif de légiférer ('*regulatory chill*') qu'une menace d'une multinationale peut avoir sur un État⁴⁰². Si une multinationale menace un État d'un procès qui pourrait lui coûter plusieurs milliards de dollars, l'État est en effet parfois contraint de retirer une mesure réglementaire, même si celle-là est dans l'intérêt public. Par conséquent, un minimum de protection de certains objectifs à l'échelle globale pourrait aider ces États, qui ne pourraient pas retirer certaines mesures de leur propre chef, car elles découleraient d'un traité international et donc du droit international public. Ceci irait également dans le sens de HABERMAS, qui veut donner quelques compétences à un niveau supra-national afin de dépasser l'impuissance de certains États face aux grandes entreprises multinationales. Même si un tel traité, qui définirait quelques obligations pour les investisseurs étrangers (ou les entreprises en général), ne donnerait pas de compétences à un niveau supra-national, il serait un pas dans une direction qui pourrait fortifier la situation des États.

Nous venons donc d'exposer quelques idées qui pourraient entrer en ligne de compte pour une amélioration de la protection de tous les objectifs du développement durable. Que ce soit de généraliser la définition de l'investissement qui contient une 'clause de conformité' et la notion de

401. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *OEIGWG CHAIRMANSHIP REVISED DRAFT 16.7.2019 - LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES*, 16 juillet 2019, (visité le 1^{er} mars 2020), disponible en ligne sur : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf, pp. 9-10.

402. LEVASHOVA, Yulia, *op. cit.*, p. 43.

4. LE FUTUR DES OBLIGATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE

risque, que ce soit de rendre possible une accusation des multinationales devant les juridictions de leur État résident, que ce soit avec une réforme du système arbitral international afin de permettre par exemple des demandes reconventionnelles ou que l'État puisse être demandeur ou encore que ce soit l'établissement d'un traité ou d'une convention internationale traitant des obligations des multinationales, toutes ces méthodes pourraient améliorer la protection de tous les ODD. Et elles toutes ne doivent pas fortement être résolues à l'intérieur du DII parce que les multinationales ont d'autres activités que celles d'investir. Pour cette raison, un traité international ou plusieurs, conclus entre tous les États du monde qui adresseraient ces sujets en tenant compte du développement durable, pourraient résoudre de nombreux problèmes du DII et aller au-delà. Même si l'approche multilatérale a rencontré des problèmes dans le passé et que l'idée de conclure un traité international qui obligerait les entreprises à respecter les droits de l'homme semble rencontrer une opposition déjà au sein du Conseil des droits de l'homme, la nécessité et les difficultés actuelles au monde pourraient éventuellement contribuer à réunir les États du monde afin de se mettre d'accord qu'il y a des intérêts de toute l'humanité qui dépassent leur cadre étatique.

Conclusion

La question de savoir si des obligations de développement durable existent pour les investisseurs étrangers a été abordée dans ce travail (surtout au chapitre 2.). Nous avons constaté, que de telles obligations existent pour les investisseurs étrangers. Néanmoins, ces obligations sont, dans les textes que nous avons analysés, très limitées et il s'agit majoritairement d'obligations de tolérer des mesures de réglementation. Des obligations indirectes de comportement existent également dans certains de ces instruments, mais de manière assez limitée et restreinte. Dans les autres accords que nous avons analysés (notamment au chapitre 2.2.), nous avons constaté que la formulation d'obligations directes de comportement dans le cadre du développement durable est possible et semble trouver un soutien dans certaines institutions et organisations internationales.

Beaucoup de ces règles et propositions de règles novatrices et modernes émanent d'institutions africaines et ceci fait des institutions du continent africain de plus en plus de créateurs de règles. Comme le concluent MBENGUE et SCHACHERER, l'Afrique, pendant longtemps considérée '*rule taker*' devient ainsi '*rule maker*'.⁴⁰³ Une plus grande attention dans la littérature et surtout de la part des négociateurs d'AII pourrait et devrait être portée à cette tradition naissante. L'importance du développement durable est reconnue (pour le moins formellement) par tous les États du monde, mais seule une minorité en font une priorité dans leurs négociations d'AII.

Nous rappelons à ce stade l'existence de la déclaration des juges du *Global Judges Symposium* de Johannesburg (reproduite sous le point I du deuxième chapitre), où ils affirment vouloir interpréter tout nouveau instrument légal en lien avec les principes du développement durable. Le développement durable devrait entrer en considération dans la négociation de nouveaux instruments, dans l'application de ceux-ci ainsi que dans tous les jugements et sentences. Les méthodes de mise en œuvre que nous avons étudiées *ci-supra*, montrent qu'une prise en compte du développement durable et des obligations des investisseurs est possible. Néanmoins, l'inclusion du développement durable dans toutes les activités légales pourrait aller plus loin, et nous rappelons pour cela le devoir de collaboration mondiale défini au Principe 27 de la déclaration de Rio :

«Les États et les peuples doivent coopérer de bonne foi et dans un esprit de solidarité à l'application des principes consacrés dans la présente Déclaration et au développement international dans le domaine du développement durable.»⁴⁰⁴

La bonne foi et l'esprit de solidarité sont à mettre en avant, mais le principe des responsabilités communes mais différenciées ne doit pas être oublié. Chaque État doit faire autant qu'il peut, dans l'intérêt primaire du développement durable et dans le cadre des investissements. Il

403. MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie, *op. cit.*, p. 446.

404. *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, para. 27.

CONCLUSION

convient de mentionner que certaines responsabilités peuvent et doivent également incomber aux investisseurs, d'où le besoin d'avoir des obligations directes de comportement.

A la suite de nos analyses et des idées que nous avons analysées, il reste pourtant encore des questions ouvertes, qui nécessiteraient une étude plus approfondie. Ainsi des obligations de développement durable découlant d'autres AII, notamment de TBIs pourraient donner lieu à une intéressante étude approfondie. De plus, la formulation de normes substantielles concernant les obligations de développement durable des investisseurs étrangers ainsi que de normes procédurales pour améliorer le système arbitral pourraient être avant-gardistes et nécessaires afin de faire avancer le débat autour de ces questions. En troisième lieu, l'idée d'un tribunal international des investissements pourrait être explorée également. Et finalement, il conviendrait de s'intéresser aux ONGs, qui sont souvent en jeu lors des questions de développement durable et des infractions commises par des multinationales qui concernent souvent des minorités, représentées par des ONGs. En général, la question sur la personnalité légale internationale des multinationales devrait être abordée et réglée. En effet, les sujets de droit international ne sont pas un bloc stable et ont évolué dans le passé pour accueillir par exemple les individus. Pourquoi ne pas accueillir également les entreprises multinationales et leur imposer des obligations ?

Comme nous l'avons constaté au début de ce travail, un courant historique a mené à la création du terme de développement durable et par la suite à une préoccupation grandissante pour celui-ci. Ce développement historique suit une nécessité humaine, écologique, économique etc. qui ne s'est pas arrêtée aujourd'hui et qui va continuer à nécessiter la création de règles contraignantes. La création de telles règles est, en plus d'être nécessaire, philosophiquement justifiable, nous l'avons vu. Aujourd'hui au sein des institutions internationales, notamment onusiennes, réside un très grand pouvoir (surtout législatif) qui devrait être opposé au pouvoir (surtout économique) des grandes entreprises internationales dans l'intérêt de l'humanité toute entière. Comme nous l'avons dit dans l'introduction: « *Un grand pouvoir implique de grandes responsabilités !* ». La création d'un instrument international, légalement contraignant, contenant des règles pour les multinationales et toutes les formes d'affaires, pourrait et devrait être au numéro un de l'ordre du jour de l'ONU. Et si de telles règles étaient formulées, nous espérons que les multinationales diront comme le prône NIETZSCHE dans notre prologue : « [...] *C'est donc notre fierté qui nous ordonne de faire notre devoir* [...] »⁴⁰⁵

405. NIETZSCHE, Friedrich, *op. cit.*, p. 121.

Bibliographie

Articles dans journal

- ALVAREZ, José E., « Are Corporations “Subjects” of International Law? », *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 9, no. 1, 2011.
- GORDON, Kathryn et POHL, Joachim, « Environmental Concerns in International Investment Agreements - A Survey », *OECD Working Papers on International Investment*, vol. 1, no. 1, 2011.
- HICKEL, Jason, « The sustainable development index: Measuring the ecological efficiency of human development in the anthropocene », *Ecological Economics*, vol. 167, no. 1, 2020.
- KARAVIAS, Markos, « Shared Responsibility and Multinational Enterprises », *Netherlands International Law Review*, vol. 62, no. 1, 2015.
- LEVASHOVA, Yulia, « The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law », *Utrecht Law Review*, vol. 14, no. 2, 2018.
- MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie, « The ‘Africanization’ on International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, no. 3, 2017.
- MBIYAVANGA, Stefan, « Combatting Corruption Through International Investment Treaty Law », *Journal of Anti-Corruption Law*, vol. 1, no. 2, 2017.
- OBERSTEINER, Thomas, « ‘In Accordance with Domestic Law’ Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful Conduct of Investors », *Journal of International Arbitration*, vol. 31, no. 2, 2014.
- SIMONS, Penelope, « International Law’s Invisible Hand and the Future of Corporate Accountability for Violations of Human Rights », *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, no. 1, 2012.

Articles dans ouvrage collectif

- BERKES, Antal, « Extraterritorial responsibility of the home States for MNCs’ violations of human rights », in RADI, Yannick (éd.), *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2018.
- MBENGUE, Makane Moïse, « Les obligations des investisseurs étrangers », in DUBIN, Laurence et al. (éds.), *L’entreprise multinationale et le droit international (Colloque de Paris 8 Vincennes – Saint-Denis)*, Editions A. Pedone, Paris, 2017.

BIBLIOGRAPHIE

- NOWROT, Karsten, « Obligations of Investors », in BUNGENBERG, Marc et al. (éds.), *International Investment Law - A Handbook*, C.H Beck, Hart, Nomos, Baden Baden, 2015.
- NOWROT, Karsten, « Reconceptualising International Legal Personality of Influential Non-State Actors: towards a Rebuttable Presumption of Normative Responsibilities », in JOHNS, Fleur (éd.), *International Legal Personality*, Ashgate, Surrey, 2010.
- SCHACHERER, Stefanie, « The CETA Investment Chapter and Sustainable Development: Interpretative Issues », in MBENGUE, Makane Moïse et SCHACHERER, Stefanie (éds.), *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Springer Nature Switzerland, Cham, 2019.
- TORAL, Mehmet et SCHULTZ, Thomas, « The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations », in WAIBEL, Michael et al. (éds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International BV, Pays-Bas, 2010.
- WERRO, Franz, « Art. 55 - Responsabilité de l'employeur », in WERRO, Franz et THÉVENOZ, Luc (éds.), *Code des obligations I - Commentaire Romand*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.

Articles disponibles en ligne et autres sites Internet

- ENTINE, Jon, *UN Global Compact: Ten years of greenwashing?*, 1^{er} novembre 2010, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <http://www.ethicalcorp.com/stakeholder-engagement/un-global-compact-ten-years-greenwashing>.
- ESPINOSA, María Fernanda, *First session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights (Concept note proposed under the responsibility of the designated Chair, Amb. María Fernanda Espinosa, Permanent Representative of Ecuador to the United Nations in Geneva)*, 6 juillet 2015, (visité le 12 février 2020), disponible en ligne sur : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Concept_note.docx.
- JACOB, Marc, *Investments, Bilateral Treaties*, juin 2014, (visité le 9 octobre 2019), disponible en ligne sur : <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1061>.
- KALICKI, Jean E., *Counterclaims by States in Investment Arbitration*, 14 janvier 2013, (visité le 29 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.iisd.org/itn/fr/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>.
- KUNZ, Yvonne, *Vom Versuch, einen Konzern juristisch zur Verantwortung zu ziehen*, 15 janvier 2020, (visité le 15 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.republik.ch/2020/01/15/vom-versuch-einen-konzern-juristisch-zur-verantwortung-zu-ziehen>.

BIBLIOGRAPHIE

- MANN, Howard, *The Final Decision in Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, août 2005, (visité le 10 février 2020), disponible en ligne sur : https://iisd.org/sites/default/files/publications/commentary_methanex.pdf.
- MULLIGAN, Stephen P., *The Alien Tort Statute (ATS) : A Primer*, 1^{er} juin 2018, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44947/4>.
- MYERS, Joe, *The world's free trade areas - and all you need to know about them*, 6 mai 2016, (visité le 19 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.weforum.org/agenda/2016/05/world-free-trade-areas-everything-you-need-to-know/>.
- PARLETT, Kate et EWAD, Sara, *Protection of the Environment in Investment Arbitration - A Double-Edged Sword*, 22 août 2017, (visité le 4 février 2020), disponible en ligne sur : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/22/protection-environment-investment-arbitration-double-edged-sword/>.
- Central Intelligence Agency, *The World Factbook - Field Listing : Independence*, (visité le 8 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/305.html>.
- Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Convention CIRDI*, (visité le 8 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention.aspx>.
- Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*, 2013, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.
- Commission européenne, *Textes de négociation de l'UE dans le cadre du TTIP*, 10 février 2015, (visité le 20 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248&serie=866&langId=fr>.
- Commission européenne, *TTIP - Chapter II Investment - EU Textual Proposal*, 12 novembre 2015, (visité le 14 janvier 2020), disponible en ligne sur : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.
- Commission européenne, *TTIP - Trade and Sustainable Development - EU Textual Proposal*, 6 novembre 2015, (visité le 14 janvier 2020), disponible en ligne sur : https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153923.pdf.
- Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Annex table 19. The world's top 100 non-financial MNEs, ranked by foreign assets, 2018*, 12 juin 2019, (visité le 6 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>.
- Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *International Investment Agreement Navigator*, 2020, (visité le 6 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.
- Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Investissement étranger direct : flux et stock entrants et sortants, annuel*, 16 août 2019, (visité le 6 décembre

BIBLIOGRAPHIE

- 2019), disponible en ligne sur : <https://unctadstat.unctad.org/wds/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=96740>.
- Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le développement (UNCTAD), *Mapping of IIA Content*, 21 octobre 2018, (visité le 25 février 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>.
- Conseil des droits de l'homme, *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, 10 janvier 2020, (visité le 29 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.aspx>.
- Conseil fédéral suisse, *Stratégie pour le développement durable 2016-2019*, 27 janvier 2016, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=2ahUKEwjTmqmr_vPnAhU0zMQBHbA0DXcQFjAEegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.are.admin.ch%2Fdam%2Fare%2Ffr%2Fdokumente%2Fnachhaltige_entwicklung%2Fpublikationen%2Fstrategie_nachhaltigeentwicklung2016-2019.pdf.download.pdf%2Fstrategie_pour_ledeveloppementdurable2016-2019.pdf&usg=AOvVaw2myIN_UdYiaTqQwvqzRxqU.
- Economie Suisse, *Investissements étrangers: un facteur de réussite plutôt qu'un danger pour notre économie*, 25 janvier 2019, (visité le 2 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.economiesuisse.ch/fr/dossier-politique/investissements-etrangeurs-un-facteur-de-reussite-plutot-quun-danger>.
- Global Judges Symposium on Sustainable Development and the Role of Law, *The Johannesburg Principles on the Role of Law and Sustainable Development adopted at the Global Judges Symposium held in Johannesburg, South Africa on 18-20 August 2002*, 20 août 2002, (visité le 21 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.eufje.org/images/DocDivers/Johannesburg%20Principles.pdf>.
- Global Reporting Initiative, *About GRI*, 2018, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.globalreporting.org/information/about-gri/Pages/default.aspx>.
- Government of Canada, *Agreement between Canada and ——— for the promotion and protection of investment*, 2004, (visité le 20 novembre 2019), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download>.
- Government of the Republic of Ghana, *Agreement between the Government of the Republic of Ghana and the Government of ——— for the promotion and protection of investments*, 2008, (visité le 15 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2866/download>.
- Initiative multinationales responsables, *Explication sur le texte de l'initiative*, mai 2018, (visité le 21 février 2020), disponible en ligne sur : https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/3.2_KVI_Factsheet_5_F_low.pdf.
- Initiative multinationales responsables, *L'initiative en détail*, 2018, (visité le 15 décembre 2019), disponible en ligne sur : <https://initiative-multinationales.ch/linitiative-en-detail/>.

BIBLIOGRAPHIE

- Office fédéral de la statistique, *Produit intérieur brut*, 27 août 2019, (visité le 10 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/economie-national/e/comptes-nationaux/produit-interieur-brut.html>.
- Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *OEIGWG CHAIRMANSHIP REVISED DRAFT 16.7.2019 - LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES*, 16 juillet 2019, (visité le 1^{er} mars 2020), disponible en ligne sur : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.
- Organisation des Nations Unies, *Progression du nombre des États Membres de 1945 à nos jours*, (visité le 8 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://www.un.org/fr/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html>.
- Organisation Mondiale du Commerce, *Regional Trade Agreements Database*, (visité le 29 décembre 2019), disponible en ligne sur : <http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByCr.aspx>.
- Southern African Development Community (SADC), *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, juillet 2012, (visité le 16 janvier 2020), disponible en ligne sur : <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2875/download>.
- The World Bank, *GDP (current US \$) of All Countries and Economies*, 2018, (visité le 6 janvier 2020), disponible en ligne sur : https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?most_recent_value_desc=false.
- United Nations Global Compact, *The Ten Principles of the UN Global Compact*, 2005, (visité le 27 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.
- United States Congress, *Alien's action for tort, U.S. Code, 28 (Judiciary and judicial procedure), §1350*, 25 juin 1948, disponible en ligne sur : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>.
- UNITED STATES BLOG, Supreme Court of the, *Nestlé U.S.A., Inc. v. Doe*, 1^{er} novembre 2016, (visité le 20 février 2020), disponible en ligne sur : <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/nestle-u-s-a-inc-v-doe/>.

Jugements et sentences arbitrales

Centre international pour le règlement de différends relatifs aux investissements (CIRDI)

Adel A Hamadi Al Tamimi and Sultanate of Oman, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/11/33, 3 novembre 2015.

BIBLIOGRAPHIE

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, Decision on counterclaims, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID Case No. ARB/08/5, 7 février 2017.

Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A v. Kingdom of Morocco, Decision on jurisdiction, International Centre for Settlement of Investment Disputes, ARB/00/4, 23 juillet 2001.

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, Award, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/07/26, 8 décembre 2016.

Cour internationale de justice (CIJ)

Affaire du détroit de corfu (fond), Arrêt du 9 avril 1949, Cour Internationale de Justice, C.I.J Recueil 1949, p. 4, 9 avril 1949.

Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, Arrêt, Cour Internationale de Justice, Recueil 1970, 5 février 1970.

Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, Opinion individuelle de M. Padilla NERVO, Cour Internationale de Justice, Recueil 1970, 5 février 1970.

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, Cour Internationale de Justice, C.I.J Recueil 1949, p. 174 - 220, 11 avril 1949.

Sentences rendues par d'autres tribunaux arbitraux

David Aven et al. and The Republic of Costa Rica, Final Award, Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International, Case No. UNCT/15/3, 18 septembre 2018.

Methanex v. United States, Decision of the Tribunal on Petitions of Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, International Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, 15 janvier 2001.

Methanex v. United States, Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, International Arbitration under Chapter 11 of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules, 3 août 2005.

Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine ('Ijzeren Rijn') entre le Royaume de Belgique et le Royaume des Pays-Bas, Sentence, Tribunal arbitral, Volume XXVII pp. 35-125 (recueil des Nations Unies des sentences arbitrales), 24 mai 2005.

Sentence entre les États-Unis et le Royaume-Uni relative aux droits de juridiction des États-Unis dans les eaux de la mer de Behring et à la préservation des phoques à fourrure, Décision, Tribunal d'arbitrage constitué en vertu du traité conclu à Washington, le 29 février 1892, entre les États-Unis d'Amérique et sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, Volume XXVIII pp. 263-276 (recueil des Nations Unies des sentences arbitrales), 15 août 1893.

BIBLIOGRAPHIE

Trail smelter case (United States, Canada), Arrêt, Disponible dans le recueil des sentences arbitrales de l'ONU, Volume III, pp. 1905-1982, 16 avril 1938.

Ouvrages

- BALASSA, Bela, *The Theory of Economic Integration*, Richard D. Irwin, Homewood, 1961.
- BARRAL, Virginie, *Le développement durable en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2016.
- CARSON, Rachel, *Silent Spring*, Houghton Mifflin, Boston, 1962.
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- DAILLIER, Patrick, FORTEAU, Mathias et PELLET, Alain, *Droit international public*, L.G.D.J., Paris, 2009.
- DOLZER, Rudolf et SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law (Second Edition)*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HABERMAS, Jürgen, *Après l'État-nation - Une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris, 2000.
- HILGENDORF, Eric et JOERDEN, Jan C., *Handbuch Rechtsphilosophie*, J.B. Metzler, Stuttgart, 2017.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Penguin UK, London, 2017.
- KANT, Immanuel, *Zum ewigen Frieden*, Reclam, Ditzingen, 2012.
- MANN, Howard et al., *Modèle d'accord international pour le développement durable (IIDD) - Guide du négociateur*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2005.
- MUCHLINSKI, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Aurore - Réflexions sur les préjugés moraux*, Traduction par Henri ALBERT, Mercure de France, Paris, 1901.
- RADI, Yannick, *Research Handbook on Human Rights and Investment*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2018.
- SCHACHERER, Stefanie, *International Investment Law and Sustainable Development: Key cases from the 2010s*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2018.
- SIMMONS, A. John, *Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- Banque Nationale Suisse, *Investissements directs 2018*, Banque Nationale Suisse, Zurich/Berne, 2019.
- Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies, *Notre avenir à tous (Rapport Brundtland)*, Oxford University Press, Oxford, 1987.

BIBLIOGRAPHIE

- Institut international du développement durable, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development*, International Institute for Sustainable Development, Winnipeg, 2005.
- VIÑUALES, Jorge E., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- ZERK, Jennifer A., *Multinationals and Corporate Social Responsibility - Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Publications d'organisations internationales

- Service de recherche du Parlement européen, *De l'arbitrage au système juridictionnel des investissements (SJI) - L'évolution des règles de l'AECG*, PE 607.251, juin 2017.
- Organisation internationale du Travail, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 5e édition, mai 2017.
- Organisation de coopération et de développement économiques, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.
- Organisation des Nations Unies, *Objectifs du Millénaire pour le développement - Rapport 2015*, 2015.
- Inter-Parliamentary Union, United Nations Development Programme, *Parliaments and the Sustainable Development Goals*, ISBN 978-92-9142-666-9, 2016.
- Institut de Droit International, *Première question : La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux (Auteur : Andreas BUCHER)*, Annuaire de l'Institut de Droit International - Année 2015, Vol. 76, N° 76, (Session de Tallin, 8-15 septembre 2015), 15 septembre 2015.
- Organisation des Nations Unies, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011.
- Union Africaine, *Réunion d'experts sur l'examen du Code d'Investissement Panafricain (CIPA) du 30 novembre au 2 décembre 2015, Kampala*, EA16235-29/2/15, 2 décembre 2015.
- International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), 2001.

Résolutions

- Assemblée générale des Nations Unies, *Action 21*, A/CONF.151/26/Rev.1, 14 juin 1992.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Charte des droits et devoirs économiques des Etats*, 3281 (XXIX), 14 décembre 1974.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Charte mondiale de la nature*, A/RES/37/7, 28 octobre 1982.

BIBLIOGRAPHIE

- Assemblée générale des Nations Unies, *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, A/RES/44/228, 20 décembre 1989.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Constitution de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement en tant qu'organe de l'Assemblée générale*, 1995 (XIX), 30 décembre 1964.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international*, 3201 (S-VI), 1^{er} mai 1974.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts*, A/CONF.151/26 (Vol. III), 14 août 1992.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 août 1992.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration du Millénaire*, A/RES/55/2, 8 septembre 2000.
- Conseil des droits de l'homme, *Elaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/RES/26/9, 26 juin 2014.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Fusion du Fonds spécial et du Programme élargi d'assistance technique en un Programme des Nations Unies pour le développement*, 2029 (XX), 22 novembre 1965.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Problems of the human environment*, 2398 (XXIII), 3 décembre 1968.
- Parlement européen, *Rapport annuel sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde en 2013 et sur la politique de l'Union européenne en la matière*, 2016/C 316/18, 12 mars 2015.
- Conseil des droits de l'homme, *Rapport sur la cinquième session du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, A/HRC/43/55, 18 octobre 2019.
- Governing Council of the United Nations Environment Programme, *Report of the Global Judges Symposium on Sustainable Development and the Role of Law*, UNEP/GC.22/INF/24, 12 novembre 2002.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, 1803 (XVII), 14 décembre 1962.
- Assemblée générale des Nations Unies, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1*, 25 septembre 2015.

Traités internationaux et conventions internationales

- Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis d'Amérique et la République Dominicaine (ALEAC-RD/DR-CAFTA), Washington DC, 28 mai 2004.
- Accord de libre-échange nord-américain (ALENA/NAFTA), Mexico City/Ottawa/Washington DC, 17 décembre 1992.
- Accord de partenariat économique entre les États du Cariforum et la Communauté européenne, Bridgetown, 15 octobre 2008.
- Accord de partenariat transpacifique (APT/TPP), Auckland, 4 février 2016.
- Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP/CPTPP), Santiago, 8 mars 2018.
- Accord économique et commercial global (AECG/CETA), Bruxelles, 30 octobre 2016.
- Accord entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis mexicains et le Canada (ACEUM/USMCA), Buenos Aires, 30 novembre 2018.
- Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE/NAAEC), Mexico City/Ottawa/Washington DC, 17 décembre 1992.
- Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACT/NAALC), Mexico City/Ottawa/Washington DC, 17 décembre 1992.
- Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine, Kigali, 21 mars 2018.
- Agreement establishing a Tripartite Free Trade Area among the Common Market for Eastern and Southern Africa, the East African Community and the Southern African Development Community, Sharm El Sheikh, 10 juin 2015.
- ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Cha-am, 26 février 2009.
- ASEAN Free Trade Agreement (AFTA), Singapour, 28 janvier 1992.
- Charte des Nations Unies, San Francisco, 26 juin 1945.
- Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises in the Preferential trade Area for Eastern and Southern African States, Mbabane, 23 novembre 1990.
- Code Panafricain d'Investissements (CPAI/PAIC), Projet de l'Union Africaine (EA15660-15), Addis-Abeba, 31 décembre 2016.
- Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries, Gisenyi, 31 janvier 1982.
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, New York, 9 mai 1992.
- Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969.
- Convention Designed To Ensure The Conservation Of Various Species Of Wild Animals In Africa, Which Are Useful To Man Or Inoffensive, London, 19 mai 1900.
- Convention For The Protection Of Birds Useful To Agriculture, Paris, 19 mars 1902.
- Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992.
- Free trade agreement between Canada and Peru, Lima, 29 mai 2008.

BIBLIOGRAPHIE

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Honduras, Ottawa, 5 novembre 2013.

Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea, Seoul, 22 septembre 2014.

Free trade agreement between Canada and the Republic of Panama, Panama-City, 14 mai 2010.

Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Nairobi, 23 mai 2007.

Statut de la Cour internationale de Justice, San Francisco, 26 juin 1945.

Traité du marché commun de l'Afrique orientale et australe, Kampala, 5 novembre 1993.

Traité instituant la Communauté économique européenne, Rome, 25 mars 1957.

Déclaration d'honneur

Conformément à l'article 13 de la Directive de la Faculté de droit sur le plagiat, « [j]e déclare que je suis bien l'auteur de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets »⁴⁰⁶.

Genève, le 16 mars 2020

David WENK

406. Faculté de droit de l'Université de Genève, *Directive de la Faculté de droit sur le plagiat*, 14 mars 2012, (visité le 10 mars 2020), disponible en ligne sur : <https://www.unige.ch/droit/reglements/facdroit/plagiat/>, art. 13.