



# **L'équilibre des intérêts en droit international des investissements : principe général de droit applicable aux rapports entre investissement et environnement**

**Thèse**

**Gosshé Cosme Mekpo**

**Doctorat en droit**  
Docteur en droit (LL. D.)

Québec, Canada

# **L'équilibre des intérêts en droit international des investissements**

Principe général de droit applicable aux rapports entre investissement et environnement

**Thèse**

**Cosme Gosshé Mekpo**

Sous la direction de :

Charles-Emmanuel Côté

## RÉSUMÉ

Avec la résurgence des problèmes environnementaux, le droit international des investissements se retrouve aujourd'hui face à l'urgence de sa propre réadaptation. Et, comme réponse unique à un impératif catégorique, *l'équilibre des intérêts* émerge en tant qu'un principe général de droit (PGD), de nature souple et autonome, à qui ses diverses fonctions (logique, axiologique, unificatrice et correctrice) confèrent une utilité opérationnelle au sein de l'ordre juridique international, et dont la mise en œuvre en droit international des investissements est l'expression de la dimension évolutive. En tant que principe référentiel, il est consubstantiel au droit international des investissements et vise à faire prévaloir un idéal normatif (le droit de *l'équilibre*) sur un autre (le droit de la protection). Toutefois, l'aporie de *l'équilibre des intérêts* est d'être, à la fois, une affirmation du principe de la souveraineté réglementaire et une limitation de celui-ci. Dans un premier temps, sa mise en œuvre se traduit par la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier état-investisseur et, dans un second temps, cette exigence ne se concrétise qu'au bout d'un double test de la proportionnalité et du raisonnable. Alors que sa source de régénération par rapport au reste du système est la protection internationale des valeurs fondamentales et socio-environnementales, sa structure de base demeure le couple droit-obligation et s'apparente à une transversalité normative qui combine à la fois la *lex lata* et la *lex ferenda* d'une part, la *soft law* et la *hard law* d'autre part. Malgré sa fécondité croissante, il est possible de le décrire comme étant la source d'un droit poly-normatif et « *open-textured* » qui possède à la fois un noyau d'applicabilité, une teneur variable et une juridicité foisonnante. Le profil abrégé de cette construction normative pourrait alors se matérialiser en droit international des investissements par: la prise en compte de *l'intérêt général*, la responsabilité sociale des entreprises multinationales, la réciprocité par équivalence des droits et obligations des parties, la flexibilité réglementaire et la compatibilité d'avec les autres normes de protection internationales.

## ABSTRACT

With the resurgence of environmental problems, international investment law today finds itself faced with the urgency of its own rehabilitation. And, as a unique response to a categorical imperative, the *balance of interests* emerges as a general principle of law (GDP), of a flexible and autonomous nature, to which its various functions (logical, axiological, unifying and corrective) confer an operational usefulness within the international legal order, and whose implementation in international investment law is the expression of the evolutionary dimension. As a referential principle, it is consubstantial with international investment law and aims to make one normative ideal (the law of *balance*) prevail over another (the law of protection). However, the aporia of the *balance of interests* is to be both an affirmation of the principle of regulatory sovereignty and a limitation of it. Initially, its implementation results in the considering of the *general interest* in the state-investor balance and, secondly, this requirement only materializes after a double test of the proportionality and reasonableness. While its source of regeneration in relation to the rest of the system is the international protection of fundamental and socio-environmental values, its basic structure remains the right-obligation couple and is like a normative transversality that combines both the *lex lata* and *lex ferenda* on the one hand, *soft law*, and *hard law* on the other. Despite its growing fecundity, it can be described as the source of a poly-normative and "open-textured" law that has both a core of applicability, a variable content, and an abundant legality. The abbreviated profile of this normative construction could then materialize in international investment law by: taking into account the *general interest*, the social responsibility of multinational companies, reciprocity by equivalence of the parties rights and obligations, regulatory flexibility and compatibility with other international protection standards.

# Table des matières

RÉSUMÉ .....	ii
ABSTRACT .....	iii
Listes .....	xii
Dédicaces.....	xix
Remerciements .....	xx
INTRODUCTION .....	1
Première partie .....	34
L'AMBIVALENCE STRUCTURELLE DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS .....	34
TITRE I.....	37
L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS COMME UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE DROIT .....	37
Chapitre 1.....	38
FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS.....	38
1.1.- La dichotomie entre principes généraux de droit et principes généraux du droit international .....	39
1.1.1.- Bref rappel de la controverse doctrinale .....	41
1.1.2.- <i>Équilibre des intérêts</i> et principes généraux: liens topiques et éléments de distinction... 50	
a.- Éléments de distinction et rattachement de <i>l'équilibre des intérêts</i> aux principes généraux de droit .....	51
b.- Rapports entre <i>l'équilibre des intérêts</i> et principes généraux du droit international .....	54
i)- Quelques renvois implicites au principe d' <i>équilibre</i> .....	54
ii)- Des références explicites à <i>l'équilibre des intérêts</i> .....	57
1.2.- <i>L'équilibre des intérêts</i> comme un principe issu des droits nationaux .....	61
1.2.1.- L'apport de la doctrine dans la structuration de <i>l'équilibre des intérêts</i> .....	63
a.- <i>L'équilibre des intérêts</i> selon la conception objectiviste du contrat.....	64
i)- <i>L'équilibre des intérêts</i> , le juste prix, et la justice contractuelle .....	65

ii)- L'apport de l'école du droit naturel moderne : le concept de l'égalité chez Grotius .....	68
b.- <i>L'équilibre des intérêts</i> selon la conception subjectiviste du contrat .....	72
1.2.2.- Quelques exemples de prise en compte de <i>l'équilibre des intérêts</i> par les droits nationaux .....	76
a.- Le déséquilibre lésionnaire comme un reflet des inégalités contractuelles .....	77
b.- Déséquilibre contractuel, avantages excessifs, clauses déraisonnables ou abusives .....	81
Conclusion du Chapitre 1 .....	85
Chapitre 2 .....	88
LA TRANSPOSITION DE <i>L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS</i> EN DROIT INTERNATIONAL .....	88
2.1.- La similitude entre les situations en droits interne et international : l'asymétrie des parties .....	90
2.1.1.- L'inégalité de fait entre les parties contractantes .....	91
a.- Vattel et les inégalités juridiques .....	93
b.- Le postulat de l'égalité et <i>l'équilibre réel</i> .....	95
2.1.2.- La situation de l'individu ou des particuliers.....	98
2.1.3.- L'abandon de la réciprocité-égalité comme condition de réalisation de <i>l'équilibre des intérêts</i> .....	102
a.- Le Traitement différencié .....	103
b.- L'hypothèse d'une communauté des <i>intérêts</i> .....	107
2.2.- Généralité par l'analogie ou la vitalité normative de <i>l'équilibre des intérêts</i> en droit international : quelques exemples de mise en œuvre.....	110
2.2.1.- Les premiers transferts du principe <i>d'équilibre</i> dans l'ordre juridique international: de la nécessité de l'analogie à la généralisation de la mise en œuvre .....	111
2.2.2.- Le rôle complétif et correcteur de <i>l'équilibre des intérêts</i> à travers quelques exemples de mise en œuvre dans des domaines divers du droit international.....	115
Conclusion du Chapitre 2 .....	123

Conclusion du Titre I.....	124
TITRE II .....	126
L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS : UN PRINCIPE CONSUBSTANTIEL AU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS.....	126
Chapitre 3.....	128
L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET L'APAISEMENT DES RELATIONS D'INVESTISSEMENT.....	128
3.1.- La dialectique entre le respect de la souveraineté étatique et le respect de la propriété privée .....	129
3.1.1.- Bref aperçu de la confrontation historique entre le respect de la souveraineté étatique et le respect de la propriété privée .....	130
a.- La montée de l'État « nationalisateur » .....	132
b.- La découverte du sous-développement.....	134
3.1.2.- Les différents modes d'expression juridiques des confrontations idéologiques et doctrinales.....	136
a.- La doctrine du contrat d'État et sa systématisation de la thèse d'une protection spécifique à l'investissement international.....	137
b.- Les oppositions au régime de la délocalisation.....	144
3.2.- <i>L'équilibre des intérêts</i> et la conciliation des intérêts contradictoires dans le balancier État-investisseur étranger .....	147
3.2.1.- La préoccupation propre au droit international économique d'apaiser les relations d'investissements.....	148
3.2.2.- <i>L'Équilibre des intérêts</i> et la quête d'un encadrement juridique adapté à l'investissement étranger.....	154
a.- Bref rappel de l'historique de la Convention CIRDI.....	155
b.- Un bouleversement des conceptions habituelles du consentement en rupture avec <i>l'équilibre</i> consensuel initialement mis en place par la Convention CIRDI .....	160
Conclusion du Chapitre 3 .....	164

Chapitre 4.....	166
<i>L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET LA BILATÉRALISATION DES AII.....</i>	<i>166</i>
4.1.- La prépondérance conventionnelle du système des AII et l'asymétrie des droits et obligations conventionnels .....	167
4.1.1.- Le <i>synallagma</i> des AII et la réciprocité des droits et obligations conventionnels : effets cumulatifs sur l' <i>équilibre</i> interne des TBI.....	170
4.1.2.- L'extension de la clause d'arbitrage CIRDI aux règles de fond .....	175
4.2.- <i>L'équilibre</i> bilatéral sous le prisme de la promotion et la facilitation des investissements	178
4.2.1.- La promotion des investissements.....	179
a.- Les dispositions relatives à la promotion des investissements dans les AII et dans les législations nationales .....	181
b.- Les spécificités relatives à l'encadrement fiscal.....	183
4.2.2.- La facilitation de l'investissement.....	190
a.- Un cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement .....	190
b.- La coopération réglementaire comme principal enjeu de la facilitation de l'investissement	192
Conclusion du Chapitre 4 .....	195
Conclusion du Titre II.....	196
Conclusion de la première Partie .....	197
Deuxième Partie .....	199
<i>L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET SA STRUCTURATION DE L'INTERRELATION INVESTISSEMENT/ENVIRONNEMENT/DROITS FONDAMENTAUX ET SOCIAUX .....</i>	<i>199</i>
TITRE III.....	201
<i>L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET LA RÉFORME DES AII : L'ARCHÉTYPE D'UNE JURIDICITÉ TRANSVERSALE.....</i>	<i>201</i>
Chapitre 5 .....	203



L'INTÉGRATION DES CONSIDÉRATIONS SOCIALES ET ENVIRONNEMENTALES DANS LES AII COMME CONDITION D'ÉQUILIBRE.....	203
5.1.- Les ajustements proposés par les TBI modèles et les accords régionaux en vue de la prise en compte de l'intérêt général.....	204
5.1.1. – La modélisation conventionnelle : un enjeu de cohérence ou une logique autocentrée .....	205
a.- L'enjeu des modèles conventionnels .....	205
b.- Les TBI modèles.....	209
5.1.2.- La contribution de certains accords: le <i>PACER-plus</i> , le <i>PTPGP</i> et l' <i>AECG</i> comme 3 exemples d'adaptation à l'exigence de cohérence du système des AII .....	216
5.2.- Les clauses de sauvegarde de l'intérêt général insérées dans l'ensemble des AII .....	223
5.2.1.- Le régime général de protection de l'intérêt général dans les AII .....	229
a.- Les clauses circulaires et interprétatives.....	229
b.- Les clauses de primauté .....	242
5.2.2.- Le régime des exceptions spécifiques relatives à la protection de l'environnement .....	244
Conclusion du Chapitre 5 .....	252
Chapitre 6 .....	253
LA PRISE EN COMPTE DES NORMES, PRINCIPES DIRECTEURS ET STANDARDS INTERNATIONAUX DANS LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS .....	253
6.1.- Normativité relative, polynormativité et juridicité des principes, normes et standards internationaux relatifs à la structuration des relations entre investissement, environnement, droits fondamentaux et sociaux.....	255
6.1.1.- Les normes et standards internationaux .....	256
a- Éléments de définition .....	257
b.- De la juridicité des normes et standards internationaux.....	260
6.1.2.- <i>Les Principes directeurs à l'intention des multinationales</i> et la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE).....	263

a- Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales.....	264
i)- De la «Corporate Social Responsibility» à la Responsabilité sociale d'entreprise (RSE) .....	265
ii)- Les Principes directeurs: un modèle d'action formelle à l'initiative de l'OCDE .....	269
b- Les Principes directeurs de l'ONU pour les entreprises et les droits humains .....	274
6.2.- La responsabilité internationale de l'investisseur et la compatibilité des AII avec l'ensemble du système .....	277
6.2.1.- La responsabilité internationale de l'investisseur et le droit international : entre incompatibilité et mise en perspective .....	278
a- La quête d'un régime de responsabilité internationale pour la STN .....	279
b- Invocabilité et portée de la responsabilité internationale de la STN devant les juridictions nationales .....	283
6.2.2.- Les confrontations diverses des AII avec les normes de protection relatives à l'environnement.....	287
a- Manifestations pratiques du problème de l'incompatibilité entre les règles conventionnelles contradictoires .....	288
b- Quelques approches de solutions .....	292
Conclusion du Chapitre 6.....	298
Conclusion du Titre III .....	299
TITRE IV .....	301
LA MISE EN ŒUVRE DE <i>L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS</i> .....	301
DEVANT LES INSTANCES DE REGLEMENT DES DIFFÉRENDS .....	301
Chapitre 7 .....	302
L'ANCRAGE DE <i>L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS</i> DANS LE CONTENTIEUX D'INVESTISSEMENT RELATIF À L'ENVIRONNEMENT .....	302
7.1.- Analyse contextuelle d'un principe téléologiquement fondé sur le contentieux de l'expropriation indirecte.....	303

7.1.1.- Contexte historique et facteurs d'émergence du contentieux d'investissement relatif à l'environnement.....	304
a.- Bref rappel des faits et analyse empirique du contentieux d'investissement relatif à l'environnement.....	304
i)- L'affaire de la Fonderie de Trail.....	305
ii)- Le contentieux arbitral transnational.....	309
b.- Facteurs d'émergence.....	312
i)- L'interaction entre les particuliers et les institutions publiques.....	313
ii)- La transformation du paysage juridique .....	315
7.1.2.- L'apport de la théorie transnationaliste à la mise en œuvre de <i>l'équilibre des intérêts</i> .	316
a- Les implications du transnationalisme sur la souveraineté étatique.....	317
i)- Les considérations relatives à l'abandon du stato-centrisme.....	317
ii)- Des limitations à la souveraineté de l'État.....	320
b.- Une nouvelle conception du droit international consacrant l'existence des intérêts communs et leur prise en compte général .....	323
c.- Le principe <i>Salus publica suprema lex</i> .....	327
7.2.- Applicabilité générale de <i>l'équilibre des intérêts</i> aux rapports entre investissement et environnement.....	329
7.2.1.- <i>L'équilibre des intérêts</i> comme une affirmation du principe de la souveraineté réglementaire.....	329
a- Le caractère impératif de la prise en compte de <i>l'intérêt général</i> dans le balancier État-investisseur.....	330
b.- La hiérarchie des intérêts.....	332
7.2.2.- <i>L'équilibre des intérêts</i> comme une limitation au principe de la souveraineté réglementaire .....	334
a.- La thèse d'une réglementation exemptée de compensation .....	334

b.- Le raisonnable comme une marque de relativité de la souveraineté réglementaire en vue de <i>l'équilibre des intérêts</i> .....	340
Conclusion du Chapitre 7 .....	347
Chapitre 8 .....	348
L'ÉQUILIBRE DANS LA SANCTION DES OBLIGATIONS PAR LES JUGES ET ARBITRES INTERNATIONAUX : LE CONTENTIEUX DE LA DÉPOSSESSION .....	348
8.1.- L'équilibre <i>infra legem</i> devant les instances de règlement des différends .....	349
8.1.1.- L'équilibre <i>infra legem</i> devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).....	349
8.1.2.- L'équilibre <i>infra legem</i> devant les tribunaux arbitraux relatifs à l'investissement.....	354
a.- Les débuts d'une concrétisation de la mise en œuvre du principe d'équilibre par les tribunaux arbitraux .....	354
b.- L'équilibre <i>infra legem</i> et le test de la prise en compte pratique de l'intérêt général .....	360
8.2.- Les balbutiements des tribunaux arbitraux dans la mise en œuvre du principe d'équilibre: entre infirmation et confirmation .....	363
8.2.1.- Les difficultés relatives à la prise en compte de l'intérêt général dans le balancier État-investisseur.....	363
8.2.2.- L'invocation des <i>police powers</i> devant les tribunaux arbitraux.....	368
a.- La sentence <i>Bear Creek</i> : un bref rappel des faits .....	369
b.- L'affaire <i>Bear Creek</i> et la mise en œuvre de l'équilibre des intérêts.....	372
c.- Quelques applications positives de la <i>police power</i> .....	377
Conclusion du Chapitre 8 .....	382
Conclusion de la seconde Partie.....	384
CONCLUSION GÉNÉRALE .....	386
BIBLIOGRAPHIE.....	391

## Listes

<b>1. Périodiques</b>	
A. Can.D.I.	<i>Annuaire canadien de droit international = Canadian Yearbook of International Law</i>
ACDI	<i>Annuaire de la Commission de droit international</i>
AIDI	<i>Annuaire de l'Institut du Droit International</i>
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
ASDI	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
ALTA. L. REV.	<i>Alberta Law Review</i>
Amer. Econ. Rev.	<i>American Economic Review</i>
Am. J. of Int'l Law	<i>American Journal of International Law</i>
Am Bus. L. J.	<i>American Business Law Journal</i>
Am. Soc'y Int'l L. Proc.	<i>American society of international Law Proceedings</i>
Ann. Tiers Monde	<i>Annuaire du Tiers-Monde</i>
Arb. Int'l	<i>Arbitration International</i>
B.C. Int'l & Comp. L. Rev.	<i>Boston College International and Comparative Law Review</i>
BDE	<i>Bulletin de droit économique</i>
Brit. Y.B. Int'l L.	<i>British Yearbook of International Law</i>
Canadian Bus. Law J.	<i>Canadian Business Law Journal</i>
EJIL	<i>European Journal of International Law</i>
European Econ. Rev.	<i>European Economic Review</i>
EUOJ	<i>Official Journal of the European Union</i>
GA. L. REV.	<i>Georgia Law Review</i>
Geo. Mason L. Rev.	<i>George Mason Law Review</i>
Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.	<i>Georgetown International Environmental Law Review</i>
Geo. Wash. Int'l L. Rev.	<i>George Washington International Law Review</i>
Golden Gate Univ. L.R.	<i>Golden Gate University Law Review</i>
Hasting W.-Nw. J. Env't'l L. & Pol'y	<i>Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy</i>
IBDD	<i>Instruments de base et documents divers (du GATT)</i>
I.C.L.Q	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ICSID Rev. FIL.J	<i>ICSID Review- Foreign Investment Law Journal</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Review</i>

ICLR	<i>International &amp; Corporative Law Review</i>
IRAN-US. C.T.R.	<i>Iran-United States Claims Tribunal Reports</i>
ITN	<i>Investment Treaty News</i>
J. African Econ.	<i>Journal of African Economies</i>
J. Dev. Econ.	<i>Journal of Development Economics</i>
JDI	<i>Journal du droit international</i>
J. Environmental L	<i>Journal of Environmental Law</i>
J. Int'l Arb.	<i>Journal of International Arbitration</i>
J Intl Econ. L	<i>Journal of International Economic Law</i>
JO	<i>Journal officiel de l'Union européenne / Journal officiel des Communautés européennes</i>
JOFR	<i>Journal Officiel de la République française</i>
JWIT	<i>Journal of World Investment and Trade</i>
JWT	<i>Journal of World Trade</i>
Melb. Univ. L. Rev.	<i>Melbourne University Law Review</i>
Mich. St. J. Int'l L.	<i>Michigan State Journal of International Law</i>
Minn. J. Global Trade	<i>Minnesota Journal of Global Trade</i>
N.Y.U. Env'tl. L.J.	<i>New York University Environment Law Journal</i>
RBDI	<i>Revue belge de droit international</i>
RCDIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RCADI	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international</i>
R.J.Q.	<i>Recueil de jurisprudence du Québec</i>
RD McGill	<i>Revue de droit de McGill</i>
Rev. Arb.	<i>Revue de l'arbitrage</i>
RHDI	<i>Revue Hellénique de droit international</i>
RFAP	<i>Revue française d'administration publique</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RGD	<i>Revue générale de droit</i>
RQDI	<i>Revue québécoise de droit international</i>
RJE	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
R.T. Can.	<i>Recueil des Traités du Canada</i>
RTNU	<i>Recueil des Traités des Nations Unies</i>
TDM	<i>Transnational Dispute Management</i>
Transnat'l Law	<i>Transnational Lawyer</i>
U Pa J Int'l L	<i>University of Pennsylvania Journal of International Law</i>
VA. J. Int'l L.	<i>Virginia Journal of International Law</i>
Victoria U Wellington L Rev	<i>Victoria University of Wellington Law Review</i>
Yale Human Rights & Development Law J.	<i>Yale Human Rights and Development Law Journal</i>

<i>Yale Law J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>
<i>Yearb. Com. Arb.</i>	<i>Yearbook Commercial Arbitration</i>
<b>2. Juridictions</b>	
CIJ	Cour internationale de justice
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJUE / CJCE	Cour de justice de l'Union européenne
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CJCA	Cour de Justice Centre-Américaine
<b>3. Institutions et sigles divers</b>	
ACEUM	<i>Accord Canada-États-Unis-Mexique (v. aussi CUSMA)</i>
ACFI	<i>Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (v. aussi CIFA)</i>
ACP-CEE	États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et États membres de la Communauté économique européenne / Union européenne (v. aussi Convention de Lomé)
AECG	<i>Accord économique et commercial global (entre le Canada et l'Union européenne) (v. aussi CETA)</i>
AFE	Accord sur la facilitation des échanges
AII	Accord international d'investissement
ALENA	<i>Accord de libre-échange nord-américain (v. aussi NAFTA)</i>
ALI	American Law Institute
AMI	<i>Accord multilatéral sur l'investissement</i>
AMGI	Agence multilatérale de garantie des investissements
ANASE (ASEAN)	Association des nations du sud-est asiatique
AIR	Association pour l'investissement responsable
BAD	Banque africaine de développement
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale)
BEE	Black Economic Empowerment (Promotion économique des Noirs)

CAFTA	US-Central America Free Trade Agreement (Accord de libre-échange centre-américain)
CARICOM	Caribbean Community (en français, Communauté des Caraïbes ou Marché Commun des Caraïbes)
CCI	Chambre de commerce internationale
CCS	Chambre de commerce de Stockholm
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CEA	Commission économique pour l'Afrique
CEE	Communauté économique européenne
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (ancienne Union douanière et économique de l'Afrique Centrale – UDEAC)
CIEL	Centre for International Environmental Law
CIFA	Cooperation and investment facilitation agreements (v. aussi ACFI)
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CIME	Comité de l'investissement et des entreprises multilatérales (de l'OCDE)
CDI	Commission de droit international
CEA	Commission économique pour l'Afrique (v. aussi ECA)
CETA	<i>Comprehensive Economic and Trade Agreement</i> (v. aussi AECG)
CEDAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (v. aussi ECOWAS)
CITES	<i>Convention sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction</i>
CNUCED	Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (v. aussi UNCTAD)
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international
<i>Codex alimentarius</i>	<i>Normes alimentaires internationales</i>
COMESA	<i>Common Market for Eastern and Southern Africa</i>
CPTPP	<i>Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership CPTPP</i> (v. aussi PTPGP)
Convention d'Aarhus	<i>Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement</i>



Convention de Washington	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autre États
Convention de Lomé	Convention ACP-CEE de Lomé (v. aussi ACP-CEE)
CSR	Corporate Social Responsibility (v. aussi RSE)
CUSMA	Canada-United States-Mexico Agreement (v. aussi ACEUM)
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'agriculture et l'alimentation
FTA	Free Trade Agreement (v. aussi TLE)
ECOWAS	Economic Community of West African States (v. aussi CEDAO)
ECOWAS Energy Protocol	Protocole pour la Charte de l'Énergie de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
ECA	Economic Commission for Africa (v. aussi CEA)
FDI	Foreign Direct Investment (v. aussi IDE)
FIAN	Foodfirst Information & Action Network
FMI	Fonds monétaire international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
HDSA	Historically Disadvantaged South Africans (Citoyens sud-africains historiquement désavantagés)
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IIDD	Institut international du développement durable (v. aussi IISD)
IISD	International Institute for Sustainable Development (v. aussi IIDD)
IDE	Investissement direct étranger (v. aussi FDI)
IRIS	Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel
IUSCT	Iran–United States Claims Tribunal
MIC	Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (v. aussi TRIM)
MERCOSUR	Marché commun du Sud (Communauté économique des pays d'Amérique du sud)
NAFTA	North American Free Trade Agreement NAFTA (v. aussi ALENA)
NPF	Nation la plus favorisée (clause)

NOEI	Nouvel ordre économique international
NY	New York
ODD	Objectifs de développement durable
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques (v. aussi OECD)
OEA	Organisation des États Américains
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (v. aussi OCDE)
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation mondiale de la Santé
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de règlement des différends (de l'OMC)
PACER Plus	<i>Pacific Agreement on Closer Economic Relations Plus</i>
PMA	Pays les moins avancés
PRCMD	<i>Principe des responsabilités communes mais différenciées</i>
PTP	<i>Partenariat Trans-pacifique (v. aussi TPP)</i>
PTPGP	<i>Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (v. aussi CPTPP)</i>
PUF	Presse universitaire de France
PVD	Pays en voie de développement
RSE	Responsabilité sociale d'entreprise (v. aussi CSR)
SDN	Société des Nations
SFDI	Société française pour le droit international
SIFL	Society of International Economic Law
STN	Société transnationale
TBI	Traité bilatéral d'investissement
TLE	Traité de libre-échange (v. aussi FTA)
TRIM	<i>Trade related investments measures (v. aussi MIC)</i>
TRIP	<i>Trade related intellectual property (v. aussi ADPIC)</i>
UA	Union africaine
UE	Union européenne (v. aussi CEE)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (v. aussi CNUCED)

UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
TPP	<i>Trans-Pacific Partnership (v. aussi PTP)</i>
WEF	Forum économique mondial
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques

## Dédicaces

### A

- *Celui qui m'a affermi en Christ et qui a mis dans mon cœur les arrhes de l'Esprit.*
- *Mon épouse Blandine et mes enfants Anaïs, Noé, Sara, Chris et Côtell.*

## Remerciements

Mes remerciements et ma reconnaissance à mon directeur de thèse, le professeur Charles-Emmanuel Côté, qui a accompagné mes réflexions depuis le 2 mai 2007, date de notre première rencontre. Outre les stimulations intellectuelles que m'offre chacune de nos rencontres, sa vision des choses m'a aidé à jongler la rigueur de la recherche et le joyeux chaos de la vie de famille.

Mes remerciements vont ensuite au professeur Maurice Arbour dont les commentaires et critiques ont permis de relever la qualité de cette thèse.

Ma profonde gratitude envers la professeure Marie-Ève Arbour, vice-doyenne à la recherche et aux affaires externes et directrice du programme de doctorat, et à travers elle, ses prédécesseurs : Geneviève Guèvremont, George Azzaria, Dominique Roux, et Pierre Rainville.

Mes remerciements enfin à toute l'équipe décanale pour l'attention qui a été portée à mon dossier d'études, depuis le début jusqu'à son aboutissement.

À toutes et à tous, merci.

## INTRODUCTION

« [...] l'éthique sociale [a] transformé la règle de Droit en expression de l'intérêt social, *plus exactement en arbitrage* des intérêts particuliers et changé la norme-privilege en norme d'équilibre »<sup>1</sup>.

Par cette inférence, Georges Scelle met en lumière avec la plus grande clarté, le caractère, à la fois, diachronique et téléologique du principe *d'équilibre des intérêts* dont les prémisses remontent à l'Antiquité. Alors expression de la tension quasi-constante entre la place de la loi et celle de l'équité dans le droit des contrats<sup>2</sup>, la question a rapidement évolué avec le développement des théories objectivistes d'une part et subjectivistes d'autre part<sup>3</sup>. Celles-ci vont contribuer à donner au principe *d'équilibre* la configuration qu'il recouvre aujourd'hui, grâce notamment aux idées proposées par les auteurs de l'École du droit naturel moderne dont Grotius<sup>4</sup> est l'une des figures marquantes. À l'apogée des transformations de la conception du contrat à laquelle a donné lieu la réception juridique de ces courants doctrinaux, se trouve la théorie de l'autonomie de la volonté dont l'impact sur le rôle de *l'équilibre des intérêts* est à retenir: dorénavant, au plan interne des États, le droit peut poser l'exigence de

---

<sup>1</sup> G., SCELLE, « Plateau continental et droit international », *RGDIP*, 1955, p. 56.

<sup>2</sup> Cette tension fût décrite de manière dramatique par William Shakespeare dans son célèbre roman, *Le marchand de Venise*, où l'auteur rapporte l'extrême cruauté que montra Shylock envers ledit Marchand, mettant dans la balance une juste livre de sa chair; et la conquête de Portia par le choix des trois coffrets (W., SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise*, Trad. François-Victor Hugo, Pagnerre, Paris, 1872, p. 171-280).

<sup>3</sup> Pour une vue détaillée des approches développées par ces deux courants doctrinaux, v. É. M., CHARPENTIER, *L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?*, Institut de droit comparé, Université McGill, thèse de doctorat soutenue en juillet 2001, Bibliothèque nationale du Canada, Acquisitions et services bibliographiques, Ottawa, 2001, p. 17-96.

<sup>4</sup> Deux ouvrages de l'auteur retiendront particulièrement notre attention. Il s'agit de son introduction au droit hollandais, *Inleiding tot de hollandsche rechtgeleertheid* publié en 1631 (Nous utilisons la traduction de R. W. LEE, *The Jurisprudence of Holland*, Vol. 1, Trad., Oxford, Calrendun Press, 1926, Vol. 1, N° 10, p. 337; Commentaire v. Vol. 2) et *De jure belli ac pacis* qui a été publié en 1625 (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par P. Pradier-Fodéré, 1<sup>e</sup> éd., Alland Denis et Goyard-Fabre Simone, Paris, Presses universitaires de France, 1999, voir spéc., p. 317-377; 772-782 et 835-838).

*l'équilibre* des prestations et sanctionner la lésion en fondant cette sanction soit sur l'idée que *l'équilibre* fait partie de la définition même du contrat ou qu'il contribue à déterminer la validité de celui-ci, soit sur l'idée que le déséquilibre lésionnaire est le reflet d'un vice du consentement. Autrement dit, même si *l'équilibre des intérêts* n'est pas expressément énoncé dans les législations internes - ce qui, d'ailleurs, le caractérise en tant que principe général de droit - l'idée selon laquelle le contrat ne peut être un instrument d'exploitation et qu'il doit respecter un certain *équilibre* dans la modulation des droits et obligations des parties est désormais présente en droit positif<sup>5</sup>. L'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 15 juin 1892<sup>6</sup> est très illustratif à cet égard. Dans cet arrêt, les juges de cassation posent - pour la première fois en droit français - non seulement le principe de l'enrichissement sans cause en considérant que celui-ci découle du principe d'équité et a pour but de rétablir un *équilibre* injustement rompu entre deux patrimoines, mais également, ils affirment que l'action *de in rem verso* n'ayant été réglementée par aucun texte législatif, son exercice ne devrait être soumis à aucune condition déterminée<sup>7</sup>.

Parallèlement, et en échos à la jurisprudence des tribunaux internes<sup>8</sup>, la transposition du *principe d'équilibre* dans l'ordre juridique international pouvait s'observer à partir des décisions arbitrales<sup>9</sup> dont

---

<sup>5</sup> v. notre développement au Chap. 1, Sect. 1.2., Paragraphe 1.2.2.; et dans le même sens, É. M., CHARPENTIER, *Supra* n° 3 aux p. 18 et 313.

<sup>6</sup> Cass. Civ., Ch. Requêtes, arrêt du 15 juin 1892, DALLOZ 1892, I. 596; SIREY, 1893, I., 281, note LABBÉ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., Paris, 2008, t. 2, p. 553 et s.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Outre l'arrêt précité (*ibid.*) voir aussi l'affaire de *l'Infiltration du Danube* (« *Donauversinkung* »), opposant le Wurtemberg et la Prusse au Bade, arrêt du 18 juin 1927, *Rec. de la Cour*, (RGZ Anh. St GH t.116), 1927-1928, p. 19-26; Affaire du *Connecticut c. Massachusetts*, 282 US 660, reporté dans *Am. J. of Int'l Law* 1932, p. 163 et dans *BYB* 1930, p. 195 et 1932, p. 189.

<sup>9</sup> v. notamment la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, 19 Octobre 1928, NATIONS UNIES, RSA, vol. V, p. 327-466. v. également l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens* (Norvège c. États-Unis d'Amérique), sentence du 13 octobre 1922, RSA, Nations Unies, vol. I, 1922, p. 331;

l'une des toutes premières est la sentence relative à la souveraineté sur *l'île de Palmas*<sup>10</sup>. Celle-ci recèle, selon la doctrine, la forme la plus achevée de l'application du principe d'équité avec lequel *l'équilibre des intérêts* tend à s'identifier et à se confondre. Selon de Visscher, «*L'équilibre des intérêts* qui président à une répartition équitable des possessions territoriales»<sup>11</sup>, aurait trouvé son «*expression définitive*»<sup>12</sup> dans la sentence précitée<sup>13</sup>. Mais, c'est surtout à Gény que l'on doit d'avoir balisé le terrain en proposant - dans son *essai critique*<sup>14</sup> paru pour la première fois en 1899 - une définition de *l'équilibre des intérêts* dont la fortune est considérable du point de vue épistémologique:

Ce principe, qu'on peut appeler principe de *l'équilibre des intérêts* en présence, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien que le législateur ou les organes de la coutume (...). L'objet de l'organisation juridique positive, en effet, n'est pas autre que de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un criterium social, et finalement d'établir entre eux *l'équilibre éminemment désirable* <sup>15</sup>.

Suite aux tribunaux arbitraux, la Cour Internationale de Justice (CIJ) a eu l'occasion de confirmer cette directive - pour une interprétation ouverte du droit - en précisant le rôle de *l'équilibre des intérêts* autant dans l'application générale du droit que dans la protection des intérêts en

---

l'affaire des *Indiens Cayugas (Grande Bretagne c. États Unis)*, sentence arbitrale du 22 janvier 1926, *RSA*, vol. 6, p. 180.

<sup>10</sup> *Île de Palmas (ou Miangas), États-Unis c. Pays-Bas*, sentence arbitrale du 4 avril 1928, <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=10035> (consulté le 11/04/2017).

<sup>11</sup> v. Ch. de VISSCHER, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, A. Pedone, Paris, 1972, à la p. 28 [Italique ajoutée].

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> L'auteur soutient en effet qu': « On doit envisager comme une application de l'équité relevant d'un équilibre d'intérêts juridiquement protégés la réprobation de l'abus de droit » (v. Ch. de VISSCHER, *ibid.*, p. 33).

<sup>14</sup> Fr., GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, t. I & II.

<sup>15</sup> Ibid., t. I, p. 167 [Italique ajoutée].



présence. En tant que principe normatif, son énoncé apparaît clairement dans l'arrêt du 20 février 1969 relatif l'affaire du *Plateau continental de la mer du nord*<sup>16</sup>. Après avoir circonscrit la question du fondement juridique de l'équité autour du cas particulier de la délimitation du plateau continental entre États limitrophes, la haute juridiction a notamment indiqué que le principe de la comparaison, de *la balance des intérêts* en présence, permet de déterminer dans chaque contestation particulière, la limite des droits et des devoirs respectifs des parties, même lorsque toutes prétendent agir dans les limites de leurs propres droits<sup>17</sup>. Cette position de la CIJ restera sans doute exacte longtemps encore, spécialement lorsqu'on prend en considération la consécration du *principe d'équilibre* par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans un développement jurisprudentiel qui est manifestement le plus significatif dans le domaine de la protection, la dépossession et la réglementation des biens et intérêts des personnes<sup>18</sup>. Il ne fait aucun doute que l'évolution

---

<sup>16</sup> *Plateau continental de la mer du nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, *CIJ Recueil* 1969, p. 3

<sup>17</sup> *Ibid.*, § 88, p. 48; v. également *l'Affaire du Différend frontalier*, (*Burkina Faso c. République du Mali*), arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Recueil* 1986, p. 633, § 150; v. également affaire du *Différend frontalier terrestre insulaire et maritime*, (*El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenant)*), arrêt du 11 septembre 1992, *CIJ Recueil* 1992, § 262, p. 514.

<sup>18</sup> v. notamment l'affaire *Relative à certains aspect du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, arrêt du 23 juillet 1968, CEDH, Série A n° 6, § 5, 8 et 13; les affaire *Gundmunsson c. Islande*, CEDH, décision du 20 décembre 1960, n° 511/59, *Recueil des décisions*, vol.4, p. 19; *De Buck c/ Belgique*, CEDH, décision du 18 décembre 1963, n° 1420/62 et 1477/62, *Recueil des décisions*, vol. 13, p. 91; *A, B, C et D c/ Royaume-Uni*, CEDH, décision du 29 mai 1967, n° 3039/67, *Recueil des décisions*, vol. 23, p. 66; *Müller c/ Autriche*, CEDH, décision du 16 décembre 1974, n° 5849/72, *Décisions et rapports*, vol. 1, p. 46, et *Rapport de la Commission* du 1er octobre 1975, *Décisions et rapports*, vol. 3, p. 25; *X c. Suède*, CEDH, décision du 19 décembre 1974, n° 6776/74, *Décisions et rapports*, vol. 2, p. 123; *Handyside c. Royaume-Uni*, CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, Série A n° 24, § 60; *Wiggins c. Royaume-Uni*, CEDH, décision du 8 février 1978, n° 7456/76, *Décisions et rapports*, vol. 13, p. 40; *De Napoles Pacheco c. Belgique*, CEDH, décision du 5 octobre 1978, n° 7775/77, *Décisions et rapports*, vol. 15, p. 143; *Marx c. Belgique*, 13 juin 1979, CEDH, Série A n° 31, § 63-65; *X c/ Autriche*, CEDH, décision du 3 octobre 1979, n° 8003/77, *Décisions et rapports*, vol. 17, p. 80; *X c/ République fédérale d'Allemagne*, CEDH, décision du 13 décembre 1979, n° 8410/78, *Décisions et rapports*, vol. 18, p. 216; *X c/ République fédérale d'Allemagne*, CEDH, décision du 12 mai 1980, n° 8363/78, *Décisions et rapports*, vol. 20, p. 163; *Arrondelle c. Royaume-Uni*, CEDH, décision 15 juillet 1980, n° 7889/77, *Décisions et rapports* vol. 19,

actuelle du droit international confirme cette constatation. Celle-ci semble passée à un stade plus avancé de la solidarité internationale marqué par le dépassement des intérêts réciproques et où l'on assiste à une « prise de conscience dans presque tous les domaines de l'existence des intérêts communs »<sup>19</sup>. Pour le principe d'équilibre, il se dessine alors une nouvelle trajectoire dans l'adaptation du droit à son but social – notamment dans la sphère des relations économiques internationales – à laquelle le caractère spécifique du droit international des investissements commande de se conformer.

En effet, premier avatar des relations d'investissement, la question de l'équilibre des intérêts se retrouve, plus que jamais auparavant, au cœur du contentieux où elle est posée en des termes particulièrement pressants, faisant appel à des considérations nouvelles et de nature complexe. Comme on a pu le souligner, le contexte d'établissement d'un rapport de droits et d'obligations est un facteur déterminant dans la préservation des intérêts légitimes des parties, notamment lorsqu'il s'agit de concilier des exigences parfois contradictoires pour les moduler sur une base d'équilibre<sup>20</sup>. Cette réalité a, semble-t-il, été admise à plusieurs

---

p. 186, et rapport de la Commission du 13 mai 1981, *Décisions et rapports*, vol. 26, p. 5; *X c/ Belgique*, CEDH, décision du 10 mars 1981, n° 8988/80, *Décisions et rapports*, vol. 24, p. 198; *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, CEDH, arrêt du 23 septembre 1982, Série A n° 52, § 73 et arrêt du 18 décembre 1984 Série A n° 88; *Erkner Hofauer et Poiss c. Autriche*, CEDH, arrêt du 23 avril 1987, A n° 117; *Håkansson et Sturesson c/ Suède*, CEDH, rapport du 13 octobre 1988, et décision du 15 juillet 1987, *Décisions et rapports*, vol. 53, p. 190; *Boyadzhieva et Gloria International Limited Eood c. Bulgarie*, arrêt du 5 juillet 2018, CEDH, 5<sup>e</sup> session, *Recueil des arrêts et décisions*, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-184269"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), (consulté le 07-07-2018).

<sup>19</sup> v. P., DAILLIER et A., PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> Éd., Paris, 2002, à la p. 60.

<sup>20</sup> v. J.-F., LALIVE., « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères: *Texaco/Calasiatic (Topco) c/ Gouvernement libyen* », *JDI*, 1977, p. 319; du même auteur, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *RCADI*, 1983, tome 181, p. 37-38; Ch. de VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 26-34; P., REUTER, « Quelques réflexions sur l'équité en droit international public », *RBDI*, 1980, pp. 165-186; M., ROTONDI, « Considérations sur le rôle de l'équité dans un système de droit positif écrit », in *Aspects nouveaux de ta pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tome I, A. Pedone, Paris, 1975, pp. 43-57; P., WEIL, « Droit international et contrat d'État », in *Le droit international: Unité et diversité*, MÉLANGES PAUL REUTER, A. Pedone, Paris, 1981, p. 570; J.-P., LAVIEC, *Protection et*

reprises devant des forums internationaux de règlement de différends. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>21</sup>, la CIJ observait, il y a de cela cinq décennies, que:

Compte tenu des importants événements survenus depuis cinquante ans, de l'extension des investissements étrangers et de l'ampleur prise par l'activité des sociétés sur le plan international, notamment celle des sociétés holding, souvent multinationales, compte tenu aussi de la prolifération des intérêts économiques des États, il peut être à première vue surprenant que l'évolution du droit ne soit pas allée plus loin et que des règles généralement reconnues ne soient pas cristallisées sur le plan international. Néanmoins, un examen plus approfondi des faits montre que le droit en la matière s'est formé en une période d'intense conflit de systèmes et d'intérêts<sup>22</sup>.

Le processus, il est vrai, s'est notablement accéléré avec la mondialisation<sup>23</sup>. Cette nouvelle donne dont on peut dire qu'elle est un «phénomène équivoque» a entraîné un profond bouleversement des relations entre investisseur et État, soumettant ceux-ci à un nouveau

---

*promotion des investissements*, PUF, Paris, 1985, p. 295; F., HORCHANI, «Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation», *JDI*, 2, 2004, p. 367; W., BEN HAMIDA, «L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé?», in *International Law FORUM du Droit International* 7 : 261-272, 2005; «Table ronde: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ?», in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch., LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, p. 185-202; Ch.-E., CÔTÉ, *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Collection Mondialisation et Droit international, Bruyant, Bruxelles, avec la collaboration des Éditions Yvon Blais, 2007, p. 238-239; et plus généralement voir Ph. FOUCHARD, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie » in *Philosophie du droit et droit économique*, Quel dialogue ? : *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, 1999, p. 391; J., PAULSON, «Le Tiers Monde dans l'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.* 1983, p. 3.

<sup>21</sup> *Barcelona Traction*, (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, *CIJ Recueil* 1970.

<sup>22</sup> *Ibid.* § 89, p. 46-47.

<sup>23</sup> Sur les implications juridiques de cette notion, voir F., HORCHANI, *Supra* n° 20 à la p. 370; L., BOISSON de CHAZOURNES, «Mondialisation et règlement des différends: défis et réponses» in *International Law FORUM du Droit International*, Vol. 4, 2002, p. 30; P.-T., STOLL, «Le droit international économique face aux défis de la mondialisation», *RGDIP*, 2009-2, p. 273-303; Ch.-E., CÔTÉ, *supra* n° 20 à la p. 2; J.-M., ARBOUR et G. PARENT, *Droit international public*, 7<sup>ème</sup> éd., Yvon Blais, Cowansville, 2017, aux p. 26-28; et plus généralement, P., de SENARCLENS, *La mondialisation, Théories, Enjeux et Débats*, Armand Colin & Dalloz, Paris, 2001; J., STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, W.W. Norton & Company, New York, 2002; Z., LAÏDI, *La grande perturbation*, Flammarion, Paris, 2004; J., BHAGWATI, *In Defense of Globalization*, Oxford University Press, New York, 2004.

rapport d'équilibre : l'évolution du droit international contemporain se traduisant par des changements de plus en plus rapides, on observe une disparition des points de repères qui permettaient autrefois d'assurer une certaine forme de cohésion au niveau de l'encadrement juridique de l'investissement international. Les bouleversements, disait de Visscher, sont des « facteurs de déséquilibre » à cause notamment de leur nouveauté et de l'absence de critères reconnus pour les appréhender<sup>24</sup>. De par sa nature, son impériosité et sa spécificité, la question environnementale semble aujourd'hui le plus déterminant de tous ces facteurs. Cela, davantage qu'elle risque de se transformer en une problématique récurrente: on relève désormais l'existence d'un nouveau dilemme pour l'État, qui doit attirer les investissements tout en gardant la possibilité d'en reprendre le contrôle par diverses mesures dans le but notamment de préserver *l'intérêt général* dont les composants les plus constants sont « l'environnement, la santé et la sécurité ». Sur la préoccupation d'une conciliation des intérêts légitimes des parties engagées dans une relation classique d'investissement, est venue se greffer celle d'une prise en compte de *l'intérêt général* environnemental. Aussi, des questions jadis lointaines au droit des investissements - comme la protection de l'environnement, les droits fondamentaux et sociaux - deviennent-elles indissociables de celle plus ancienne qu'est la protection de l'investissement étranger<sup>25</sup>. Toutefois, les *intérêts* représentés par ces deux objectifs de protection sont de plus en plus divergents à mesure de l'évolution du contexte international des relations économiques. Très vite, ces divergences vont se révéler

---

<sup>24</sup> L'auteur rappelle ainsi la nécessité d'un dépassement du droit ainsi que le caractère réversible du passage de la politique au droit, (v. Ch. De VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Pedone, 4<sup>e</sup> éd. 1970, p. 90).

<sup>25</sup> Ce fait n'a pas manqué de retenir l'attention des commentateurs dont certains observent qu'on «se dirige rapidement vers le terrain glissant de l'incertitude scientifique » et une sémantique nouvelle incluant des termes comme « évaluation des risques », « principe de précaution », etc. (v. C., LÉVESQUE, « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *R.G.D.*, 2003, vol. 33, n°1, p. 74).

inextricables avec l'émergence des «*Regulatory Interference*»<sup>26</sup> dont le caractère quasi-récuratif cristallise l'antagonisme entre « investissement » et « environnement », rendant encore plus délicate la question de la balance des *intérêts* en présence. Avec l'implication de la société civile dans le contentieux, le balancier État/investisseur étranger va, *de facto*, subir une modification importante. La chaîne des intérêts comprend désormais un troisième maillon: celui de l'*intérêt général*. Sa prise en compte implique toutefois des considérations dont la réalisation relève encore d'un défi tant pour les parties que pour la communauté des juristes.

L'état du contentieux en ces trente dernières années est symptomatique de cette réalité. Non seulement un nombre significatif d'affaires ont été portées devant les tribunaux arbitraux qui impliquent des enjeux de sauvegarde de l'*intérêt général*<sup>27</sup>, mais surtout, les premières

---

<sup>26</sup> L'expression se réfère aux mesures de régulation environnementales ayant un lien avec le contentieux d'investissement (v. N., RUBINS, et N., S., KINSELLA, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 2005, p. 11-17; T., WÄLDE et A., KOLO, «Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law», in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001(4), p. 825-826). Elle désigne également le terme de « Règlements » entendu ici dans son sens le plus large : c'est-à-dire englobant à la fois les lois, les règlements, les décrets, les directives d'entités publiques gouvernementales et intergouvernementales, les décisions d'agences administratives publiques et semi-publiques ... dont la qualification en vertu du droit international n'est pas explicitement retenue comme étant des mesures d'expropriation (v. C., LÉVESQUE, *Supra* n° 25, p. 41).

<sup>27</sup> v. notamment *Southern Pacific Properties (SPP) c. République arabe d'Égypte*, Aff. ICSID N°ARB/84/3, sentence sur le fond du 20 mai 1992, *ICSID Reports*, vol. 3, p. 189, texte intégral de la sentence, 32 *ILM* 933 (1993); *Ethyl Corporation c. Canada*, décision sur la compétence du 24 juin 1998, 38 *I.L.M.* 708 (1999); 7 *ICSID Reports* 12 (2005); *Metalclad Corp. c. Mexique*, Affaire ICSID N°ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, 5 *ICSID Reports* 212 (2002); 16 *ICSID Rev. FIL.J* 168 (2001); 40 *I.L.M.* 36 (2001); 119 *ILR* 618 (2002); *J.D.I.*, 2002 (1), p. 233-242 (Extrait); *Methanex Corp. c. États-Unis*, Sentence du 7 août 2002, 44 *ILM* 1343 (2005); 7 *ICSID Reports* 239; et pour la sentence du 3 août 2005, v. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf> (consulté le 22/04/2015); *S.D. Myers, Inc. c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, 40 *ILM* 1408 (2001); *Glamis Gold c. les États Unis d'Amérique*, ALENA/CNUDCI, sentence du 8 juin 2009, 48 *ILM* 1035 (2009); *Dow Agro Sciences L.L.C. c. Canada*, accord de règlement du 25 mai 2011; *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, sentence du 15 mars 2016, v. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf> (consulté le 19/10/2016); ainsi qu'une série d'affaires plus récentes parmi lesquelles certaines sont encore pendantes: *Mercer International c. Canada*, Affaire ICSID n° ARB(AF)/12/3, sentence du 6 mars 2018, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9651\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9651_0.pdf) ; *Renco*

sentences arbitrales rendues dans le cadre de ces affaires posaient et pose encore un véritable problème quant à la liberté normative de l'État<sup>28</sup>. La situation est d'autant plus difficile d'appréhension pour la communauté des juristes qu'elle implique de trouver comment préserver les populations des implications sociales et environnementales des opérations d'investissement tout en évitant d'altérer les intérêts spécifiques des parties<sup>29</sup>. Ces difficultés s'accroissent lorsque l'État importateur d'investissement envisage de mettre en œuvre – par voie législative ou réglementaire – une norme internationale de protection sanitaire ou

---

*Group Inc. c. Republic of Peru*, sentence finale du 9 novembre 2016, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744_1.pdf) ; *Pac Rim Cayman LLC. c. Republic of El Salvador*, Affaire ICSID N° ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640_0.pdf); *Windstream Energy LLC c. Canada*, sentence du 27 septembre 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7875.pdf>; *Mesa Power Group LLC (USA) c. Canada*, PCA Affaire N° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7240.pdf> ; *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, procédure CNUDCI, requête du 6 septembre 2013; *Burlington Resources Inc. and others c. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (Petro Ecuador)*, Affaire ICSID N° ARB/08/5; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, requête du 23 septembre 2009, sentence du 31 août 2011, <ita0154.pdf> ([italaw.com](http://italaw.com)) ; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. c. Canada / Clayton/Bilcon c. le Gouvernement du Canada*, requête du 30 janvier 2009; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited («Bapex») and Bangladesh OilGas and Mineral Corporation («Petrobangla»)*, affaire ICSID N° ARB/10/11 et ARB/10/18. Pour un premier répertoire de l'ensemble de ces affaires v. BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & BRAUCH, M. D. (dir.), *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010*, IISD, Genève, octobre, 2018; et BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & JOHNSON, L. (dir.), *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2000-2010*, IISD, Genève, juillet 2011.

<sup>28</sup> Voir notamment les affaires *Companiadel Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, sentence du 17 février 2000, *ICSID Reports* 2000, Vol. 5, p. 172, § 71; *Southern Pacific Properties (SPP), c. Égypte*, *ibid.*, § 159; *Marion et Reinhard Unglaube c. Republic of Costa Rica*, *ibid.*, § 217.

<sup>29</sup> v. les analyses de A., DE MESTRAL, « The North America Free Trade Agreement : A Comparative Analysis », *RCADI*, Vol. 275, 1998, p. 362-363; A., NEWCOMBE, «The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Rev. FIL.J.*, vol. 20, I, 2005, à la p. 27; Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 20 aux p. 267-271; L., J., DHOOGHE, «The revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Agreement» (2001) 38 *Am Bus. L. J.* 475.

environnementale. Sur le plan purement didactique<sup>30</sup>, l'illustration la plus significative de cette problématique a été donnée pour la première fois par l'affaire *Ethyl Corporation*<sup>31</sup>. Dans cette affaire, qui a été connue en 1997 – et qui est finalement restée sans suite quant au fond<sup>32</sup> – l'entreprise Ethyl Corporation avait introduit sur la base du chapitre 11 de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*<sup>33</sup>, une demande d'arbitrage en vue de réclamer au gouvernement canadien l'indemnisation pour cause du préjudice qu'elle disait avoir subi du fait de l'interdiction par une loi fédérale canadienne de l'importation et le commerce interprovincial d'un additif pour essence, le MMT. Cette interdiction était justifiée, selon les autorités canadiennes, par des raisons environnementales et sanitaires. Quant à elle, la société Ethyl Corporation prétendait être victime d'une mesure ayant un effet équivalent à l'expropriation.

Sous réserve des observations qu'appelle cette relation des faits<sup>34</sup>, il convient de retenir que la préoccupation sous-jacente à cette affaire est

---

<sup>30</sup> Car, il convient de rappeler que les dessous de cette affaire semblent plus nébuleux qu'ils ne paraissent. L'inextricable viendrait surtout du fait que le gouvernement canadien s'est saisi du thème de l'environnement et de la santé pour pouvoir justifier un « arbitrage douteux », dans cette affaire qui opposait l'industrie de l'automobile et l'industrie pétrolière, au sujet de l'effet du MMT sur les systèmes anti-pollution placés dans les véhicules automobiles, (v. M. ARBOUR, « Le principe de précaution dans le contexte du commerce international: une intégration difficile », *Les Cahiers de Droit*, vol. 43, n°1, mars 2002, p. 13-14; J.-M. ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23 à la p. 1020-1022).

<sup>31</sup> *Ethyl Corporation c. Canada*, *Supra* n° 27; v. l'analyse de Ch., LEBEN, « La liberté normative de l'État, et la question de l'expropriation indirecte », in *Le Contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch., LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, p. 163-183.

<sup>32</sup> Les deux parties ayant fini par transiger sur la somme de 13 millions de dollars à titre de dommages et intérêts payés par le Canada à la société plaignante qui en réclamait 251 millions.

<sup>33</sup> *Accord de libre-échange nord-américain* entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, *R.T. Can* 1994 n° 2; 32 *ILM* 289 (1993) (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994). L'ALENA est désormais remplacé par l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, signé le 30 novembre 2018, en marge du Sommet du G20 à Buenos Aires, entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, texte disponible sur le site officiel du Ministère des affaires mondiales Canada, <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (consulté le 22 janvier 2019).

<sup>34</sup> v. M. ARBOUR, *Supra* n° 30, p. 13-14; J.-M. ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23 à la p. 1020-1022.



précisément celle de savoir ce qu'il advient au cas où une réglementation prise dans un but *d'intérêt général* porte atteinte aux intérêts individuels d'un particulier, lorsqu'on part du principe qu'en droit international, une mesure d'expropriation (directe ou indirecte) ouvre droit à l'indemnisation compensatoire<sup>35</sup>. Faut-il considérer que, même dans ce cas, la compensation financière demeure exigible? Et si, *a contrario*, c'est la non-compensation qui l'emporte comme solution, sur qui reposerait alors le fardeau de la perte induite par la mesure réglementaire? Est-ce à l'investisseur étranger d'assumer les pertes subies par son investissement du fait de la réglementation ou à l'État auteur de la mesure? Est-il alors une norme pour régir de manière autonome les mesures étatiques affectant la propriété des particuliers mais qu'il serait difficile de regrouper dans la catégorie des mesures d'expropriation?

Quel que soit l'angle d'approche par lequel on aborde la question, la réponse n'est pas aisée. Alors que la jurisprudence arbitrale semble désemparée, la position de la doctrine est, quant à elle, éclatée; certains arguant du fait que le droit international ne connaîtrait pas encore de réponse à la question; d'autres par contre s'attellant à rechercher cette réponse, mais pas toujours avec la prudence requise par un sujet singulièrement épineux. Et comme c'est souvent le cas dans toute quête de systématisation, rien n'est aussi difficile que d'avancer sur un terrain en friche. Les solutions proposées sont soit sans prise sur la réalité, soit manquent une dose complémentaire d'audace, soit encore laissent subsister un doute quant à la portée pratique de l'approche adoptée. Toutefois, en analysant le champ théorique dans son ensemble, une

---

<sup>35</sup> v. notamment l'affaire *David Goldenberg et fils c. État Allemand (Allemagne c. Roumanie)*, sentence arbitrale du 27 septembre 1928, NATIONS-UNIES, RSA, vol. II, pp. 901-910. Du côté de la doctrine, v. C., LEVESQUE, *Supra* n° 25 à la p. 41; Ch., LEBEN, *Supra* n° 31 à la p. 168; I., BROWNLIE, *Principles of public international investment law*, Oxford University Press, 7<sup>e</sup> éd. 2008, p. 532 et s.; R., DOLZER & Ch., SCHREUER, *Principles of international investment law*, Oxford University Press, 2012, p. 98 et s. ; A., NEWCOMBE & L., PARADELL, *Law and practice of investment treaties*, La Haye, Kluwer, 2009, p. 377 et s.



remarque s'impose: la plupart des approches se disputant le champ s'appuient sur le droit de la responsabilité, cherchant vainement à démontrer que la théorie générale de l'expropriation à travers ses multiples variantes - la doctrine des pouvoirs de police et ses applications positives<sup>36</sup>, celle de «l'effet unique» dont les premiers contours ont été dessinés par Dolzer<sup>37</sup> et sa version revisitée dite de l'«effet redéployé»<sup>38</sup>, ou encore celle de «l'atteinte normale»<sup>39</sup> - se suffit à elle-même pour solutionner la question. Or, il demeure difficilement contestable que les confrontations ainsi que les transformations des rapports juridiques entre les acteurs des relations d'investissement trouvent leur justification dans l'évolution même des sources du droit des investissements.

Un rapide inventaire des textes permet en effet de constater que le droit indiqué semble prendre source non seulement dans le droit posé mais également dans des catégories juridiques émergentes : les principes

---

<sup>36</sup> v. J., FISCHER WILLIAMS, « International Law and the Property of Aliens », *Brit. Y.B. Int'l L.*, vol. 9, 1928, p. 1-29; J., HERZ, «Expropriation of Foreign property», 35 *Am. J. of Int'l Law* 243 (1941), p. 252; G. C., CHRISTIE, «What constitutes a Taking of Property in International Law?», 38 *Brit. Y.B. Int'l L.* 307 (1962), p. 330-332; J., L., SAX «Takings and the Police Power», 74 *Yale Law J.* 36 (1964); G. H., ALDRICH, «What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal», *Am. J. of Int'l Law*, vol. 88, n° 4, 1994, pp. 585-610; Y., NOUVEL, «Les mesures équivalentes à une expropriation dans les pratiques récentes des tribunaux arbitraux», *R.G.D.I.P* 2002-1, p. 92 et s.; P., DUMBERRY, « Expropriation under NAFTA chapter 11 investment dispute settlement mechanism : some comments on the latest case law », *International Arbitration Law Review*, vol. 4, 2001, p. 96-104; Ch., LEBEN, *Supra* n° 31, p. 117 et s.; A., NEWCOMBE & L., PARADELL, *ibid.* p. 358-369; S., ROBERT-CUENDET, *Droits de l'investisseur étranger, et protection de l'environnement: Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden/Boston, 2010, 255 et s. Et pour une analyse critique de la «Police power» v. R., HIGGINS, «The Taking of Property by the State», *RCADI*, Vol. 176, 1982 (III), p. 322-354; C., LEVESQUE, *Supra* n° 25 aux p. 70-74; S., H., NIKIEMA, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, PUF, Genève, 2012, p. 166 et s.; A., De NANTEUIL, *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, A. Pedone, Paris, 2014, p. 466-511.

<sup>37</sup> v. R., DOLZER, «Indirect Expropriation : New development», 11 *N.Y.U. Envtl. L.J.* 64 (2002), p. 79-90; Ch., SCHREUER, «The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties», *Transnational dispute management*, vol. 2, 2005(3), p. 36-37.

<sup>38</sup> S., H., NIKIEMA, *Supra* n° 36, p. 279-345.

<sup>39</sup> A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36 aux p. 324 et s.

directeurs, les standards et normes techniques<sup>40</sup>. L'article 1114 de l'ALENA et sa réplique au plan multilatéral<sup>41</sup> permettent également de compléter l'illustration de cette constatation. Sans être une obligation « absolue », la formule retenue marque la synthèse d'une obligation « circulaire » et d'un « engagement formel », fruit d'un marchandage entre des positions asymétriques, mais nécessairement conciliables:

Aucune disposition du présent chapitre ne pourra être interprétée comme empêchant une Partie d'adopter, de maintenir ou d'appliquer une mesure, par ailleurs conforme au présent chapitre, qu'elle considère nécessaire pour que les activités d'investissement sur son territoire soient menées d'une manière conforme à la protection de l'environnement <sup>42</sup>.

Ainsi, les parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. Par conséquent,

Une Partie ne devrait pas renoncer ou déroger, ni offrir de renoncer ou de déroger à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien d'un investissement d'un investisseur sur son territoire. Toute Partie qui estime qu'une autre a offert

---

<sup>40</sup> v. les auteurs ci-après: C., COLARD-FABREGOULE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'égard des multinationales. Contribution à l'étude de la circulation normative et au dialogue entre institutions à l'aune de l'exemple de la gouvernance environnementale », *RGDIP* 2016-3, pp. 579-601; A., OUEDRAOGO, « Standard et standardisation: la normativité variable en droit international », *RQDI*, 2013-1, pp. 155-186; L., BOISSON DE CHAZOURNES, « Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain: quelques réflexions » *In Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre: Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, L., BOISSON DE CHAZOURNES & M., KOHEN, Leiden: Brill, 2010, pp. 351-376; G., KAUFMANN-KOHLER, « Soft Law in International Arbitration – Codification and Normativity » in *Journal of International Dispute Settlement* 2010, pp. 283-299; L., BOY, « Liens entre la norme technique et la norme juridique en Droits communautaire et international », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 57-79; V., SCHREIBER, « What are International Standards? » dans *International Standards and the Law*, P., NOBEL, (dir.), Berne, Staempfli, 2005, pp. 1-15; J., SALMON, « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, Ch., PERELMAN et R., VANDER ELST (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 251-268.

<sup>41</sup> v. *Accord multilatéral sur l'investissement*, Projet de texte consolidé, site de l'OCDE, <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf> (consulté le 28 février 2014). Plusieurs autres accords multilatéraux ont également prévu des dispositions semblables à celles de l'ALENA. Voir par exemple l'article 24 du *Traité de la Charte de l'énergie* du 17 décembre 1994, 34 *I.L.M.* 373 (1995), texte intégral du traité aux p. 373-454.

<sup>42</sup> § 1(a) de *l'Ensemble de propositions additionnelles concernant l'environnement, Accord multilatéral sur l'investissement* (v. Projet de texte consolidé, *ibid.* p. 128).

un tel encouragement pourra demander des consultations avec cette autre Partie, en vue d'éviter qu'un tel encouragement soit accordé <sup>43</sup>.

Dans le sillage de ces dispositions, on retrouve la plupart des traités modèles d'investissement<sup>44</sup>, relayés par une longue série de traités bilatéraux d'investissement (TBI) datant de l'époque d'après les premiers traités modèles, suivant des formulations diverses et variées. L'action normative de l'État s'en sort exaltée, mais sans nécessairement recevoir la caution des tribunaux arbitraux<sup>45</sup>. Certains commentateurs observent que ce brin de légitimité reconnue à l'État laisse entrevoir un fossé entre les règles et la pratique<sup>46</sup>. Selon toute vraisemblance, la question a pu être perçue autrement et devra désormais s'analyser au-delà-même de la perspective d'une confrontation entre des ordres normatifs interférents car, observe-t-on, « [...] parvenu à un état de maturation avancée, le droit international de l'environnement génère désormais des règles dont la mise en œuvre risque de soulever le problème de la hiérarchie des normes en droit international » <sup>47</sup>.

Alors que la discussion semble ainsi se détourner de son objet initial, la bi-latéralisation des relations d'investissement commence à retenir

---

<sup>43</sup> Article 1114, §. 2 *in fine* de l'Accord de libre-échange nord-américain, *Supra* n° 33.

<sup>44</sup> v. par exemples : *APIE-type du Canada de 2004* (art. 10(1) et annexe B.13(1)(c)), ([2004 FIPA model EN.PDF \(unctad.org\)](#)); *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty* (art. 12 et l'Annexe B(4)(b)) qui est la version révisée de celui de 2004 (annexe B(4)(b)) ([Microsoft Word - BIT text for ACIEP Meeting \(unctad.org\)](#)); *Norway Model BIT (draft) 2015*, (art. 24) ([Draft Model Agreement \(English\) \(unctad.org\)](#)). A cela s'ajoutent les TBI Modèles qui visent des domaines de protection autres que l'environnement à savoir la sécurité, la santé, la culture, la moralité publique: *Finland Model 2007* (art. 14(1)); *France Model 2006* (art.1(6)); *Germany Model 2008* (Ad. art. 3(3)) ; *IISD Model 2005* (art. 49); *India Model 2003* (art. 12). Pour l'ensemble des AII et des TBI modèles v. UNCTAD, *International Investment Instruments : A Compendium*, ci-après « *A Compendium* », Vol. I-XIV, UN, NY & GE, 1996-2005, ou la Base de données UNCTAD's *IIA Navigator*, [International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#); et le site *Investment Treaty Arbitration, ITA*, <http://italaw.com/investment-treaties> (consulté le 4 juin 2014).

<sup>45</sup> v. par exemple la sentence rendue dans l'affaire *Companiadel Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, *Supra* n° 28, p. 172, § 71.

<sup>46</sup> v. L.J., DHOOGHE, *Supra* n° 29 à la p. 552.

<sup>47</sup> v. Ph., SANDS, «Moderator's Introduction», dans *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, p. 11.

l'attention. Le schéma fondamentalement bilatéral dans lequel s'insère aujourd'hui le droit international des investissements se retrouve de nouveau au centre des préoccupations. Peut-on maintenir le système tel qu'il est sans craindre le risque d'en négliger le but? Comment concevoir alors qu'il y ait un espace pour *l'intérêt général* dans le balancier État/investisseur lorsque prévaut un réseau complexe d'obligations « réciproques », « formelles », et « asymétriques »? Ces interrogations puisent une force particulière dans un constat devenu classique: les accords internationaux d'investissement recèlent un déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties, notamment, au détriment des pays importateurs de capitaux <sup>48</sup>. Cela corrobore avec à-propos l'idée selon laquelle le droit international des investissements traduit en ce début du 21<sup>e</sup> siècle une préoccupation majeure: « La protection de l'investisseur et la marginalisation des intérêts des pays d'accueil de l'investissement, y compris lorsque ces derniers sont des pays développés »<sup>49</sup>. De cette nouvelle donne, découle la préoccupation centrale de notre étude: Quelles sont, dans un contexte de crise environnementale, les difficultés qui émergent de la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État/investisseur étranger et comment aboutir à une réconciliation des intérêts en présence? L'interrogation est voisine de celle qui a guidé il y a six décennies les réflexions d'Amadio: « Quel peut-être

---

<sup>48</sup> M., AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, p. 40. Dans le même sens voir Ph. FOUCHARD, *Supra* n° 20 à la p. 391; M., SORNARAJAH, «Right to Regulate and Safeguard», in *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-making Perspectives, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002*: UNCTAD 2003, p. 209; F., HORCHANI, *Supra* n° 20 à la p. 367; S., MANCIAUX, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Éditions Litec-CREDIMI, 2004, p. 5 & s.; W., BEN HAMIDA, «La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements», *JDI* 2008, pp. 999-1000; voir également la position écartée des panélistes à la «Table ronde: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ?», in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch., LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, p. 185-202 et plus précisément p. 190-202.

<sup>49</sup> F., HORCHANI, *Supra* n° 20, à la p. 367.

l'attire pour un investisseur lorsque, malgré la perspective des gains, pèse la menace d'une série de mesures plus ou moins spoliatrices [...] ? »<sup>50</sup>.

Sans contredit, la réponse à cette interrogation se situe, désormais, bien au-delà des limites conceptuelles du droit international des investissements qui, dans ses fondations et structures *jus*-théoriques se révèlent insuffisants pour cerner l'intégralité du problème posé<sup>51</sup>. L'entreprise est-elle pour autant vouée à l'échec de vouloir passer d'un impératif catégorique dans les faits – consistant en la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État/investisseur – à une réalisation objective du droit?

### *Référentiel théorique et angles d'approches choisis*

Dans son essai sur *La formation de l'esprit scientifique*, Bachelard nous invite à dépasser «les pièges du sens commun» si nous désirons atteindre «la pensée scientifique»<sup>52</sup>. Selon lui, l'approche scientifique se construisant à partir d'une rupture radicale d'avec nos modes habituels de pensée et d'expression, toute démarche scientifique comporte dès lors «la douleur» de toujours être prêt à remettre en question tout ce qui peut être considéré comme acquis<sup>53</sup>. Il s'agit ici de créer un référentiel théorique précis, faisant état des différents angles d'approche choisis. Dès lors, telle une ambiguïté par laquelle nous vivons désormais et qu'il fallait percer, analyser, mettre à jour en lui restituant sa qualité d'équivoque et de nouveauté, le problème qui se pose devient plus clair et, quelque complexe qu'il soit, plus précis. Si on s'en tient à ses grandes lignes, la réponse

---

<sup>50</sup> M., AMADIO, *Supra* n° 48 à la p. 20.

<sup>51</sup> v. dans le même sens C. LÉVESQUE, *Supra* n° 25 à la p. 74.

<sup>52</sup> v. G., BACHELARD (1934), *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J., VRIN, 5e édition, 1967, Collection: Bibliothèque des textes philosophiques, Édition numérique réalisée le 18 septembre 2012, révisée le 27 février 2015 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec, p. 20 et s.; v. également J., LECOMTE, «La formation de l'esprit scientifique. Gaston Bachelard, 1938», *Sciences humaines* n°48, Mars 1995, p. 41-42.

<sup>53</sup> Ibid.

pourrait, provisoirement, être formulée comme ci-après: le déclin du paradigme Nord-Sud et la coexistence entre l'interdépendance économique des États et l'interdépendance en matière environnementale conduisent à un bouleversement des relations d'investissement en même temps qu'ils commandent de repenser le système d'encadrement actuel qui n'a jamais existé en tant que réponse à un problème de déséquilibre entre des intérêts partagés, mais qui a été conçu comme solution à l'insécurité juridique des investissements étrangers dans leurs pays d'accueil. Le besoin de rééquilibrage procède également d'une absence de « législation » internationale dont la conséquence a été le développement d'un faisceau d'instruments conventionnels à tendance asymétrique. Mais, cela procède tout particulièrement de la résurgence des problèmes environnementaux dont les difficultés d'appréhension mettent à l'épreuve la liberté normative de l'État.

Établir une telle hypothèse, c'est réaffirmer le caractère dynamique du droit des investissements. C'est également s'imposer la rigueur de l'analyse exégétique sans craindre de raviver les controverses au travers du temps, conscient de ce que, la plupart des auteurs confinent les relations d'investissements dans des considérations Nord-Sud. À cela s'ajoute le fait que pendant longtemps, la théorie juridique de l'investissement a d'abord été une théorie de l'expropriation, une théorie de la protection de la propriété privée<sup>54</sup>. Au risque strictement commercial que connaissaient les entrepreneurs du XIXe siècle, est venu s'ajouter le risque politique permanent né de l'instabilité politique et idéologique des « nouveaux » pays indépendants qui étaient les plus grands demandeurs de capitaux. La construction théorique de cette époque pourrait être synthétisée au travers des présupposés ci-après:

---

<sup>54</sup> v. Ph., KAHN, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», *JDI*, 1965, n°1, à la p. 338.

- l'investissement direct étranger dispose de deux pôles : l'un situé au Nord (le pôle de départ ou pôle des exportateurs de capitaux privés) et l'autre au Sud (le pôle d'accueil ou pôle des importateurs);
- les entreprises pourvoyeuses de capitaux privés étant ressortissantes des pays du Nord, les agissements imputables à l'État d'accueil sont presque toujours ceux des pays en développement;
- la relation entre investisseur et État chevauche celle entre pays industrialisés et pays sous-développés et repose en règle générale sur un rapport Nord-Sud;
- dans cette relation, l'État-Nation est détenteur du monopôle de l'action publique en tant que sujet «unique» de droit international, tandis que la personne privée est perçue comme un «objet», sans véritable personnalité juridique au plan international;
- l'intérêt public est manifestement distinct de l'intérêt privé.

Cette matrice conceptuelle appelle une profonde remise à jour car, les données de base semblent avoir considérablement évolué qui marquent le déclin du paradigme Nord-Sud:

Hier, un État en développement nationalisait des sociétés pétrolières étrangères; aujourd'hui, un État développé doit rendre raison d'une réglementation dont l'effet serait équivalent à une expropriation. L'investisseur étranger tourne désormais sa réclamation contre un État censé lui être favorable, car lui-même pourvoyeur de capitaux. De manière plus significative encore, le recours à l'arbitrage ne se fonde plus sur un contrat d'État, mais sur une convention internationale établissant une prérogative générale au profit des investisseurs. A la mesure de caractère exceptionnel – une nationalisation – soumise à l'arbitrage sur une base spéciale des relations internationales – un contrat d'État – se substitue un contentieux relatif à des mesures de caractère général – une réglementation – soumis à l'arbitrage sur une base ordinaire des rapports internationaux – un traité. Le contentieux de l'expropriation se banalise. Ainsi s'évanouissent les litiges ayant pour origine la nationalisation de l'investissement et s'épanouissent les litiges relatifs à la réglementation de l'investissement étranger. Un germe de contestation semble laisser sa place à un autre <sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Y., NOUVEL, *Supra* n° 36, à la p. 80.

Il reste cependant que la plupart des règles demeurent et continuent de régir les relations d'investissement. Certains commentateurs considèrent qu'il n'y a pas de déséquilibre pouvant nécessiter une refonte du système d'encadrement actuel de l'investissement<sup>56</sup>. Par conséquent, les changements observés ne seraient que de nature purement conjoncturelle. Cette idée ne peut être admise sans faire violence à la réalité. Non seulement elle ne correspond pas à l'historique des faits, mais également, elle peut être paralysante pour l'exercice de la «pensée vigilante»<sup>57</sup>.

En effet, il faut rappeler - et cela nous semble une exigence méthodologique importante - que toute la richesse d'une problématique basée sur *l'équilibre des intérêts*, c'est d'être également celle de toute l'évolution du droit international des investissements. Celui-ci a pris racine sur un socle qui a d'abord été façonné par divers modes de règlement des différends<sup>58</sup> avant de devenir, à partir des années 1950, une préoccupation consubstantielle au système conventionnel. Dès lors, la première ébauche de solution a consisté en la recherche d'un corps de règles pouvant régir la matière. Mais, préoccupés par le sort des capitaux privés dans leurs pays d'accueil, les nombreux projets initiés en vue de mettre en place un traité multilatéral n'ont fait «qu'énumérer un ensemble de garanties intéressant les seuls investisseurs»<sup>59</sup>. L'écart entre les charges que ces projets imposaient aux parties en présence était davantage creusé lorsque l'objectif de protection - des investissements à venir - prenait également en compte tous les intérêts acquis antérieurement. Les

---

<sup>56</sup> v. D., CARREAU et P., JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2013, p. 463, § 1217; v. également les opinions exprimées lors de la « Table ronde... » citée *Supra* n° 20.

<sup>57</sup> v. à cet effet les avertissements éclairants de E., MORIN, «La nature des idées», *Sciences Humaines* – Hors-série N°21 – Juin/Juillet 1998, p. 10.

<sup>58</sup> L'histoire du droit nous enseigne en effet que «les tribunaux ont précédé les codes et l'élaboration des règles de droit détaillées», (H., LAUTERPACHT, «La théorie des différends non justiciables en droit international», *RCADI*, 1930-IV, vol. 34, p. 539; v. également I., BROWNLIE, « The Justiciability of Disputes and Issues in International Relations », *BRIT. Y.B. INT'L L.* 1967, p. 123-143 ; et du même auteur « Causes of Action in the Law of Nations », *BRIT. Y.B. INT'L L.* 1979, p. 13-41).

<sup>59</sup> S., MANCIAUX, *Supra* n° 48 à la p. 6.



restrictions à la souveraineté des pays récepteurs d'investissement paraissant sans commune mesure avec les droits octroyés aux promoteurs d'investissement, l'on comprend alors qu'aucune des tentatives n'avait abouti. Les projets issus de cette première vague d'initiatives<sup>60</sup> étaient jugés inacceptables par les États d'accueil des investissements. Cela a conduit à la relance, en décembre 1958, du processus qui donna naissance à la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*.<sup>61</sup>

Élaborée sous l'égide de la Banque mondiale et ouverte à signature le 18 mars 1965, la Convention de Washington était moins ambitieuse que les projets qui l'ont précédé. L'idée de mettre en place un traité multilatéral portant statut de l'investissement international avait finalement été écartée pour que soit prise en compte la préoccupation de faire face au problème de déséquilibre entre les *intérêts* de l'investisseur et de l'État, mais dans le cadre uniquement du contentieux. Le problème n'était donc pas tout à fait résolu puisque celui-ci résidait essentiellement au niveau des obligations substantielles des parties. Il a fallu attendre 1995 pour qu'à la faveur des négociations sur *l'Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI)*<sup>62</sup>, la question soit relancée; le but de ces négociations étant d'aboutir à un accord comportant des engagements d'une portée

---

<sup>60</sup> Il s'agit notamment du *projet de Code international pour le traitement équitable des investissements étrangers*, élaboré en 1949 à l'issue du Congrès de Québec par la Chambre de commerce international (CCI); *les recommandations 159 et 211 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe relatives à la fois au Fond de garantie des investissements en Afrique et à la Convention multilatérale sur le régime des investissements privés*; le *projet pour une Convention mondiale des investissements* publié en 1959 à l'initiative de l'association britannique la Parliamentary Group for World Government; la *Résolution* prise en 1959 par l'Association pour la promotion et la protection des investissements privés en territoires étrangers (APPI) et qui établissait les principes de droit international applicables aux investissements; et le *projet de Convention sur la protection des biens étrangers* publié en décembre 1962 par le Conseil de l'OCDE, (pour ces différents textes, v. *A Compendium*, vol. II, p. 113 et s.; *UNCTAD's IIA Navigator*, *Supra* n° 44).

<sup>61</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)* du 18 mars 1965, 575 *R.T.N.U.* 160; *A Compendium*, vol. I, *Supra* n° 44, p. 25.

<sup>62</sup> *Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI)*, cité *Supra* n° 41.

élevée et d'un « *équilibre* satisfaisant » entre les droits et obligations des parties<sup>63</sup>. Le cadre ainsi défini devrait également prendre en compte les domaines d'intérêts communs tels que l'environnement et le travail<sup>64</sup>. Dès lors, plusieurs approches ont été développées qui tentent aussi bien les unes que les autres de donner une réponse à la question du contreponds aux droits des investisseurs. Pour la Commission des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED) et l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) - qui sont les références en matière d'élaboration de règles internationales relatives à l'investissement - *l'équilibre des intérêts* est désormais considéré comme un véritable problème de contenu<sup>65</sup>. D'un forum à un autre, d'un accord d'investissement à un autre, *l'équilibre des intérêts* est perçu et apprécié sous diverses jauges à savoir:

- la prise en compte de *l'intérêt général*;
- la responsabilité sociale des entreprises;
- la flexibilité réglementaire et la révision des accords en vigueur;
- le renforcement de la contribution au développement.

Parallèlement, le besoin de certitude et de sécurité face à un développement de règles particulières et de plus en plus individualisées se confirme. Y remédier suppose nécessairement de recourir à un moyen juridique plus souple et mieux adaptée à l'instabilité qui caractérise la structure normative du droit international des investissements<sup>66</sup>. Outre la

---

<sup>63</sup> v. OCDE, *Grandes lignes de l'accord multilatéral sur l'investissement, Note du Président*, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAFPE/MAI (98)4, 16 février 1998, Document non classifié, site de l'OMC, <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng984f.pdf> (consulté le 28 février 2014).

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> v. CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives, Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2008, p. 3, 20, 42, 44, 57-74; v. également les *Documents de travail*, TD/B/COM.2/73 du 5 janvier 2007 et TD/B/COM.2/EM.21/2 DU 22 mai 2007, site de la CNUCED, [http://unctad.org/fr/Docs/iteiit20073\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/Docs/iteiit20073_fr.pdf) (consulté le 28 février 2014).

<sup>66</sup> Il faut, à cet égard, rappeler que l'échec de l'AMI ayant durablement marqué l'initiative d'une réglementation internationale, cela avait ouvert la voie à la prolifération des traités de promotion et de protection des investissements. Ceux-ci constituent aujourd'hui un

transversalité des normes et des problèmes juridiques qui peuvent s'y greffer, il se trouve également un enjeu de normativité progressive impliquant à la fois la nécessité de vérifier l'ancrage social des AII et le refus du cantonnement de l'investissement international dans une approche réductrice du droit international. Celui-ci devra dès lors être conçu comme une science normative dont la finalité est de connaître et de décrire les rapports internationaux tels qu'ils doivent être dans la réalité; le système de normes auquel il est ici référencé ne s'intéressant aux rapports réciproques des sujets que dans la mesure où ces rapports exigent l'apparition de nouvelles normes ou font déjà l'objet d'un encadrement normatif<sup>67</sup>. Ne pouvant donc faire abstraction de l'évolution actuelle du droit international - et à la faveur d'un nouveau tournant interprétatif - nous observerons que la pyramide *kelsenienne* ne suffit plus à rendre compte des rapports entre les différents ordres juridiques. Plus

---

réseau extrêmement dynamique de plus de 3304 Accords internationaux d'investissement (AII) (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2016: Nationalité des investisseurs : enjeux et politiques, Repères et Vue d'ensemble*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2016, p. 19). Ces chiffres connaissent chaque année une évolution remarquable. Par exemple, l'effectif des TBI était de 2608 en 2008 pour 2946 en 2015, et de 254 accords comportant des dispositions relatives à l'investissement en 2008 pour 358 en 2015. On remarquera également que ces traités ne concernent plus seulement les rapports entre pays industrialisés et pays en développement. Selon la CNUCED, les traités bilatéraux conclus entre pays en développement et entre ceux-ci et les autres pays en transition surpassent en nombre les traités conclus entre États développés et États en développement. La croissance de ces TBI est telle que les traités dont l'une des parties est un État développé ne représenteraient plus que 45% de tous les traités de protection des investissements (UNCTAD, *World Investment Report 2003. FDI policies for development: National and International Perspectives*, p. 89). Par ailleurs, on observe depuis 2007 une modification de la composition géographique de l'investissement direct étranger (IDE) à la faveur des tendances récentes : l'essor de l'IDE provenant des pays en développement et des pays en transition, la naissance et le développement des flux Sud-Nord, ainsi que la croissance des flux Nord-Nord et Sud-Sud (v. UNCTAD, *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, UN, New York & Geneva, 2007, p. 19). À cela s'ajoute le fait que les fonds souverains deviennent des acteurs nouveaux de l'IDE. Réalisés pour près de 75 % dans les pays développés, les IDE provenant des fonds souverains bénéficient de l'accumulation rapide des réserves constituées au cours des dernières années. Selon les analystes, ils se distinguent des autres types d'IDE par leur tolérance élevée au risque et par leur taux élevé de rendement escompté (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2008: Les sociétés transnationales et leurs rôles dans les infrastructures, Vue d'ensemble*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2008, à la p. 7).

<sup>67</sup> v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23 aux p. 6.

qu'un simple questionnement de la règle de primauté, on constate un dépassement du droit - en l'occurrence du droit international des investissements - avec l'émergence et le chevauchement de nouvelles catégories normatives: les clauses dérogatoires relatives à la protection de la sécurité, la santé et l'environnement dans des traités d'investissement, les accords parallèles, les TBI modèles qui constituent désormais de véritables «traités d'adhésion» ou encore les standards internationaux, les normes techniques, les principes directeurs, les codes de conduite, ... etc. Ce serait donc téméraire de s'en tenir exclusivement à la thèse normativiste sans prendre en compte ses nouvelles dimensions. Le système international comporte aujourd'hui une forte dose de «relativité» et de «polynormativité»<sup>68</sup>. Il est opportun qu'il puisse s'émanciper des limitations à la souveraineté de l'État par des facteurs tant juridiques que non juridiques<sup>69</sup>. Cette inférence prend à rebrousse-poil la doctrine volontariste<sup>70</sup> dont les limites conceptuelles font écho dans les théories sociologiques - objectivistes<sup>71</sup>. En définitive, il s'agit pour nous de rappeler à la suite de Rousseau<sup>72</sup> qu'aucun système juridique ne peut se construire

---

<sup>68</sup> v. P., WEIL, «Vers une normativité relative en droit international?», *RGDIP*, 1982, p. 5-47.

<sup>69</sup> v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 30.

<sup>70</sup> Il faut rappeler que la doctrine volontariste fonde le caractère du droit international sur la volonté souveraine des États. Ainsi, selon HEGEL, les États ne sont tenus au respect des traités qu'aussi longtemps qu'ils y ont intérêt (v. P., MAMOPOULOS, «Le déclin de la souveraineté», 1 *RHDI* 31 1948, plus spéc. à la p. 33). Sur l'ensemble de la question, voir généralement J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 45 et s.; P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19, p. 78 et s.; P., WEIL, «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, 1992, vol. 237, p. 44.

<sup>71</sup> Une réplique à la thèse volontariste consiste à dire qu'«une règle qui n'existe que pour ceux qui la créent et qui s'y soumettent volontairement n'est pas une règle de droit, si elle ne se rattache pas à une règle antérieure impérative par elle-même pour ceux qui sont parties à la Convention» (L., DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> Éd. E. de BOCCARD, tome 1, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927, p. 723). Les assises sociologiques du droit international se retrouvent également chez SCELLE et KELSEN qui, à travers leurs œuvres (G., SCELLE, *Précis de droit des gens*, Sirey, 1932-1934, 2 vol., 312 et 559 p.; H., KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962), tentent d'établir comme DUGUIT la réalité d'un droit objectif antérieur à la volonté collective des États. (v. généralement J.-M., ARBOUR et G., PARENT *Supra* n° 23 aux p. 45 & s.; P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 79).

<sup>72</sup> Ch., ROUSSEAU, *Droit international public*, tome 1, Éd. Sirey, Paris, 1970, p. 37; voir dans le même sens J.-M., ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23 à la p. 49 et s.; P.,

sans recourir à un élément qui lui est extérieur. En d'autres termes, il convient de reconnaître l'existence d'une complémentarité entre les sources matérielles du droit et ses sources formelles d'une part, et d'autres part, entre la *lex lata* et la *lex ferenda*<sup>73</sup>. C'est dans cette vision que doit s'inscrire le droit international des investissements comme relevant d'un droit international «internormatif»<sup>74</sup>, notamment par le fait de son rattachement à un cadre plus élargi et de nature plurielle, à l'intérieur duquel s'imbriquent des ordres juridiques différents<sup>75</sup>. Notre contribution à cet égard consistera en la formulation d'une réponse à la complexité du droit – c'est-à-dire, le droit conçu comme impliquant «récursivités et enchevêtrements de relations d'un niveau institutionnel à un autre»<sup>76</sup> et plus exactement, des relations sociales et économiques.

Il faut ensuite rappeler que ce n'est pas par goût du paradoxe que nous avons choisi d'examiner l'antagonisme entre «investissement» et «environnement» au regard du droit international. C'est d'abord parce que cette conjonction est le reflet d'une réalité qu'il convient de rechercher dans l'unité générale du droit. C'est ensuite parce que, par-delà ce qu'on a pu appeler «*The Revenge of the Trail Smelter ...*»<sup>77</sup>, l'interrelation entre investissement et environnement a connu une évolution des plus insoupçonnables. Sous des dehors souvent asymétriques<sup>78</sup>, parfois

---

DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19 à la p.107; L. BOISSON De CHAZOURNES, *Supra* n° 23 à la p 30; L., BOY, «Le principe de précaution, de la morale au droit», *La recherche*, n° 326, Décembre 1999, p. 87.

<sup>73</sup> v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, à la p. 51-52.

<sup>74</sup> v. L., BOISSON de CHAZOURNES, *Supra* n° 23, à la p. 30.

<sup>75</sup> Dans le même sens voir D., CARREAU & P., JUILLARD, *Supra* n° 56, à la p. 373, § 1073; voir également M. VIRALLY dans sa préface à l'ouvrage de J.-P., LAVIEC, *Supra* n° 20. Rappelons par ailleurs que le terme «plurielle» évoque également l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de Droit différentes s'appliquant à des situations identiques. (v. A.-J., ARNAUD, «Du jeu fini au jeu ouvert: vers un droit post-moderne», in *Le jeu: un paradigme pour le droit*, F. OST, et M. van de KERCHOVE, LGDJ, Paris, 1992, p. 119-120).

<sup>76</sup> A.-J., ARNAUD, *ibid.*, p. 119.

<sup>77</sup> L. J., DHOOGHE, *Supra* n° 29.

<sup>78</sup> Il a par exemple été souligné que les traités d'investissement sont inaptes à prendre en considération la promotion des objectifs de développement ou la protection de l'intérêt général, social et environnemental (v. W., BEN HAMIDA, *Supra* n° 48, p. 999-1000).

chimériques<sup>79</sup> mais toujours impromptus<sup>80</sup>, l'idée qu'il existe désormais un champ libre de controverse face à la complexité de cette relation est difficilement contestable. Non seulement une doctrine abondante confirme ce constat<sup>81</sup>, mais également, l'horizon juridique laisse poindre la base

---

<sup>79</sup> En ce sens que, constituant «une charte des droits exclusifs des investisseurs», les traités d'investissement seraient également caractérisés par une absence d'obligations et de responsabilités à la charge de l'investisseur, (v. W., BEN HAMIDA, *ibid.*).

<sup>80</sup> Cette tendance a manifestement été la source d'inquiétudes relayées au sein des États membre de l'ALENA, (v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 20 aux p. 270-271).

<sup>81</sup>v. J. E., VINUALES and M., JESKO LANGER, «Managing conflicts between environmental and investment norms in international Law» in *The Transformation of International Environmental Law*, Y., KERBRAT et S., MALJEAN-DUBOIS (dir.), A., Pedone & Hart, Oxford-Paris, 2011, p. 171-191; D. A., GANTZ, «Potential Conflicts Between Investor Rights and Environmental Regulation Under NAFTA's Chapter 11», (2001) 33 *The Wash. Int'l. L. Rev.* 651; J. M., WAGNER, «International Investment, Expropriation and Environmental protection», (1999) 29 *Golden Gate Univ. L.R.* 475; J. A., SOLOWAY, «Environmental Trade Barriers Under NAFTA : The MMT Fuel Additives Controversy», (1999) 8: 55 *Minn. J. Global Trade* 55; A., DUVERGER-PICHON, «Investissements internationaux, protection de l'environnement: les mécanismes de résolution des différends» in *International Investments and Protection of the Environment : The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, p. 199-235; R., DOLZER, *Supra* n° 37, p. 64-93; Th., WÄLDE, «International Disciplines on National Environmental Regulation: With Particular Focus on Multilateral Investment treaties», in *International Investments and Protection of the Environment : The Role of Dispute resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, p. 29-71; J. A., SOLOWAY, «Environmental Regulation Expropriation: the case of NAFTA's Chapter 11», (2000) 33 *Canadian Bus. Law J.* 101; Th., WÄLDE & A., KOLO, *Supra* n° 26, p. 811-848; M., ARBOUR, *Supra* n° 30, p. 13-14; Y., NOUVEL, *Supra* n° 36, p. 81; M., YEE, «The Future of Environmental Regulation After Article 1110 of NAFTA : A Look at the Methanex and Metalclad Cases», 9 *Hasting W.-Nw. J. Env't'l L. & Pol'y* 85 (2002-2003); Y., FORTIER, «Care at Investor: The Meaning of « Expropriation » and The Protection Afforded Investors under NAFTA», *New from ICSID*, vol. 20, n°1, Sumer 2003, p. 1, 10-13; D. M., McRAE, Trade and Environment: Competition, Cooperation or Confusion?, 41 *ALTA. L. REV.* 745, 759 (2003); A., De MESTRAL, «The NAFTA Commission on Environmental Cooperation: Voice for the North American Environment?», in *Economic globalization and compliance with international environmental agreements*, A., KISS, D., SHELTON et K., ISHIBASHI, (ed.), Kluwer Law International, La Haye, 2003, p. 283-297; S., GAINES, «Protecting investor, protecting the environment: the unexpected story of NAFTA» in *Greening NAFTA: The North American Commission for environmental cooperation*, D., L., MARKELL et J., KNOX, (ed.), Stanford University Press, Stanford, 2003, p. 173-196; I., MADALENA, «Foreign direct investment and the protection of the environment: the border between national environmental regulation and expropriation», *European Environmental law review*, 2003, vol. 12, n° 3, p. 70-80; J., COE, Jr. & N., RUBINS, Regulatory Expropriation and The Tecmed Case: Context and Contributions, *International Investment Law and Arbitration* 597 (Todd Weiler ed. 2005); T. L., ANENSON, «Defining States Responsibility under NAFTA chapter Eleven: Measures «Relating to» Foreign Investors», 45 *VA. J. Int'l L.* 675 (2005); « Protection de l'environnement, commerce international et investissements », in *Protection internationale de l'environnement*, L.,

d'un nouveau système<sup>82</sup> qui organise la confrontation entre deux types de protection, l'un spécifique à l'investissement et l'autre à l'environnement. Le dessein final de cette étude n'est-il pas de rechercher comment réconcilier les intérêts en présence dans une relation mettant en lien deux ou plusieurs acteurs des relations économiques internationales? «Le droit, c'est d'abord un ensemble de techniques pour réduire les antagonismes sociaux» disait Miaille<sup>83</sup>. C'est également un moyen de réduire les inégalités qui sont inhérentes à certaines catégories de relation et dont la présence vicie l'authenticité et compromet l'équilibre des droits et obligations conventionnels. Sous cet éclairage, il n'est pas surprenant que les principaux courants de doctrine évoqués plus haut aient eu originellement pour fondement le postulat de l'égalité<sup>84</sup>. Ce n'est, en effet, qu'à partir du moment où l'on a admis l'existence de l'inégalité dans les rapports contractuels qu'on a commencé à entrevoir les possibilités de lésion et découvert les notions de clauses abusives, d'exploitation, d'iniquité, de désavantages déraisonnables, et finalement de déséquilibre contractuel. Si toutefois, la doctrine n'est pas tombée d'accord pour définir de manière

---

BOISSON de CHAZOURNES, R., DESGAGNE, M., M., MBENGUE, C., ROMANO, (dir.), Pedone, Paris, 2005, p. 575-619; A., NEWCOMBE, *Supra* n° 29; Ch., LEBEN (dir.), *Supra* n° 20; S., BAUGHEN, «Expropriation and Environment Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter 11», 18 *J. Environmental L.* 207 (2006); A., ALVAREZ-JIMENEZ, «The Methanex Final Award: An Analysis from the Perspectives of Environmental Regulatory Authorities and Foreign Investors», 23 *J. Int'l L. Arb.* 427 (2006); J. C., LAWRENCE, «Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriation After Methanex», 41 *GA. L. REV.* 261 (2006-2007); E., ANTAL, «Lessons from NAFTA: The Role of the North American Commission for Environmental Cooperation in Conciliating Trade and Environment», 14 *Mich. St. J. Int'l L.* 167 (2006); Ch.-E., CÔTÉ, «Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State», *J.W.I.T.*, vol. 12, Juin 2011(3), p. 321-350.

<sup>82</sup> Entendu dans le sens hartien c'est-à-dire, un ensemble de normes de comportement identifiées par des règles de reconnaissance dont la modification et l'exécution sont assurées par des règles de changement et d'adjudication (v. H., L., A., HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1907-1992, 263 pages; *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 21 et plus spéc. 119-143).

<sup>83</sup> M., MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, F. MASPEROS, Paris, 1976, p. 23.

<sup>84</sup> Le concept de l'égalité, aussi bien chez GROTIUS (*Le droit de la guerre et de la paix*, *Supra* n° 4, p. 317-377) que chez VATTEL (*Le droit des gens, ou principes de la Loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Neuchâtel, Édition du Journal Helvétique 1758, p. 158 et s.) est à cet égard très éclairant.

unanime un fondement en ce qui concerne le droit international<sup>85</sup>, l'évidence de *l'équilibre* est telle qu'on a pu y voir l'essence même des traités:

La recherche *d'équilibre* dans les traités est à la base de leur négociation et de leur application. Elle a soulevé, soulève et soulèvera sans doute encore de très grosses difficultés <sup>86</sup>.

Dès lors, il ne s'agit plus simplement de poser le postulat de l'égalité à travers celui de *l'équilibre* général du droit. Il est surtout question de savoir si l'on peut passer de *l'équilibre* du droit au droit de *l'équilibre des intérêts* et vice versa ? Autrement dit, le fait d'être avant tout un principe moral, politique, de justice et d'équité empêche-t-il *l'équilibre des intérêts* de conserver son caractère juridique ?

Il faut, à cet égard, rappeler le fait que nulle notion *d'équilibre* n'intervient explicitement dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>87</sup>. Toutefois, en tant que règle juridique non écrite - ne tirant pas son fondement d'une source conventionnelle ni de la coutume internationale - sa validité procède d'une double transposition: celle de la captation par le droit de l'idée sociale imprécise à la frontière du droit et du non-droit, et celle de sa confirmation d'un ordre juridique (interne) à un autre (international). Cette inférence n'évacue pas pour autant la question plus précise des caractéristiques propres à un principe général de droit ni d'ailleurs celle de la prétention totalitaire de *l'équilibre des intérêts*. Il semble alors justifié de se demander si nous sommes finalement

---

<sup>85</sup> Un panorama des doctrines anciennes montre que «seule une étude exhaustive permettrait de dresser un bilan de l'historiographie sur ce sujet» et que le droit international continue aujourd'hui de s'interroger sur son fondement ainsi que sur les sources de son renouvellement. (v. J., BARTHÉLEMY, H., NÉZARD, L., ROLLAND, J., BASDEVANT, G., SCALLE, P., AVRIL, J., DELPECH, L., OLIVE, A., MALLARMÉ, H., BAILBY, *Les fondateurs du droit international*, Panthéon-Assas, Paris, 2014, p. 10; v. également P.-M., DUPUY et V., CHETAIL (dir.), *The Roots of International Law : Les Fondements Du Droit International: Liber Amicorum Peter Haggemacher*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014).

<sup>86</sup> J.-P., NIBOYET, «La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé», in *R.C.A.D.I.* 1935, II, p. 263.

<sup>87</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 *R.T.N.U.* 354 ; 8 *I.L.M.* 679; *RT Can.* 1980 n° 37.



en présence d'un principe référentiel total, à la fois épistémologique, politique et juridique, et dont l'applicabilité en droit international des investissements est le trait marquant de son caractère évolutif ?

À son niveau le plus apparent, le droit international des investissements se fonde sur un idéal *d'équilibre* qui implique à la fois une équivalence et une réciprocité des droits et intérêts entre des sujets formellement «égaux». Cela semble en effet correspondre au souhait de certains commentateurs de voir construit dans la sphère du droit international économique,

[...] un ensemble de règles ou de principes qui puisse jouer à l'échelon international un rôle analogue à celui que joue, ou du moins jouait à l'origine, le système anglais de l'*equity* dans les pays de *common law* qui l'ont adopté <sup>88</sup>.

Toutefois, comme l'ombre des choses à venir mais dont le corps est dans la règle d'*équilibre* elle-même, l'équité ne pouvait être - malgré le fait qu'elle en possède toutes les vertus - l'exacte représentation d'un principe qui n'aura été amené à la perfection d'un principe juridique que postérieurement, grâce notamment à l'évolution des relations économiques internationales. Cela explique, nous semble-t-il avec la plus grande justesse, le constat selon lequel: « La notion d'équité a été impuissante jusqu'à présent, à redessiner les paramètres fondamentaux des relations économiques internationales »<sup>89</sup>. Il serait, par conséquent, logique et entièrement satisfaisant de prendre en considération ce bémol dans la suite de notre analyse car, la parenté entre les deux notions est à la fois réelle et chronologiquement fondée. À cet effet, la préoccupation demeure essentielle à savoir à quel niveau se situerait alors la ligne spécifique de démarcation entre l'équité et *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements ?

---

<sup>88</sup> v. *Barcelona Traction*, l'Opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, *Supra* n° 21, p. 86, § 36.

<sup>89</sup> J., ARBOUR, « La normativité du principe des responsabilités communes mais différenciées », *Les Cahiers de droit*, Vol. 55, N°1, mars 2014, p. 74.

Sans préjuger de la réponse à cette question, notre intérêt pour le principe *d'équilibre* réside dans le résultat de son maniement: un surcroît de protection en faveur de *l'intérêt général* à travers une hiérarchisation des intérêts parfois contradictoires. *L'intérêt général* apparaissant ici comme le succédané d'une finalité d'actions publiques ou institutionnelles relatives aux besoins de la population prise dans son ensemble, qui servait de justification à l'intervention des pouvoirs publics mais qui, de plus en plus aujourd'hui, relève de la société civile en tant qu'expression de la volonté générale, et qui évolue en fonction des nouveaux enjeux, tel par exemple la protection à l'échelle mondiale de l'environnement, la sécurité et la santé. Face à la cacophonie des intérêts qui sont généralement en présence, le paradigme de *l'équilibre* apparaît comme une réponse médiane et le choix conceptuel le plus judicieux - du point de vue épistémologique. En effet, la philosophie à la base du concept n'est pas seulement conciliante. Elle est également harmoniste et anticipative. L'idée est inhérente à la logique du droit relationnel et sa mise en œuvre peut être déterminante dans la réalisation des droits et obligations conventionnels. Le concept *d'équilibre des intérêts* porte en lui la fibre d'une reconnaissance de la société civile comme un acteur clé du contentieux. Il semble également le plus à même d'offrir la possibilité d'explorer les difficultés surprises liées à la prise de mesures gouvernementales dont *l'objet* n'est pas d'exproprier mais dont *l'effet* se traduit par une privation de droits chez l'investisseur étranger. Au surplus, le caractère évolutif du principe *d'équilibre* implique l'intégration de dimensions nouvelles dans l'encadrement juridique de l'investissement international et consiste à prendre en compte des valeurs fondamentales relatives à la protection de la santé, la sécurité, l'environnement ainsi que les droits des travailleurs. *L'équilibre des intérêts* joue, à cet égard, un rôle déterminant dans la transformation de l'arsenal juridique relatif à l'investissement : la norme conventionnelle qui, hier, était le lieu privilégié pour l'expression des

intérêts économiques des parties engagées dans une relation d'investissement, devient une norme de finalité intégrant les valeurs sociales et environnementales. L'ouverture et l'adaptation du droit international des investissements à l'environnement juridique moderne trouvent ainsi leurs expressions véritables dans la nature de *l'équilibre des intérêts*, marque de relativité du droit et trait d'union entre une série de normes interférentes.

### *Approche méthodologique*

Le cadre d'analyse ainsi rappelé s'appuie sur un nouveau paradigme et un nouvel esprit du droit international des investissements plus sensible à la finalité des normes de protection que celui-ci a sous son emprise. Notre approche méthodologique consistera, plus généralement, à faire état de cette réalité à travers une analyse aussi bien exégétique, interdisciplinaire que comparative permettant d'investir la dynamique à la fois holistique, rétrospective et évolutive de la problématique étudiée. Cela implique ensuite de prendre en considération les limites d'une méthode classique consistant à considérer le droit comme un tout, qui se suffit à lui-même, et qui se présente comme étant une source de sauvegarde contre l'arbitraire, mais dont le défaut majeur serait d'isoler de toute influence extérieure une discipline qui est appelée à s'adapter aux nécessités pratiques de la vie économique internationale. Ce faisant, l'œuvre juridique n'aurait rien eu en commun avec ni la justice, ni l'équité, ni l'utilité sociale, mais aurait été simplement un beau chef d'œuvre de logique à l'allure scientifique. À cette méthode purement syllogistique nous préférons une approche plus souple et plus nuancée, mais plus rationnelle en ce sens qu'elle demande de découvrir les solutions les plus en harmonie avec les besoins actuels de la pratique. Plutôt que d'arrêter dans son développement le système d'encadrement juridique et de considérer comme définitivement achevée la vie normative dès lors que sa

construction d'ensemble est complétée, on essayera ici de prendre en considération son évolution historique par l'afflux de tous les éléments de vie successifs qui pourraient lui venir du dehors en ayant à l'esprit le fait que:

La norme d'encadrement juridique dispose pour sa régénérescence de deux pôles de validité : le pôle interne qui lui permet d'affirmer sa conformité par rapport à une autre norme juridique et le pôle extérieur qui lui permet de marquer son ouverture, pour pouvoir se construire sur des faits empruntés à d'autres systèmes <sup>90</sup>.

Il s'agit en définitive de passer d'une approche unitaire à une approche plus conciliante pouvant permettre au spécialiste du droit des investissements de s'ouvrir à tout type de normes socio-sanitaires et environnementales tout en sauvegardant l'autonomie conceptuelle propre à son domaine de spécialité. Au risque toutefois d'être qualifiée de «dogmatique» en ce qu'elle cherche à faire triompher de nouveaux critères de juridicité, notre approche contraste cependant par une démarche syncrétique du droit dont la finalité est d'associer toutes les conceptions de la juridicité : «*soft law*», «*hard law*», «*lex lata*», «*lex ferenda*» ou encore «droit global», «droit en réseau», «interprétation évolutive», etc. Certes, cette approche eu été inopérante si elle ne combinait pas une démarche inductive avec l'hypothético-déductive. Pour cette raison, nous ne saurions écarter toute démonstration analytique consistant en une articulation rigoureuse entre les règles, la pratique et les commentaires qu'elles suscitent, ni d'ailleurs toute interprétation visant une généralisation des règles de comportement - dès lors que celles-ci existent et sont préalablement validées par des règles de forme.

Plus concrètement, et étant donné ce choix de direction quelque peu singulier, il conviendra d'abord de nous affranchir de l'ornière de la protection juridique de l'investissement international pour pouvoir, ensuite, étudier son évolution sous l'angle particulier de *l'équilibre des*

---

<sup>90</sup> L., BOY, *Supra* n° 72, à la p. 87.

*intérêts* - aussi bien dans sa portée actuelle que dans les manifestations logiques, originelles de celui-ci. Et, d'un point de vue purement épistémologique, nous ne saurions mieux appréhender l'extension continue du droit international des investissements à de nouvelles considérations ou catégories normatives sans vérifier l'influence du premier sur les secondes et vice-versa. En tant que source de droit, la structure ambivalente du principe d'*équilibre* joue à cet égard d'un grand poids dans la détermination de cette influence qu'elle mérite d'être clarifiée (Partie 1). Non seulement pour sa capacité de médiation entre les intérêts en présence mais également pour sa nature véritable de règle de droit se déclinant, tantôt comme une politique juridique (Titre II), tantôt comme un principe général de droit (Titre I). Sa principale sphère d'influence en droit international des investissements se trouvant dans l'interaction entre investissement et environnement, c'est également à ce niveau qu'il faut essayer d'appréhender sa mise en œuvre effective (Parties 2). Car, si les préoccupations soulevées trouvent leur champ de manifestation dans le contentieux de l'expropriation indirecte ou rampante, c'est d'abord parce qu'elles prennent source dans l'absence d'une norme de référence face à l'antagonisme investissement/environnement et qu'elles impliquent une remise en cause de certains principes ou traduisent des incertitudes quant à la validité de certaines règles coutumières. C'est ensuite parce qu'elles se conjuguent en la nécessité de réformer l'arsenal juridique relatif à l'investissement. Il importe d'en dégager les éléments de continuité et de nouveauté qui se sont manifestés au cours des six dernières décennies, en insistant sur les plus novateurs (Titre III). Enfin, les applications régulières d'une règle juridique étant pour celle-ci une source de consolidation, c'est en examinant la position des tribunaux que l'on parvient à cerner sa portée réelle. Le recours au principe d'*équilibre* tendant, à cet égard, à se faire jour dans la pratique internationale relative à l'investissement (Titre IV) et sans exagérer la portée de certaines de ces manifestations, on relèvera la place que des considérations d'*équilibre des intérêts* ont tenue dans la

sentence *Tecmed*<sup>91</sup> ainsi que dans de nombreuses autres affaires ayant fait du contentieux de l'expropriation indirecte le principal champ d'expression du principe d'*équilibre des intérêts*<sup>92</sup>. Cela nous conduira à conclure sur la question de l'applicabilité générale de ce principe quant aux rapports entre investissement et environnement.

---

<sup>91</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, 43 *ILM* 133 (2004), § 122.

<sup>92</sup> v. les affaires précitées notamment *Southern Pacific Properties (SPP) c. République arabe d'Égypte*, *Supra* n° 27; *Ethyl Corporation c. Canada*, *Supra* n° 27; *Metalclad Corp. c. Mexique*, *Supra* n° 27; *Methanex Corp. c. États-Unis*, *Supra* n° 27; *Dow Agro Sciences L.L.C. c. Canada*, *Supra* n° 27; *Copper Mesa Mining Corporation c. Republic of Ecuador*, *Supra* n° 27; *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) c. The Republic of Ecuador*, *Supra* n° 27; *Burlington Resources Inc. c. Republic of Ecuador*, *Supra* n° 27.

**Première partie**

**L'AMBIVALENCE STRUCTURELLE DE  
L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS**

Le problème de l'*équilibre des intérêts* en droit international des investissements chevauche celui du contentieux économique international dont il reprend et synthétise la dynamique et l'évolution. Mais, comme d'un point aveugle de la doctrine juridique<sup>93</sup>, la notion d'*équilibre des intérêts* vit d'une vie curieuse:

Connue, elle n'est pas reconnue. Répandue, elle n'a pas de statut. Généralement utilisée dans le discours sur le droit, elle n'a pourtant pas de place bien déterminée dans le discours du droit – surtout du droit positif<sup>94</sup>.

Au-delà des considérations de fond, cette description par emprunt du phénomène notionnel<sup>95</sup> permet de rendre compte avec une étonnante précision du problème notamment en ce qui concerne le statut juridique de l'*équilibre des intérêts*. Généralement considéré comme une technique d'apaisement des relations juridiques entre des partenaires inégaux, l'*équilibre des intérêts* présente également des caractéristiques d'un principe juridique autrefois destiné à déterminer les limites des droits et obligations des parties dans une relation contractuelle. Ses succès historiques en tant que principe politique et son empreinte juridique en tant que critère de qualification de l'abus de droit ont subsisté pour contribuer à lui donner le caractère amphibie qu'il recouvre aujourd'hui. Quelle est la place de ce principe dans l'évolution actuelle du droit international des investissements et en quels termes se pose la question de sa prise en compte dans la détermination du niveau optimum de satisfaction des intérêts des parties, le degré d'équivalence des droits et obligations respectifs dans une relation d'investissement?

---

<sup>93</sup> v. G., TIMSIT, « Sur deux points aveugles de la doctrine juridique: nouvelles considérations sur le dialogisme normatif », in *Le droit, une variable dépendante, Mélanges LAJOIE, P., NOREAU et L., ROLLAND* (dir.), Les Éditions Thémis, Université de Montréal, 2008, p. 359-379.

<sup>94</sup> Ibid., p. 361.

<sup>95</sup> Par ces termes, TIMSIT décrivait la situation de deux autres notions juridiques que l'auteur a cernées sous le prisme du dialogue normatif. Il s'agit des notions de «gouvernement de juge» et de «régulation» (G. TIMSIT, *ibid.* aux p. 362 et s.).



Le terme *d'équilibre* implique certes des notions voisines de «symétrie», d'«équivalence» et d'«équité», mais il ne signifie nullement la technique de réalisation de celles-ci. À les rechercher, on contribue à l'élaboration d'une nouvelle approche dans l'examen des problèmes juridiques de l'investissement international. Pour pouvoir mieux comprendre en quoi consiste sa prétention totalitaire, nous allons d'abord examiner son enracinement juridique en tant que principe général de droit (Titre I) avant d'analyser ses spécifications particulières en droit international des investissements (Titre II).

## TITRE I L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS COMME UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE DROIT

C'est autrement poser la question de la nature juridique de *l'équilibre des intérêts* et de sa délicate utilisation que de la définir comme étant un principe général de droit. Il n'y a toutefois pas d'objections sérieuses à cette assimilation si l'on s'en tient à la définition du professeur Pellet selon laquelle les principes généraux de droit sont des

[...] règles générales dégagées empiriquement de la concordance des solutions données à un problème juridique par les droits des divers États du monde, et transposées à la sphère des relations internationales <sup>96</sup>.

Sur cette base nous pourrions considérer que, malgré son caractère récessif, *l'équilibre des intérêts* compte parmi les sources de droit mentionnées à l'article 38, paragraphe 1(c) du Statut de la CIJ<sup>97</sup> - dès lors que nous aurions démontré successivement son existence en droit interne (Chap.1) puis sa transposition en droit international (Chap. 2). Il ne s'agit pas seulement de marquer le passage du fait au droit, de l'idée sociale plus ou moins vague à l'obligation juridique dans les ordres juridiques considérés; mais surtout d'examiner en quoi la pratique est prête à accueillir favorablement ou accueille déjà le principe d'*équilibre* - aussi bien dans son fondement que dans ses manifestations factuelles - comme étant une règle de nature contraignante. Il s'agit en définitive de reconsidérer la double métamorphose de *l'équilibre des intérêts* en tant règle applicable aux personnes privées en droit interne et qui devient ensuite applicable aux personnes publiques dans l'ordre international.

---

<sup>96</sup> A., PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue publiquement le 9 février 1974, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, p. 326.

<sup>97</sup> Nous nous référons ici aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (v. le texte du Statut sur le site officiel de la CIJ, <https://www.icj-cij.org/fr/statut>). Toutefois, pour la suite de la discussion, nous retiendrons le terme « principes généraux de droit » tel que défini par PELLET (*ibid.*).

## Chapitre 1

# FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS

Entre l'essence même de *l'équilibre des intérêts* et son existence en tant que source de droit, il y a une passerelle qui est la raison typique de son appartenance à la catégorie des principes généraux de droit. Outre son autonomie, sa généralité et son caractère abstrait, ses diverses fonctions (logique, axiologique, unificatrice et correctrice) lui confèrent une utilité opérationnelle au sein de l'ordre juridique concerné. Celles-ci peuvent également se traduire par la concrétisation de certaines normes ou la transformation de leur contenu normatif en des règles plus détaillées. *L'équilibre des intérêts* devient alors une norme structurante, une sorte de super-norme génératrice d'autres normes et qui, en même temps, est comme une fenêtre sur celles-ci.

Malgré cette marque de complétude relative au caractère juridique du principe d'*équilibre*, il demeure essentiel, tel qu'indiqué en introduction à ce premier titre de notre étude, que l'étape initiale d'un raisonnement visant à établir l'existence d'un principe général de droit doit être d'en démontrer l'existence en droit interne (1.2.) puis, la seconde, sa transposition en droit international. Or, ayant pris pour point de départ l'article 38, paragraphe 1(c) du Statut de la CIJ, il s'avère que cette disposition ne peut être interprétée de manière univoque - quant à la signification de l'expression « principes généraux ». Cela laisse suggérer que *l'équilibre des intérêts* peut également recouvrir les caractères d'une série de principes ou de toutes autres règles substantielles applicables en droit international<sup>98</sup> dont notamment les « principes généraux du droit

---

<sup>98</sup> v. plus généralement les principes du droit international ayant fait l'objet d'un enseignement à l'Académie de Droit international de La Haye (v. par exemples, H., ROLIN, «Les principes de droit international public», *RCADI* 1950-II, n° 77, p. 305-479; P., GUGGENHEIM, «Les principes de droit international public», *RCADI* 1952, n° 80, p. 2-

international». Il importe dès lors de clarifier, avant d'aller plus loin dans la discussion, la dichotomie entre «principes généraux de droit» (PGD) et «principes généraux du droit international» (PGDI) (1.1.) en insistant sur le potentiel novateur des premiers.

### **1.1.- La dichotomie entre principes généraux de droit et principes généraux du droit international**

Nombreuses sont les controverses relatives aux principes généraux dans la littérature contemporaine du droit international<sup>99</sup>. Pourtant simple d'apparence, la difficulté de la question surgit lorsqu'arrive le moment de définir plus nettement le terme «principes»<sup>100</sup>. Et, comme pour confirmer la dimension pratique de la question, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a estimé, dans son arrêt relatif à l'affaire du *Lotus*<sup>101</sup>, que :

[...] le sens des mots «principes du droit international» ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale<sup>102</sup>.

---

189; Ch., de VISSCHER, «Cours général de principes de droit international public», *RCADI* 1954-II, n° 86, p. 445-556; G., SCHWARZENBERGER, *RCADI* 1955-I, n° 87; Sir G., FIRZMAURICE, «The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law», *RCADI* 1957-II, n° 92, 1-223; Ch., ROUSSEAU, «Caractère normatif du Droit des Gens», *RCADI* 1958-I, n° 93, p. 394-462; M., SØRENSEN, «Principes de droit international public», *RCADI* 1960-III, n° 101, p. 1-251; P., REUTER, «Principes de droit international public», *RCADI* 1961-II, n° 106, p. 655-683; R. Y., JENNINGS, «General Courses on Principles of International Law», *RCADI* 1967, n° 121, p. 327-600.

<sup>99</sup> Le professeur Rousseau écrivait à ce propos que « peu de problèmes juridiques ont provoqué dans la littérature contemporaine du droit international autant de discussions et de controverses que celui des principes généraux du droit » (Ch., ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, A. Pedone, Paris, 1944, t. I, p. 372).

<sup>100</sup> Il convient également d'ajouter le fait que le droit international est peu conceptualisé et souffre de la faiblesse de ses expressions formelles (v. R., KOLB, «Des problèmes conceptuels, systématiques et terminologiques en droit international public», *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2001, vol. 56, p. 502; v. aussi Ch., De VISSCHER, *Supra* n° 24, p. 164 et s.; A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 342).

<sup>101</sup> v. *Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, n° 9, 1927, C.P.J.I, série A, n° 10, p.16.

<sup>102</sup> *Ibid.*

Des prémisses fournies par cet arrêt, l'on pouvait alors observer que les « principes généraux du droit international » sont des « principes extrapolés à partir des règles existantes en droit international »<sup>103</sup>. Or, une clarification dans ce sens ne fait qu'introduire la discussion sur la question du rapport entre les principes évoqués et les « principes généraux de droit » - en général. Plus particulièrement, lorsqu'on sort du cadre limité de l'affaire du *Lotus*<sup>104</sup> pour se mettre à un niveau de référence plus large - comme c'est le cas de l'article 38 (1) (c) du Statut de la CIJ - la question peut se poser de savoir lequel des deux types de principes généraux convient-il de retenir ?

D'un certain point de vue, il serait plus avisé de considérer les travaux préparatoires à la rédaction de l'article 38 comme le repère d'analyse offrant un ensemble plus cohérent de réflexions dont nous pouvons disposer pour répondre à la question<sup>105</sup>. Paradoxalement, cette quête de clarification - à la lumière de la genèse du texte de base - va générer une multitude d'interprétations et donner naissance à, environ, quatre courants doctrinaux défendant chacun au moins une position<sup>106</sup>.

À défaut de pouvoir discuter en détail de ces différentes thèses, nous nous contenterons ici de faire un rappel synthétique de la controverse doctrinale (1.1.1.) pour ensuite indiquer lesquels des traits caractéristiques des deux types de principes généraux correspondent le mieux à ceux de *l'équilibre des intérêts* et qui, en définitive, justifient la classification de celui-ci dans la catégorie des principes généraux de droit (1.1.2.).

---

<sup>103</sup> A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 12, note n°5.

<sup>104</sup> Où l'article 15 de la *Convention de Lausanne du 24 juillet 1923 relative à l'établissement et à la compétence judiciaire* ([Traité de Lausanne \(1923\)- Grèce/Turquie \(ulaval.ca\)](http://www.ulaval.ca)) renvoie les Parties contractantes aux principes du droit international pour la délimitation de leurs compétences judiciaires respectives. (v. *Lotus*, *Supra* n° 101, p.16).

<sup>105</sup> v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 63.

<sup>106</sup> Pour un survol des thèses en présence v. A., PELLET, *Supra* n° 96, aux p. 342-357; et plus récemment, v. R., KOLB, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Institut universitaire de hautes études internationales (Genève, Suisse), Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 3-79.

### 1.1.1.- Bref rappel de la controverse doctrinale

De toutes les positions évoquées et dont certaines ont longtemps prévalu, on peut citer : la thèse qui considère que l'article 38 vise exclusivement les principes généraux du droit international; celle qui prend en compte à la fois les principes généraux de droit et du droit international; la thèse qui soutient l'idée d'une définition large pouvant inclure tous les principes inhérents à tout système juridique; et enfin, celle qui estime que l'article 38 ne vise que les principes généraux de droit, et eux seuls<sup>107</sup>.

Pour mieux comprendre l'origine de cet éclatement de la doctrine, il faut remonter la source des opinions exprimées par les différents auteurs. On réalise alors que la controverse anciennement alimentée par les tenants de l'école universaliste et de l'école individualiste - sur le fondement du droit international - a drainé dans son sillage la conception des auteurs sur la place des principes généraux dans l'ordre juridique international<sup>108</sup> et cristallisé la division entre d'une part les objectivistes dont les positions sont davantage proches du monisme, et d'autre part les positivistes influencés par le dualisme<sup>109</sup>. Si, par «volontarisme strict», ces derniers réduisent le droit international à l'expression de la volonté de l'État, niant l'existence de tout principe commun, et considérant que la coutume ou les traités contiennent en leur sein les principes généraux qu'ils assimilent par ailleurs à l'équité extra-juridique, les objectivistes se revendiquent de la thèse universaliste qui cherche à étendre le rôle et la place des principes généraux<sup>110</sup>. Pour ce faire, ils reconnaissent la qualité de source de droit autonome aux principes généraux qui sont, selon eux,

---

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> v. A., VERDROSS, «*Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*», *RCADI*, 1935, n° 52, p. 195 et s.

<sup>109</sup> v. R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

<sup>110</sup> Ibid.

soit consubstantiels à tout système juridique (international ou interne), soit déductibles par analogie des principes universellement admis dans les droits internes comme une émanation de la conscience collective, de l'idée de justice objective, du droit naturel<sup>111</sup>.

Sur le point spécifique de l'interprétation de l'article 38 du Statut de la CIJ, il faut toutefois observer que cette matrice binaire (universalistes-objectivistes-monistes d'une part et individualistes-positivistes-dualistes de l'autre) ne peut suffire à contenir toutes les thèses en présence. Il convient à cet égard de reconnaître, comme la plupart des internationalistes, qu'il y a inévitablement un recoupement entre les différentes positions<sup>112</sup>. Cela tient particulièrement au fait que, même les thèses majoritaires sont si empreintes de nuances qu'elles restent difficilement pondérables<sup>113</sup>. On pourrait néanmoins tenter un rapprochement point par point afin de rallier certaines positions autour d'une préoccupation commune malgré leur différence de sensibilité.

La première, à cet égard, est la thèse qui assimile les principes généraux de l'article 38 aux principes du droit international. Inspirées du volontarisme, les conceptions issues de cette thèse reposent sur un «dualisme strict» qui commande une séparation rigide des systèmes juridiques et la négation d'une source autonome pouvant être reconnue aux principes généraux de droit interne dans l'ordre juridique international. Il en résulte qu'il ne peut y avoir une intégration verticale de ces principes dans le droit international, sauf dans le cadre strict d'un renvoi par voie conventionnelle ou coutumière<sup>114</sup>. Les auteurs qui rallient

---

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> v. notamment Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 99, p. 372; A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 343; R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

<sup>113</sup> v. R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79, note 116.

<sup>114</sup> Ibid., p. 3-79.

cette position<sup>115</sup> sont également ceux qui, pour une raison<sup>116</sup> ou une autre<sup>117</sup> démontrent une hostilité au phénomène de la transposition - vu l'inexistence supposée de principes communs aux deux ordres juridiques. Malgré la caution jurisprudentielle dont elle peut se prévaloir - mais qui d'un autre point de vue est restée isolée<sup>118</sup> - les limites théoriques de cette thèse ont été suffisamment soulignées<sup>119</sup>. Ses principaux écueils ne se limitent pas seulement à l'antécédent du refus par la CIJ d'admettre la conformité au droit international de *l'actio popularis* pour la défense de *l'intérêt public*<sup>120</sup>. Ils intègrent plus globalement l'incompatibilité de la thèse de rejet avec la longue pratique des tribunaux internationaux

---

<sup>115</sup> v. par exemples, D., ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Traduit de l'italien par Gilbert Gidel, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 116 et s.; K., STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1934-I, n° 47, p. 259-596; L., KOPELMANAS, « Quelques réflexions au sujet de l'article 38,3o du Statut de la CPJI », *RGDIP* 1936 (43), p. 285-308; A.P., SERENI, « International economic institutions and the municipal law of states », *RCADI* 1959 (96), p. 129-139; H., KELSEN, *Principles of International Law*, 2e éd., New York, 1966, p. 539 et s.; G.I., TUNKIN, « Co-existence and International Law », *RCADI* 1958-III, n° 95, p. 1-81; G., HERCZEGH, *General Principles of Law and International Legal Order*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1969, p. 55 et s.; I. L., LUKASHUK, « Sources of Present Day International Law », in *Contemporary International law*, G.I., TUNKIN (Éd.), Progress Publishers, Moscou, 1969, p. 186; G.I., TUNKIN, « International law in the international system », *RCADI* 1975-IV, n° 147, p. 1-218; B., VITANYI, « Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de « Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », *RGDIP*, 1982, Vol. 86, p. 56-61.

<sup>116</sup> L'antagonisme idéologique entre le communisme et le capitaliste d'une part, entre les systèmes juridiques autocratiques et les systèmes juridiques démocratiques d'autre part, a été l'argument fondateur de la réflexion tendant à remettre en cause l'existence des principes généraux comme étant des principes normatifs communs aux deux systèmes juridiques opposés que sont le socialisme et le capitalisme. Cette vision est essentielle dans la conception des juristes socialistes et se nourrit de l'idéologie marxiste-léniniste. Selon eux, l'ordre juridique est une superstructure en vue de réaliser un équilibre passager, voire précaire, des intérêts en présence. Une restriction maximale de la portée du droit au bénéfice de l'Etat et de sa souveraineté vise à cet effet à assurer qu'une obligation internationale ne puisse être mise à la charge de l'Etat (v. TUNKIN, « Co-existence and International Law », *ibid.*, p. 26; « International law in the international system », *ibid.*, p. 102; HERCZEGH, *ibid.*, p. 55, 123-124; v. L., KOPELMANAS, *ibid.*, p. 293-295, 303; KELSEN, *ibid.*, p. 539-540; VITANYI, *ibid.*, p. 56-61 ; et pour une analyse critique v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 343-349; R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79).

<sup>117</sup> La perspective individualiste impliquant non seulement le rejet des principes généraux de droit comme source autonome mais également un relativisme prudent conçu ici comme un contre-pied à toute conception universaliste du droit (v. R., KOLB, *Supra* n° 106, note n°130, p. 3-79).

<sup>118</sup> v. *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, *CIJ Rec.*, 1966, §. 88, p. 47.

<sup>119</sup> v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 343-349; R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

<sup>120</sup> v. *Sud-Ouest africain*, *Supra* n° 118, §. 88, p. 47.



observée depuis 1794<sup>121</sup>. Les arbitres avaient alors été fréquemment conduits à recourir à certains principes reçus dans les droits internes des États et l'idée que ces principes devraient nécessairement trouver à s'appliquer aux rapports internationaux était de plus en plus admise<sup>122</sup>. Cet élément important a d'ailleurs été déterminant lors de l'élaboration du projet de Statut de la CPJI par le Comité consultatif de juristes établi à cet effet par la S. d. N. en 1920. Plutôt que de chercher à faire une réforme dans le but d'exclure les sources issues des droits internes, celui-ci a préféré la voie de la continuité consistant à codifier une pratique internationale existante. Selon le baron Descamps du Comité de juristes, les dispositions de l'article 38, paragraphe 1, lettre c, ne donnent pas aux juges un pouvoir nouveau, étant donné le caractère constant de la mise en œuvre des règles auxquelles il y est fait référence :

On semble avoir l'impression que les normes formulées par le Président donnent aux juges un pouvoir nouveau qui n'a jamais été reconnu par l'Assemblée des États. Le Président rappelle cependant que, même en ce qui concerne les lois de la guerre, les États assemblés en 1907 ont fait appel au droit des gens tel qu'il résulte non seulement des usages établis entre les nations civilisées, mais des exigences de la conscience publique. L'application des normes signalée par le Président est d'ailleurs de pratique constante dans les juridictions internationales; on ne voit pas les

---

<sup>121</sup> Avec les commissions mixtes instaurées par les traités d'amitié, de commerce et de navigation dont le tout premier a été le *Jay Treatie* signé le 9 novembre 1794 entre les États-Unis et la Grande-Bretagne. Le Traité Jay (du nom du négociateur américain John Jay, premier juge en chef de la Cour suprême des États-Unis) a créé trois commissions d'arbitrage mixtes qui ont statué sur la plupart des différends entre les États-Unis et la Grande-Bretagne de 1794 à 1904. Il est essentiel de noter (en ce qui nous concerne) que c'est avec ce type de traité que la pratique arbitrale s'est véritablement orientée vers la recherche d'équilibre entre les intérêts en présence: « Le rôle de l'arbitre est clairement devenu celui de maintenir l'équilibre en cas d'égalité entre les commissaires » (v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, D., CAMPANELLI, «Mixed Commissions», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rüdiger Wolfrum (dir.), Oxford Public International Law, 2006; L., CHOUKROUNE, « La négociation diplomatique dans le cadre du règlement pacifique des différends. Théorie et pratique du droit international », dans *Hypothèses* 2001/1 (4), p. 160).

<sup>122</sup> v. H. LA FONTAINE, *Pasicrisie Internationale, histoire documentaire des arbitrages internationaux*, 1794-1900, Imprimerie Stampfell, Berne 1902; VERDROSS, *Supra* n° 108, p. 199, 207 et s.; M. B., CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens and Sons, Londres 1953 (original), Grotius, Cambridge, 1987; C. W., JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, Stevens, Londres, 1964, p. 266-267; A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 26 et s.; R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

juges s'abstenir de rendre justice sous prétexte d'insuffisance du droit conventionnel ou coutumier<sup>123</sup>.

Autrement dit, il convient de réfuter l'idée selon laquelle les «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» ne peuvent être que des sources du droit international. Il faut en revanche admettre l'existence à côté des «principes généraux du droit international», d'autres principes qui en sont nettement distincts. Tout autre, cependant, est la question de savoir si le paragraphe premier, alinéa (c) de l'article 38 implique une référence simultanée aux deux catégories de «principes généraux» issus pour les uns des droits nationaux et pour les autres du droit international.

Selon un deuxième courant de doctrine<sup>124</sup>, la réponse à cette interrogation est affirmative et peut se décliner de plusieurs façons : l'article 38 vise les principes généraux de droit interne et ceux qui appartiennent en propre au droit international; les principes généraux de l'article 38 sont d'une part les principes spéciaux à l'ordre international et d'autre part les principes communs à l'ordre juridique interne et à l'ordre juridique international; les principes généraux de droit sont à la fois les principes communs à tous les droits nationaux et les principes généraux

---

<sup>123</sup> v. *Procès-verbaux des séances du Comité avec annexes*, COMITE CONSULTATIF DE JURISTES, CPJI, 16 juin-24 juillet 1920, p. 310, <https://www.icj-cij.org/fr/cpji-autres-documents>, Consulté le 28-02-2020.

<sup>124</sup> v. notamment VERDROSS, «Les règles générales du droit international de la paix», *RCADI*, 1929-V, n° 30, p. 302-303; «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *Supra* n° 108, p. 223; « Les principes généraux du droit et les droits des gens », *RDI*, 1934, p. 498; P., GRAPIN, *La valeur internationale des principes généraux du droit, contribution à l'étude de l'article 38, paragraphe 3 du statut de la Cour Permanente de Justice internationale*, Thèse, Paris, Montchrestien, 1934, 216 pages; M., HUDSON, *La Cour Permanente de Justice Internationale*, A. Pédone, Paris, 1936, p. 619; B., JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954, p. 213 et s.; P., REUTER, « Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux du droit », *Mélange ROLIN*, A. Pedone, Paris, 1964, p. 263-283; D. P., O'CONNELL, *International Law*, Stevens, London, 1965, I, p. 13; A., BLONDEL, « Les principes généraux du droit devant la C.P.J.I. et la C.I.J. », dans *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, p. 201-236; P., REUTER, *Droit international public*, PUF, 1968, p. 57; G., WATRIN, «Forces centrifuges dans le droit contemporain», *Mélange TROTABAS*, Paris, 1970, p. 479-509; Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 99, p. 379 et s.; M., AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, ALLEN (G) and UNWIN (Ltd), Londres, 1970, p. 51.

du droit international et qui, en définitive, seraient des règles coutumières; les principes généraux de droit recouvrent à la fois la catégorie des principes issus des droits nationaux et celles des principes qui sont communs aux systèmes juridiques internes et au droit international; ou encore les principes généraux de droit sont à la fois les principes communs aux droits étatiques et ceux que l'on retrouve dans tout ordre juridique, quel qu'il soit. Pour les tenants de cette série de positions - qui repose largement sur une conception sans épithète du droit - rien n'empêche de rattacher à l'article 38 paragraphe (1)(c) certains principes propres au droit international<sup>125</sup>. Les principes généraux constituent, à cet égard, des propositions juridiques générales présentes dans tout système juridique et dont l'existence en droit international est, *a priori*, supposée dès lors que ces principes existent en droit interne. Malgré les nombreuses nuances qui alimentent cette thèse<sup>126</sup>, celle-ci butte contre une objection non négligeable à savoir qu'il est doublement inconvenant de regrouper dans une même catégorie

d'une part, des principes que rien ne distingue des règles coutumières - sinon leur plus grand degré de généralité - d'autre part une notion dont la spécificité est maintenant bien établie, alors surtout que la coutume est expressément mentionnée dans l'alinéa précédent du texte analysé<sup>127</sup>.

Par ailleurs, si dans un souci de concision, on intégrait à ce deuxième courant de positions la thèse qui réduit les principes généraux de l'article 38 aux seuls principes inhérents à tout système juridique<sup>128</sup> la conclusion ne serait pas autrement différente dans la mesure où l'une comme l'autre thèse vise *in fine* à élever à la catégorie distincte de source de droit, des

---

<sup>125</sup> Ibid.

<sup>126</sup> v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 349-352.

<sup>127</sup> Ibid., p. 352.

<sup>128</sup> v. notamment B. CHENG, *Supra* n° 122, p. 390; O'CONNELL, *Supra* n° 124, p. 9 et s.; F., SEYERSTED, « Applicable Law in Relations Between intergovernmental Organizations and Private Parties », *RCADI*, 1967, III, n° 122, p. 527; M., AKEHURST, *Supra* n° 124, p. 34; K. TANAKA, « Du droit international mondial », in *Mélanges Léon Julliot de la MORANDIÈRE*, Dalloz, Paris, 1964, p. 568; *Opinion dissidente, Affaire du Sud-Ouest africain*, *Supra* n° 118, p. 295; B., VITANYI, *Supra* n° 115, p. 103-110.

principes dont le droit conventionnel et le droit coutumier sont d'ores et déjà imprégnés<sup>129</sup>. Certes, convient-il de rappeler que la jurisprudence internationale fournit quelques exemples d'application des thèses en présence<sup>130</sup> et, en fervent défenseur, le juge philosophe Tanaka poussera la hardiesse jusqu'à indiquer dans son opinion dissidente à l'arrêt relatif à l'affaire du *Sud-Ouest africain* qu':

Il y a lieu d'attribuer à l'épithète « généraux » le sens qu'elle revêt dans les expressions *théorie générale de droit*, *the general theory of Law*, *die Allgemeine Rechtslehre*, ce sens étant: commun à toutes les branches du droit. Mais les « principes » eux-mêmes ont une très grande portée et on peut estimer qu'ils visent non seulement la théorie générale du droit mais encore la théorie générale de chaque branche de droit interne dans la mesure où elle est reconnue par les nations civilisées. On peut en outre concevoir qu'ils comprennent non seulement les principes juridiques mais aussi les concepts juridiques fondamentaux dont les normes juridiques sont constituées: personne, droit, devoir, propriété, acte, contrat, succession, etc. Bref, ces principes recouvrent ce que l'on peut appeler la « vérité juridique » [...] <sup>131</sup>.

La critique n'a pas manqué de relever que la thèse sous-tendant cette « vérité juridique » est, à la fois, la plus large et la plus étroite<sup>132</sup> avant finalement d'en conclure l'existence de confusions conceptuelles relative à l'interprétation de l'article 38 (1) (c) du statut de la Cour<sup>133</sup>. Face à cette réalité, il semble plus judicieux de reconsidérer l'incongruité qui caractérise la thèse d'une assimilation des principes généraux de l'article 38 aux règles internationales énoncées par les alinéas (a) et (b) au risque

---

<sup>129</sup> v. J. H. W., VERZIJL, *International Law in Historical Perspective*, vol. I, General Subjects, A. W. Stjthoff, Leyden, 1968, XII, p. 62.

<sup>130</sup> Il s'agit respectivement des affaires : *Droit de passage sur territoire indien* (exception préliminaires, arrêt, CIJ, Rec. 1957, p. 142), *Détroit de Corfou* (fond, arrêt du 9 avril 1949, CIJ Rec. 1949, p. 22) d'une part, et de l'autre l'arrêt rendu dans le cadre de l'affaire de *l'Usine de Chorzów* (fond, arrêt n° 13, 1928, CPJI, série A, n° 17, p. 29), l'affaire du *Lord Nelson (Grande-Bretagne-États-Unis)* (sentence du surarbitre FROMAGEOT, du 1<sup>er</sup> mai 1914, RSA, VI, p. 34), affaire 8/55 *Fédération Charbonnière de Belgique* (29 nov. 1956, Rec. II, p. 306).

<sup>131</sup> *Sud-Ouest africain*, *Supra* n° 118, Op. Diss. TANAKA, p. 295.

<sup>132</sup> v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 353.

<sup>133</sup> v. R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

de priver d'effet utile l'alinéa (c) de la même disposition<sup>134</sup> ; l'objet et le but de celle-ci étant d'introduire une nouvelle source<sup>135</sup>. Par ailleurs, dans sa dynamique évolutive, la thèse d'une interprétation large laisse poindre le spectre d'une interprétation excessive consistant à entrevoir l'existence en droit international de « principes constitutionnels », exactement comme c'est le cas en droit interne<sup>136</sup>. À l'analyse, il s'agirait d'un petit groupe de principes généraux de nature « suprême » parmi lesquels *pacta sunt servanda*, *consuetudo est servanda*, *la bonne foi*, *l'interdiction des traités contra bonos mores*, *le devoir de réparer le tort causé*, *le devoir d'écouter toutes les parties en litige*, ...<sup>137</sup>. Malheureusement, aucune preuve inductive n'est administrée au soutien de la supériorité de ces principes par rapport au reste du corps normatif international. Pour l'heure, celle-ci demeure présumée, voire axiomatique.

Une fois de plus, et comme cela semble ainsi se confirmer, les principes généraux ont une structure singulière. Ils se distinguent des règles coutumières et conventionnelles par leur caractère fondamental et nécessaire. Il serait judicieux de ne pas les confondre avec les traités ou la coutume<sup>138</sup>. A cela s'ajoute le fait que, à la ressemblance de la première thèse étudiée - qui limite les principes généraux de l'article 38 aux principes propres au droit international - les thèses d'une interprétation large rendent superflue la notion de la transposition de l'ordre juridique interne vers l'ordre juridique international. Pour cette raison, et après une élimination successive des différentes théories qui viennent d'être présentées, nous parvenons à la conclusion que la thèse la plus satisfaisante est celle qui limite les principes de l'article 38 aux seuls

---

<sup>134</sup> v. Ch., CHAUMONT, «Cours général de droit international public», *RCADI*, n° 129, 1970-I, p. 457-458; v. également la position plutôt nuancée de KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> v. R., KOLB, *Supra* n° 106, p. 3-79.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Ibid.*

principes généraux de droit issus des droits internes et transposables dans l'ordre international<sup>139</sup>. Pour le professeur Basdevant,

Il y a lieu de penser que les principes visés dans l'article 38, n° 3, ne sont pas les principes généraux qu'on peut dégager des traités ou de la coutume, car, si ce texte les visait, il serait superflu. En effet, la Cour, appelée par l'article 38, n° 1 et 2, à appliquer les traités et la coutume, doit rechercher les principes qu'impliquent ces traités et cette coutume, et en faire application; ce n'est pas, de sa part, faire appel à une source nationale du droit, mais appliquer la méthode juridique aux données qu'elle puise à la source traités et à la source coutume ( ... ). Pour que l'article 38, n° 3, ait une portée propre, il faut qu'il vise autre chose que ces principes de l'ordre juridique international découlant des traités et de la coutume. Or, l'interprète peut difficilement admettre que cette disposition n'ait pas de portée propre<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Dans le même sens, v. H., THIERRY « L'évolution du droit international », *RCADI* 1990-III (222), p. 39-40; A., TOMMASI DI VIGNANO, *L'ordinamento della comunità internazionale*, Herbita, Palerme, 1988, p. 53-4; G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1987-VII (207), p. 188-9; M., VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain », *RCADI* 1983-V (183), p. 171; VITANYI, B., *Supra* n° 115, p. 96-102; G., SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 6e éd., Londres, 1976, p. 27; F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2e éd., t. I, Munich, 1975, p. 69; A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 355; R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2e éd., Turin, 1971, p. 149 et s.; Ch. DE VISSCHER, *Supra* n° 24, p. 419 et s.; R., MONACO, « Cours général de droit international public », *RCADI* 1968-III (125), p. 187 et s.; M., VIRALLY, « The Sources of international Law », in *Manual of Public International Law*, M., SØRENSEN (éd.), Mc Millan, Londres, 1968, p. 144 et s.; L. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, 3e éd., vol. I, Paris, 1967, p. 241; L., DELBEZ, *Les principes généraux du droit international public*, Paris, 1964, p. 48; Sir H., WALDOCK, « General Course on Public International Law », *RCADI*, 1962, II, n° 106, p. 54 et s.; L., SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, LGDJ, Paris, 1958, p. 276 et s.; M., SØRENSEN, *Supra* n° 98, p. 18, 23; G., SCHWARZENBERGER, *International Law – As Applied by International Courts and Tribunals*, 3e éd., vol. I, Londres, 1957, p. 43-4; P. G., VALLINDAS, « General principles of Law in the Hierarchy of the Sources of international Law », in *Problèmes fondamentaux de droit international*, *Mélange SPIROPOULOS*, Schimmelbusch, 1957, p. 430; L., OPPENHEIM, H., LAUTERPACHT, *International Law*, 8e éd., vol. I, Londres, 1955, p. 29; MC NAIR, Op. ind. dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain*, CIJ, Rec., 1950, p. 148; J., L'HUILLIER, *Eléments de droit international public*, Paris, 1950, p. 232; A., ROSS, *A Textbook of International Law*, Londres/New York/Toronto, 1947, p. 90-1; M., SØRENSEN, *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Einar Munks Goard, Copenhague, 1946, p. 123 et s.; J., BASDEVANT, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1936, IV, n° 58, p. 498; VERDROSS, *Supra* n° 108, p. 204-205; M., HABICHT, « Le pouvoir du juge international de statuer "ex aequo et bono" », *RCADI* 1934-III (49), p. 286; J., SPIROPOULOS, *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, 1933, p. 32; G., RIPERT, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *RCADI* 1933-II (44) p. 579-80; Ch. DE VISSCHER, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *Revue de droit international et de la législation comparé*, 1933, p. 405 et s.; M., BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1931-I (35), p. 73-4.

<sup>140</sup> J., BASDEVANT, *ibid.*, p. 498.

Celle-ci réside essentiellement dans la vigueur normative des principes généraux de droit et trouve ici son expression, la plus actuelle, dans le principe d'*équilibre des intérêts*. Il importe d'en rappeler, pour mieux les circonscrire, les liens spécifiques de rattachement de ce principe à l'une comme à l'autre des deux catégories de principes généraux examinés ici.

### **1.1.2.- *Équilibre des intérêts* et principes généraux: liens topiques et éléments de distinction**

Les principes généraux de droit se distinguent des principes du droit international à plusieurs points de vue. Selon une distinction largement admise, jadis relayée par la jurisprudence<sup>141</sup>, et qui peut se prévaloir de l'autorité de Charles de Visscher:

Les principes généraux de droit ont leur origine dans une conviction juridique, si non universelle, du moins très générale, qui a trouvé son expression dans les principaux systèmes juridiques internes des nations civilisées. Les principes généraux du droit international ont une origine différente : ils procèdent de la pratique internationale elle-même, des traités ou des coutumes; ils appartiennent donc à l'ordre juridique international positif; comme tels ils se rattachent non à la troisième, mais aux deux premières sources de droit mentionnées par l'article 38<sup>142</sup>.

Trois principaux éléments émergent de cette distinction entre principes généraux à savoir leur origine, le processus de leur mise en œuvre, et leur fonction.

---

<sup>141</sup> v. notamment la sentence *Topco*, *Supra* n° 20, § 41-45.

<sup>142</sup> Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 139, p. 406.

### **a.- Éléments de distinction et rattachement de l'équilibre des intérêts aux principes généraux de droit**

De par leur origine, les principes généraux de droit procèdent de l'interprétation et se trouvent dans l'esprit des règles provenant des principaux systèmes juridiques nationaux, alors que les principes généraux du droit international sont issus des normes existantes du droit international. Ensuite, leur mise en œuvre découle de processus différents. Dans le cas des principes généraux du droit international il s'agit pour le juge, interprète du droit, de recourir à un raisonnement par déduction pouvant lui permettre de conclure, pour chaque cas, à l'existence d'un principe du droit international émanant soit d'un traité, soit de la coutume internationale<sup>143</sup>, ou soit encore d'un instrument juridique issu d'une grande conférence internationale. Dans le cas des principes généraux de droit, l'on recourt plus généralement à un raisonnement par analogie; le recours au droit comparé étant plus ou moins tenu<sup>144</sup>. Enfin, malgré le fait d'avoir en commun à combler les lacunes du droit international, le résultat auquel on aboutit diffère profondément lorsqu'on considère la fonction des deux catégories de principes<sup>145</sup>. Traditionnelles par nature, les solutions fournies par les principes généraux du droit international s'inscrivent dans le prolongement de celui-ci et consistent plus généralement en une synthèse du « patrimoine de solutions juridiques depuis longtemps admises et appliquées » dans l'ordre international<sup>146</sup>. Il en résulte que ces principes généraux ne peuvent pas innover<sup>147</sup>, par opposition aux principes généraux de droit qui, par définition, enrichissent le droit international de

---

<sup>143</sup> Dans le même sens, v. L., SIORAT, *Supra* n° 139, p. 361; A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 357.

<sup>144</sup> v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 240-270.

<sup>145</sup> v., la position contraire de v. B., JEANNEAU, *Supra* n° 124, p. 215.

<sup>146</sup> v. M., VIRALLY, « Le rôle des « principes » dans le développement du droit international », *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, p. 543.

<sup>147</sup> A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 357.



règles nouvelles puisées dans des systèmes juridiques plus complets. Comme on a pu le souligner, les principes généraux de droit sont à cet égard, « indiscutablement « progressistes » »<sup>148</sup>.

C'est précisément ce caractère évolutif qui marque de manière prépondérante la nature juridique de l'*équilibre des intérêts* à travers notamment la concrétisation de leur contenu une série de principes, règles et normes intermédiaires, aptes à réaliser - à des échelons plus spécifiques - la valeur juridique ou l'idée générale dont il est porteur. Certes, cela requiert d'adopter une approche plus audacieuse dans l'interprétation du droit afin de parvenir à dépasser la seule volonté des parties au moment de la conclusion des traités ; le but étant de mettre à profit toute forme d'adaptation des règles actuelles pour faire de la protection des valeurs intrinsèques de l'être humain des considérations finalistes de ces règles. À cet égard, la plus-value qu'apporterait une interprétation dynamique ou évolutive va au-delà du cadre juridique de l'adaptation du droit au temps - sur le fondement des articles 31, 32 et 33 de *la Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>149</sup>. Elle permet de maintenir l'effectivité des accords internationaux, et d'induire une certaine cohérence internationale entre ceux-ci, à travers l'intégration des préoccupations sociales et environnementales dans ces traités<sup>150</sup>. La pratique internationale regorge

---

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités* Supra n° 87.

<sup>150</sup> v. G., MARCEAU, « L'interprétation évolutive par le juge OMC : sophisme ou nécessité ? », *RGDIP*, 2018, vol. 122, n° 1, p. 51; et pour une référence plus complète v. par J., FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme : contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, A. Pedone, Paris, 2019, 620 pages (Avec la contribution de), Paul Pinto de Albuquerque (Préface), Yann Kerbrat (Préface); W., LIU, *Les méthodes d'interprétation dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Atelier National de Reproduction des Thèses, 2003, 368 pages (Avec la contribution de), Florence Benoît-Rohmer (Réalisateur(Avec la contribution de), Florence Benoît-Rohmer (Réalisateur); E., BJORGE, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 240 pages; A., BOYLE, « Further Development of the 1982 Law of the Sea Convention. Mechanism for Change », (2005) 53 *ICLQ* 563; A., BOYLE et Ch., CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 244 et s.; P., PALCHETTI, « Interpreting "Generic Terms": Between for the Parties, Original Intention and The Identification of the Ordinary Meaning », dans *International Courts and the Development of International Law: Essay in Honour of*

de cas où l'interprétation dynamique a pu être mise en œuvre devant divers fora de règlement des différends<sup>151</sup>. Celle-ci demeure d'actualité et s'impose avec davantage de force dans le cadre des AII qui sont aujourd'hui sujets à une profonde réforme. Cette transformation pouvant s'inscrire dans le temps, il semble donc indubitable que grâce à cette

---

Tullio TREVES, Nerina BOSCHIERO, Tullio SCOVAZZI, Cesare PITEA, et Chiara RAONI (dir.), La Haye, Springer, 2013, 91-105; T., GEORGOPOULOS, « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives », *RGDIP*, 2004, p. 123-145; B., STERN, *20 ans de jurisprudence de la Cour internationale de Justice 1975-1995*, La Haye, Martinus, Nijhoff, 1998; B., SIMMA, « Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice », dans G., NOLTE (dir.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013; J., ARATO, « Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences », (2010) 93 *Law & Prac. Int'l Courts and Trib.* 443; S. T., HELMERSEN, « Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics Distinctions », (2013) 6:1 *European Journal of Legal Studies* 127.

<sup>151</sup> v. notamment, *Différends relatifs à des droits de navigation et des droits connexes, (Costa Rica c. Nicaragua)*, 2009, CIJ Rec., p. 213, § 63-64; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique de Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 1971, CIJ, Rec., p. 16 [Avis consultatif Namibie]; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, 1978, CIJ Rec., p. 3 ; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 1996, CIJ Rec., p. 803, § 45 ; *Tyrer c. Royaume-Uni*, 1978, 26 CEDH, Série A, n° 2, § 31; *Matthews c. Royaume-Uni*, *Supra* n° 18, p. 1, § 39; *Sentence arbitrale relative au chemin de fer dit Iron Rhine (Belgique c. Pays-Bas)*, 24 mai 2005, RSA, vol. 27, p. 36, §. 80; *Les tarifs appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des E-U*, 1996, ALENA Doc. CDA-95-2008-01, Rapport final du Comité, § 139; *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du Groupe spécial, WT/DS58/RW (15 juin 2001), p. 85, § 5.49; *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (1998)*, OMC Doc. WT/DS58/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel (OA), § 130 [États-Unis – Crevette]; *Chine-Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, 2009, OMC Doc. WT/DS363/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, § 396-7; *Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, 2010, OMC Doc. WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, Rapport du Groupe spécial, § 7.599; *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris*, 2004, OMC Doc. WT/DS285/R, Rapport du Groupe spécial, § 6.461; *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, 2012, OMC Doc. WT/DS381/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 372; *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, 2012, OMC Doc. WT/DS406/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 256-268; *Communautés européennes – Classification douanières des morceaux de poulets désossés et congelés*, 2005, OMC Doc. WT/DS2696/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 259; *États-Unis – Mesures affectant le commerce des avions civils gros porteurs*, 2011, OMC Doc. WT/DS316/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 845.

nouvelle donne, l'*équilibre des intérêts* soit à même d'opérer plus efficacement en tant que PGD et non comme un PGDI.

Sous le bénéfice de revenir plus en détails sur chacun de ces trois éléments de distinction dans la suite de notre analyse, il nous reste à préciser que dans ses manifestations diverses en tant que source distincte de droit, l'*équilibre des intérêts* chevauche malgré tout certains aspects des deux catégories de principes examinés.

#### **b.- Rapports entre l'*équilibre des intérêts* et principes généraux du droit international**

À partir de nombreux exemples tirés de la pratique des textes, on peut observer qu'il y a une consécration de l'*équilibre des intérêts* par certains instruments juridiques internationaux - sans toutefois que cela puisse se traduire par une transmutation de sa nature véritable en tant que PGD.

##### **i)- Quelques renvois implicites au principe d'*équilibre***

La première référence de cet ordre est l'article 44, paragraphe 3 c), de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>152</sup> qui autorise la division des dispositions d'un traité et prévoit qu'en cas de nullité ou d'extinction de certaines clauses déterminées, séparables du reste du traité «Il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité»<sup>153</sup>. Manifestement, cette prise en compte des considérations de justice - pour justifier de la survivance du traité, et donc, de son exécution partielle - fait de l'*équilibre* une exigence au cœur de la mise en œuvre du traité. Comme l'a si bien expliqué le professeur Reuter, cela consiste à :

[...] dégager ce qui a constitué dans le traité complet la balance des engagements conventionnels («l'équilibre contractuel») et examiner si dans

---

<sup>152</sup> *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *Supra* n° 87.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 366.

le traité mutilé de certaines de ses dispositions, cet équilibre n'est pas aboli<sup>154</sup>.

On peut également mentionner le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*<sup>155</sup> dont certaines dispositions traitent de «rémunération [...] équitable» et de «répartition équitable» des ressources alimentaires mondiales<sup>156</sup>. Vient ensuite la *Convention sur le droit de la mer*<sup>157</sup> et ses nombreuses références à l'équité<sup>158</sup>. La disposition phare de cette convention est sans doute l'article 59 qui prévoit qu'en cas de conflit entre les *intérêts* de l'État côtier et ceux d'autres États - et dans la mesure où la Convention n'attribue de droits ou de juridiction, à l'intérieur de la zone économique exclusive, ni à l'État côtier ni à d'autres États - que ce conflit soit:

[...] résolu sur la base de l'équité et eu égard à toutes les circonstances pertinentes, compte tenu de l'importance que les intérêts en cause présentent pour les différentes parties et pour la communauté internationale dans son ensemble <sup>159</sup>.

Cette disposition présente la particularité de mettre également dans la *balance des intérêts*, ceux de la communauté internationale qu'il conviendrait de préserver<sup>160</sup>. Une jurisprudence spécifique à la question avait notamment souligné en ce qui concerne la navigation sur l'Oder que

---

<sup>154</sup> v. P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 172.

<sup>155</sup> *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 3 janvier 1976, NATIONS UNIES, *Recueil des Traités*, 1976, Vol. 993, I-14531, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (consulté le 29/05/2017).

<sup>156</sup> *Ibid.*, v. respectivement les articles 7(a)(i), 1(2) et 2(2) du pacte.

<sup>157</sup> *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay)*, conclue à Montego Bay le 10 décembre 1982, et entrée en vigueur le 16 novembre 1994, NATIONS UNIES, *Recueil des Traités*, 1994, Vol. 1834, I-31363.

<sup>158</sup> *Ibid.*, v. notamment les articles 69(1), 70(1), 76(8), 82(4), 83(1), 140(2), 155(1)(f), 155(2), 160(1)(f)(i), ... etc.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 26; v. également l'article 74(1) de la convention.

<sup>160</sup> *Ibid.*, v. l'Article 140 de la convention.

la solution réside dans la recherche d'une certaine *communauté d'intérêts*<sup>161</sup>.

Un autre exemple à retenir est celui du principe des responsabilités communes mais différenciées (PRCMD)<sup>162</sup> qui, dans son essence, est fondé sur l'équité, vise la disparité des niveaux de développement économique entre les pays, et se traduit par un soutien technique, financier et technologique au profit des pays en développement afin d'aider ceux-ci à mettre en œuvre les obligations qui découlent de leur participation au régime des conventions internationales relatives à l'environnement. Malgré son succès d'estime<sup>163</sup> et sa mise en œuvre originelle devant les instances de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce

---

<sup>161</sup> *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A, n° 23, p. 27.

<sup>162</sup> Issu de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, le principe 7 de la Déclaration de Rio de mars 1992 se fonde, dans sa version originelle, sur la responsabilité historique des pays du Nord dans la dégradation de l'environnement, (v. *Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Doc. N.U. A/RES/44/228 (22 décembre 1989)*). Depuis lors, le PRCMD a été reconnu dans une quinzaine de conventions mondiales sur l'environnement. Pour une liste exhaustive de ces accords v. J., ARBOUR, *Supra* n° 89, p. 62-64. Il convient toutefois de rappeler que le PRCMD n'est pas une catégorie générique propre mais plutôt une itération du TSD qui fera l'objet d'un examen plus approfondi dans la suite de notre analyse.

<sup>163</sup> v. l'intérêt croissant de la doctrine à ce principe: P. G., HARRIS, «Common But Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy», (1999) 7 *N.Y.U. Envtl. L.J.* 27, 45; S., BINIAZ, « Common but Differentiated Responsibility», (2002) 96 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 358; T., HONKONEN, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements. Regulatory and Policy Aspects*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009; J., ARBOUR, *Supra* n° 89, p. 33-81; BARTENSTEIN, K. (2014), « L'opérationnalisation du principe des responsabilités communes mais différenciées repensée : plaidoyer pour une démarche ancrée dans l'équité », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 113-137; CULLET, P. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement : enjeux et perspectives », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 9-31; DELEUIL, T. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans la Convention « POP » », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 265-287; SOHNLE, J. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans les instruments conventionnels relatifs aux eaux douces internationales – Cherchez l'intrus ! », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 221-264; LAVALLÉE, S. (2014), « Responsabilités communes mais différenciées et protection internationale de l'environnement : une assistance financière en quête de solidarité ? », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 139-192; HELLIO, H. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées et le contrôle du non-respect : une rencontre fantasmée », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 193-220; MALJEAN-DUBOIS, S. & SARIOGO, P. M. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans le régime international du climat », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 83-112.

(OMC)<sup>164</sup>, il semble pour l'heure hasardeux de pouvoir attester que nous sommes en présence d'une obligation juridique formelle<sup>165</sup>.

Au demeurant, le ton ainsi donné en référence à l'équité juridique semble se poursuivre aujourd'hui de manière explicite par rapport au *principe d'équilibre*.

## ii)- Des références explicites à *l'équilibre des intérêts*

Les efforts de codification déployés en cette matière se rapportent autant à des traités récents qu'aux travaux de la Commission du droit international.

En ce qui concerne les dispositions conventionnelles, il faut observer que celles-ci ont été utilisées dans différents contextes, par divers instruments juridiques internationaux et couvrent plusieurs domaines notamment: les droits humains, la propriété intellectuelle, la diversité des expressions culturelles. Particulièrement remarquable est l'article 2 de la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* signée à Paris le 20 octobre 2005<sup>166</sup>. Cette disposition énumère huit principes directeurs parmi lesquels le «Principe d'accès équitables»<sup>167</sup> et le «Principe d'ouverture et d'équilibre»<sup>168</sup>. Le caractère *infra legem* de ces deux « principes », par rapport au régime de protection mis en place par la Convention, avait récemment été souligné dans un rapport présenté à la Conférence des Parties en 2013<sup>169</sup>. Mais l'expression la plus récente, et

---

<sup>164</sup> v. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport du Groupe spécial, *Supra* n° 151.

<sup>165</sup> v. J., ARBOUR, *Supra* n° 89, p. 62.

<sup>166</sup> *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* signée à Paris, le 20 octobre 2005, entrée en vigueur le 18 mars 2007, [http://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2913\\_16\\_passport\\_web\\_f.pdf](http://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2913_16_passport_web_f.pdf) (consulté le 29/05/2017).

<sup>167</sup> *Ibid.*, v. principe 7, article 2 de la Convention.

<sup>168</sup> *Ibid.*, v. principe 8, article 2 de la Convention.

<sup>169</sup> v. V. GUEVREMONT, « Réflexion préliminaire sur la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique », *Rapport présenté lors de la 4<sup>e</sup> Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, UNESCO, Paris, 11-

probablement la plus prometteuse à cet égard est l'article 18.66 de l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*<sup>170</sup> du 08 mars 2018, entre l'Australie, le Brunéi, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam<sup>171</sup>:

Chacune des Parties s'efforce d'établir un *juste équilibre* dans son régime de droit d'auteur et de droits connexes, entre autres au moyen de limitations ou exceptions qui sont compatibles avec l'article 18.65 (Limites et exceptions), y compris dans l'environnement numérique, tout en tenant compte des utilisations à fins légitimes, y compris, sans toutefois s'y limiter, la critique, le commentaire, la communication de nouvelles, l'enseignement, l'étude, la recherche, et autres fins semblables; et en facilitant l'accès aux œuvres publiées aux aveugles, aux déficients visuels et aux personnes ayant d'autres difficultés de lecture de textes imprimés<sup>172</sup>.

Enfin, dans le cadre des travaux de la Commission du droit international (CDI), plusieurs projets d'articles ont été adoptés qui se réfèrent expressément à *l'équilibre des intérêts*<sup>173</sup>. À titre indicatif et dans un domaine fort intéressant pour notre analyse (celui de la *Prévention des*

---

14 juin 2013, p. 20. [http://www.diversite-culturelle.gc.ca/fileadmin/documents/pdf/Rapport\\_sur\\_la\\_DEC\\_et\\_le\\_numerique\\_-\\_Version\\_finale\\_-\\_français\\_.pdf](http://www.diversite-culturelle.gc.ca/fileadmin/documents/pdf/Rapport_sur_la_DEC_et_le_numerique_-_Version_finale_-_français_.pdf) (consulté le 30/05/2017).

<sup>170</sup> *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, texte disponible sur le site officiel du Ministère des affaires mondiales Canada, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/PTPGP-ptpgp/text-texte/PTPGP-ptpgp.aspx?lang=fra> (consulté le 15 janvier 2019).

<sup>171</sup> Notons que depuis le 20 janvier 2017, les États-Unis sont sortis de l'accord initial alors appelé le *Partenariat Trans-Pacifique (PTP)* (v. l'acte de retrait, *H.R.596 - TPP Withdrawal Act*, <https://www.congress.gov/115/bills/hr596/BILLS-115hr596ih.pdf> (consulté 25/09/2017)).

<sup>172</sup> *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, *Supra* n° 170, article 18.66 [Italiques ajoutées].

<sup>173</sup> Il s'agit notamment des domaines relatifs aux mesures d'expulsion des étrangers, les difficultés découlant de la fragmentation du droit international, la réserve aux traités. Le projet d'article 20, alinéa 2 relatif à l'obligation de respecter le droit à la vie familiale indique que: «L'État expulsant ne peut interférer dans l'exercice du droit à la vie familiale que dans les cas prévus par la loi et en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause», (v. *Rapport de la Commission du droit international*, 64<sup>e</sup> session, 7 mai-1er juin et 2 juillet-3 août 2012, *Assemblée générale, Documents officiels*, 67<sup>e</sup> session Supplément n° 10 (A/67/10), NY, 2012, p. 15; v. aussi *La commission du droit international et son œuvre*, 7<sup>e</sup> éd., Volume I, NATIONS UNIES, New York, 2009, p. 452 et 433, projets d'articles 9, alinéa 2 et l'article 10; *Rapport de la Commission du droit international*, 62<sup>e</sup> session, 3 mai au 4 juin et 5 juillet au 6 août 2010, *Assemblée générale, Documents officiels*, 65<sup>e</sup> session Supplément n° 10 (A/65/10), NY, 2010, p. 159).

*dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*)<sup>174</sup>, la CDI a adopté plusieurs textes de projets d'articles dont l'«Article 20, Facteurs d'un juste équilibre des intérêts». Ce projet d'article a été ensuite modifié lors de la cinquante-troisième 53<sup>e</sup> session en 2001 et le texte définitif libellé comme suit:

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 9, les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

- a) Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de le réparer;
  - b) L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour l'État susceptible d'être affecté;
  - c) Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et de réhabiliter l'environnement;
- [...] <sup>175</sup>.

Ici, manifestement, *l'équilibre* met en évidence des paramètres à prendre en considération dans l'appréciation des rapports entre différents types *d'intérêts* dont notamment les « avantages globaux d'ordre social, économique et technique » qui en découlent pour l'État d'origine ainsi que les dommages qui peuvent en résulter pour l'État susceptible d'être affecté. La pratique internationale n'est pas sans intérêt à cet égard et il importe de rappeler que dans sa prise de position sur sa valeur interprétative de l'équité, la CDI avait déjà tenté une ouverture sur la question en définissant en 1979 «un facteur d'équilibre» sur la question de la dette d'État comme étant: «[...] un élément correctif destiné à préserver le

---

<sup>174</sup>*Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*. Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Ce rapport, qui contient en outre des commentaires sur le projet d'article, est reproduit dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*.

<sup>175</sup> «Article 10: Facteurs d'un juste équilibre des intérêts» v. *La commission du droit international et son œuvre, Supra n° 173*, p. 433.



caractère «raisonnable» du lien de rattachement entre les biens d'État meubles et le territoire»<sup>176</sup>.

Nous sommes sans doute loin d'avoir ainsi abouti à une formulation précise en termes de contenu, mais il faut rappeler que dans le prolongement de ses travaux, un parallèle peut être établi entre les dispositions précitées et la «clause de conflit» élaborée par la Commission lors de sa cinquante-huitième session sur la fragmentation du droit international en 2006: « [...] les conflits peuvent et doivent être réglés entre les partenaires au fur et à mesure qu'ils se présentent et dans le but de *ménager les intérêts des uns et des autres*»<sup>177</sup>.

Au total, on peut dire que les États, tout comme la CDI ont pris la mesure des enjeux de *l'équilibre des intérêts* dans l'espoir peut-être de préparer un contenu approprié au *droit de l'équilibre*. À cet égard, la Commission a tenu à préciser que la recherche d'*équilibre* s'insère dans le cadre d'une règle juridique<sup>178</sup> et que la référence à sa fonction interprétative n'est qu'une généralisation du mécanisme de concrétisation des règles en droit international<sup>179</sup>. Si toutefois, l'on considère la variété des références précitées - aussi bien en ce qui concerne la forme que le fond - une analyse judicieuse comporte également l'exigence d'une élimination méthodique des expressions aporétiques du principe d'*équilibre*. Dès lors, il y a nécessité à reconsidérer ses fondements épistémologiques - quels que soient ses rapports avec les principes

---

<sup>176</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session* (14 mai – 3 août 1979), *Annuaire de la Commission du droit international 1979*, vol. II (2), Nations Unies, Doc. A/34/10, § 16, p. 45. [http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/reports/a\\_34\\_10.pdf&lang=EFSP&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/reports1970.shtml](http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/reports/a_34_10.pdf&lang=EFSP&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/reports1970.shtml)

<sup>177</sup> *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'études de la Commission du droit international, sous la présidence de Martti Koskenniemi, NATION UNIES, Assemblée Générale, A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006, paragraphe 276, [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_1682.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf) (22/08/2017) [Italiques ajoutées].

<sup>178</sup> *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session*, *Supra* n° 176.

<sup>179</sup> *Ibid.*

généraux du droit international - gageant du fait que les différentes expressions de cette relation sont généralement énonciatives, permissives, et ne permettent pas d'écarter toute démarche inductive consistant à démontrer le ressort de droit interne de l'*équilibre des intérêts* puis sa transposition en droit international.

## **1.2.- L'équilibre des intérêts comme un principe issu des droits nationaux**

Le recours à l'*équilibre des intérêts* dans les systèmes juridiques nationaux relève plus d'une pratique empirique que cela ne procède d'une mise en œuvre méthodique. Toutefois, ce serait pour nous chose impossible que de vouloir recenser la pratique suivie dans tous les 193 pays actuellement reconnus par les Nations Unies. À défaut de cela, nous allons nous contenter d'une extrême généralité<sup>180</sup>, en nous assurant qu'il existe l'équivalent du principe étudié dans les droits nationaux se rattachant ou pouvant être rattachés aux familles ou systèmes les plus reconnus à savoir: la famille romano-germanique, le système de la *common law* et l'ancien système socialiste. Nous pourrions, à cet effet, aller jusqu'à considérer comme le professeur René David qu'il n'est au monde « aucun droit qui n'ait emprunté, à l'une ou à l'autre de ces familles, certains de ses éléments »<sup>181</sup> et que même la décolonisation d'après-guerre et l'accession à l'indépendance de nombreux États dès les années 1960 n'ont guère contribué à changer la donne<sup>182</sup>. Par ailleurs, lorsqu'on songe à l'influence du droit romain sur le droit des pays occidentaux<sup>183</sup> ou encore à l'impact de la mondialisation sur les différents systèmes juridiques de par le monde, on peut aujourd'hui admettre un rapprochement entre ces

---

<sup>180</sup> Tel qu'indiqué dans la sentence *Sapphire* au sujet de *l'exception non adimpleti contractus* (v. *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Oil Company*, 15 mars 1963, *ASDI*, 1963, vol. 20, p. 273-302; 35 *ILR* 136 (1963) 43).

<sup>181</sup> R., DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1966, p. 25.

<sup>182</sup> v. A., PELLET, *Supra* n° 96, p. 221.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 222.

systèmes en parlant par exemple d'un « système occidental »<sup>184</sup>; car, même les frontières jadis infranchissables entre les droits des pays occidentaux et ceux des pays socialistes<sup>185</sup> semblent désormais galvaudées. Et, c'est pour éviter la difficulté (encore plus grande) d'avoir à établir préalablement un bilan de l'effondrement ou non du « système socialiste » que nous avons finalement choisi de nous limiter plus spécifiquement à la famille romano-germanique et au système de la *common law*.

Toutefois, c'est d'abord sous l'éclairage de l'histoire du droit et des courants théoriques relatifs à la justice contractuelle que l'on parvient à mieux comprendre le caractère constant de ce recours, et par conséquent, de l'existence-même du principe d'*équilibre* dans l'ordre juridique interne. Ni son évolution ultérieure au plan international, ni les développements théoriques subséquents ne semblent guère contredire cette constatation. Dans un premier temps, l'*équilibre des intérêts* est perçu comme un principe intégrant la définition même du contrat que les auteurs vont d'abord essayer de faire reposer sur l'égalité proportionnelle avant de faire prévaloir la volonté des parties. Le rôle du principe d'*équilibre* se métamorphose et sa place dans la conception du contrat se rétrécit sous l'influence de la théorie de l'autonomie de la volonté. Dans un second temps, la perception des auteurs évolue, influencée par les nouvelles approches développées à la suite de la reconnaissance de l'existence des inégalités dans les rapports contractuels. Dès lors, les principaux systèmes juridiques vont chercher à appréhender le déséquilibre

---

<sup>184</sup> Ibid., p. 221.

<sup>185</sup> Tel que l'arbitre BEICHMANN avait cru pouvoir le confirmer en 1924 dans un arbitrage rendu entre l'Allemagne et la Commission des réparations; celui-ci ayant fait une étude de droit comparé et indiqué à l'effet de déterminer le sens du mot "concession" que: « Quant à la Russie, les Parties sont d'accord sur ce qu'il faut faire abstraction de la législation soviétique et que la solution doit être trouvée sur la base de la législation antérieure du régime impérial. Elles sont également d'accord sur ce que cette législation offre une analogie frappante avec les principes des lois anglaise et nord-américaine, et que comme celles-ci elle est basée sur le principe d'accession et reconnaît à tout propriétaire un droit absolu sur le tréfonds de sa terre ». (v. *Affaire des réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles*, 3 septembre 1954, RSA, NU. Vol. I, p. 478).

contractuel suivant différents régimes de sanction et on peut à cet égard en retracer l'évolution aussi bien au travers des courants théoriques (1.2.1.) que sur le plan pratique (1.2.2.).

### 1.2.1.- L'apport de la doctrine dans la structuration de l'équilibre des intérêts

On ne peut comprendre l'importance du principe d'équilibre et les transformations qu'il a subies sans l'inscrire dans son cadre contextuel: la théorie du contrat<sup>186</sup>. Si à l'origine, la notion d'équilibre faisait partie de la définition même du contrat, chez les auteurs contemporains, l'équilibre des intérêts se matérialise essentiellement par la notion de lésion. À cet égard, c'est d'abord avec les théories objectivistes<sup>187</sup> que l'équilibre sera perçu comme un élément devant objectivement faire partie du contrat; son respect dépendant uniquement de l'examen d'un « objet », celui du contrat lui-même. En revanche, c'est avec les théories subjectivistes<sup>188</sup> que le déséquilibre devenant « lésion », l'équilibre sera considéré comme un élément subjectif du contrat auquel est rattaché le consentement de la personne ayant contracté, donc le « sujet ».

En prenant pour point de départ la dialectique entre l'équilibre des intérêts et la place de l'égalité, le rôle inversement proportionnel du premier

---

<sup>186</sup> Sur l'ensemble de la question v. É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, p. 19 et s.; « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *Les Cahiers de droit*, Vol. 45, N° 1, 2004, p. 69-91; et plus généralement v. J., GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

<sup>187</sup> Dont les premiers tenants sont : ARISTOTE (Éthique de Nicomaque, Livre V, ch. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965); SAINT THOMAS (*Somme théologique, La justice*, t. 1, traduction de M.S. Gillet, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1948); les penseurs de La Seconde Scolastique; et H., GROTIUS, *Supra* n° 4 (Nous considérons toutefois cet auteur comme étant à la limite des courants objectiviste et subjectiviste).

<sup>188</sup> v. notamment : R., WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1891, 207 pages; E., GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912, 470 pages; P., LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, Paris, Sirey, 1918, 314 pages; J., MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve, Paris, 1920, 368 pages; R.-J., POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011, 488 pages; ainsi que la majorité des auteurs contemporains v. les énumérations de É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, p. 69-70, notes n° 169-140 & s.

par rapport à la seconde dans les différentes conceptions du contrat et l'influence de l'autonomie de la volonté sur ces conceptions, il serait plus indiqué d'examiner successivement les deux courants de doctrine évoqués plus tôt comme étant une contribution substantielle à la consécration du principe d'*équilibre* dans les droits internes. Le premier courant à cet égard est la théorie objectiviste.

#### **a.- L'*équilibre des intérêts* selon la conception objectiviste du contrat**

Initialement conçu comme étant un acte dont la finalité est de satisfaire un objectif économique visant les droits et intérêts des parties, le contrat était nécessairement bienfaisant et l'exigence d'*équilibre* inopportune. Par la suite, certains auteurs vont proposer que le contrat puisse servir à échanger des choses de la même valeur. *L'équilibre des intérêts* devient alors une finalité, une condition pour la validité du contrat et son exigence fondée non pas sur l'un des éléments constitutifs du contrat - comme le consentement, l'objet ou la cause - mais sur la définition même de celui-ci. *L'équilibre* faisant partie de l'essence même du contrat, celui-ci est nécessairement équilibré et un contrat déséquilibré n'est pas un contrat<sup>189</sup>.

Cette conception a marqué les penseurs de l'Antiquité et du Moyen Âge, depuis Aristote<sup>190</sup> jusqu'à la Seconde Scolastique<sup>191</sup> en passant par Saint Thomas<sup>192</sup>. Deux écoles de pensée retiendront notre attention à

---

<sup>189</sup> v. É. M., CHARPENTIER *Supra* n ° 3, p. 19 et s.

<sup>190</sup> v. ARISTOTE, *Supra* n ° 187.

<sup>191</sup> Nous voulons désigner le mouvement initié à Bologne au seizième siècle par des penseurs espagnols comme Cajetan, Vitoria, Soto, Molina, Vázquez, Suárez, reconnus pour leur influence sur la pensée juridique contemporaine. La Seconde Scolastique a fait l'objet de plusieurs communications et publications dont notamment celles de Paolo Grossi en octobre 1972 lors du colloque florentin (v. P., GROSSI, *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè Editore, 1972) et celle, plus récente, en hommage à Michel Villey pour le centième anniversaire de sa naissance par Franco Todescan (« Michel Villey et la Seconde scolastique », dans *Droit & Philosophie*, Vol. 8, 2016, p. 33-74).

<sup>192</sup> v. SAINT THOMAS, *Supra* n ° 187, Questions 57 à 122 et plus spéc. Question 58 à la p. 30 et s., et question 61 à la p. 128 et s.

savoir, celle de l'École du droit naturel moderne - dont le concept particulièrement éclairant de l'égalité chez Grotius - et celle de la Seconde Scolastique à travers la notion de juste prix.

### **i)- L'équilibre des intérêts, le juste prix, et la justice contractuelle**

Selon la doctrine aristotélicienne de la justice que l'auteur a fait connaître dans *l'Éthique de Nicomaque*, « la justice est une vertu complète, non en soi, mais par rapport à autrui »<sup>193</sup>. Cette vertu est l'âme et l'essence du droit qui, lui, ne s'accomplit que par le respect de la loi et de l'égalité<sup>194</sup>. Dès lors, le respect de *l'équilibre* dans les *synallagma*<sup>195</sup> vise à garantir une justice commutative conçue comme étant le prolongement de la justice distributive<sup>196</sup>. Cette dernière ayant pour but d'assurer une répartition des richesses, des honneurs et des charges entre des personnes, la précédente permet de préserver un rapport convenable et harmonieux entre les choses distribuées conformément aux principes de l'égalité proportionnelle. Par conséquent, si l'égalité proportionnelle est bouleversée par manque de respect au principe *d'équilibre*, elle doit être rétablie en fonction de la consistance des patrimoines perdus ou en présence. L'objet de la justice commutative disait Aristote, c'est le respect de *l'équilibre* dans les *synallagma*, que ceux-ci soient librement consentis ou non<sup>197</sup>.

À la suite des idées développées par Aristote, Saint Thomas<sup>198</sup> sera amené à distinguer entre les actes de justice commutative et les libéralités.

---

<sup>193</sup> v. ARISTOTE, *Supra* n ° 187 à la p. 125.

<sup>194</sup> Ibid., p. 124.

<sup>195</sup> C'est-à-dire la commutation, l'échange ou le déplacement des biens sur une base libre ou involontaire (v. ARISTOTE, *Supra* n ° 187 à la p. 128; v. aussi M., VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archive de philosophie du droit*, n° 13, 1968, p. 6; v. É. M., CHARPENTIER *Supra* n ° 3, p. 22 et s).

<sup>196</sup> v. ARISTOTE, *Supra* n ° 187 à la p. 128; v. aussi M., VILLEY, « Abrégé du droit naturel classique », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 109, à la p. 120; v. É. M., CHARPENTIER *Supra* n ° 3, p. 20 et s.

<sup>197</sup> v. ARISTOTE, *Supra* n ° 187 à la p. 128.

<sup>198</sup> v. SAINT THOMAS, *Supra* n ° 186, Question 58, à la p. 30 et s., Question 61, à la p. 128 et s.

Selon lui, seuls les actes à titre onéreux requièrent le respect de l'égalité et relèvent de la justice commutative, par opposition aux actes à titre gratuit. Aussi anodine soit elle, cette distinction servira plus tard de fondement à la sanction de l'injustice en instituant le contrat, acte de justice commutative obligeant les parties à respecter un certain *équilibre*<sup>199</sup>. Elle va également inspirer une conception du contrat avec la finalité particulière d'un acte de bienfaisance. Celui-ci conserve alors sa finalité originelle sous la condition toutefois que le défaut d'égalité dans les échanges relatifs à un acte de justice commutative ne peut être assimilé à une libéralité car, précise Saint Thomas, « [...] ce qui est institué pour l'intérêt commun ne doit pas être plus onéreux à l'un qu'à l'autre »<sup>200</sup>.

Les enseignements d'Aristote et de Saint Thomas n'ont pas seulement eu pour effet de servir d'inspiration à la construction d'une théorie du contrat chez les penseurs de la Seconde Scolastique. En fondant l'action en rescision pour cause de lésion sur la notion de justice commutative<sup>201</sup>, ceux-ci ont également été amenés à affirmer le rôle de *l'équilibre* dans le contrat et se sont appliqués à rechercher quelle serait la solution au cas où *l'équilibre* ferait défaut? La réponse suggérée se situe, aussi bien, dans le prolongement de la notion de justice commutative - telle qu'envisagée par Aristote et subséquemment développée par Saint Thomas - qu'elle semble résulter du droit romain : il s'agit de la règle de l'égalité réciproque et l'utilisation de la monnaie comme mesure de l'équivalence dans les échanges<sup>202</sup>. Le prix devenant ici un moyen de

---

<sup>199</sup> v. É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, p. 23-26.

<sup>200</sup> SAINT THOMAS, *Supra* n° 187, Question 77, a. 1, à la p. 182.

<sup>201</sup> v. les commentaires de J., GORDLEY, *Supra* n° 186 aux 94 et s; v. aussi v. É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, à la p. 26.

<sup>202</sup> On peut en effet tirer un parallèle entre cette règle et la *Loi des Douze Tables* (XIII,1,2) qui est l'une des prescriptions de l'époque romaine condamnant au quadruple l'usure alors considérée comme un vice avant d'être ensuite circonscrite autour des prêts et fraudes se manifestant par la vente à un prix injuste ou à un prix vicié (v. les commentaires de de H., GARNIER, *L'idée du juste prix chez les théologiens et les canonistes du Moyen Âge*, Thèse, Paris, 1900, réimprimée à New York, Lenox Hill Pub., 1973, à la p. 50 et s.; É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, à la p. 30 et s.).

réalisation de l'égalité arithmétique que la justice commutative vise à faire respecter, l'accent sera plutôt mis sur la valeur objective, c'est-à-dire celle attachée à l'objet lui-même et non aux préférences subjectives : goûts, penchants, passions de l'acheteur ou du vendeur. Le juste prix est à cet égard, le reflet des exigences de la société dans son ensemble et se traduit au niveau des biens échangeables par l'existence d'une valeur sociale consensuelle. Celle-ci dépend non seulement de l'utilité de la chose ou de sa rareté, mais également du travail nécessaire à sa réalisation afin de tenir compte du déséquilibre parfois notoire entre le prix de cette chose, son coût de production, et son utilité. Outre l'idée d'égalité dans les échanges, la notion d'«investissement» prend ici une importance considérable puisque le prix est conçu en fonction du travail accompli et des risques encourus. Mais tout autre est l'intérêt que suscite la suite des idées développées par les penseurs de la Seconde Scolastique.

Soto et Molina vont en effet apporter un élément nouveau en proposant la prise en compte du nombre d'acheteurs et de vendeurs dans la définition du juste prix<sup>203</sup>. Cette légère déviation par rapport à la position aristotélicienne peut être considérée comme la prémisse à la consécration de ce que les économistes appellent aujourd'hui la «loi du marché» ou encore la «loi de l'offre et la demande»<sup>204</sup>. Elle implique tout particulièrement un changement d'orientation - en ce qui concerne l'évaluation du juste prix ou du prix raisonnable - qui consiste à tenir compte des «besoins» et désir des acteurs économiques, au-delà même de l'utilité que peut procurer une chose<sup>205</sup>. Dès lors, il y a lieu, selon ces

---

<sup>203</sup> Pour une synthèse de la pensée des Scolastiques et plus précisément de SOTO (*De just et jure*, Livre VI, quo II, art. III), et de MOLINA (*De contractibus*, disp. 348), v. H., GARNIER, *ibid.*, à la p. 102 et s.; v. également A., BÉRAUD et G., FACCARELLO (dir.), *Nouvelle histoire de la pensée économique, 1. I, Des Scolastiques aux classiques*, Paris, La Découverte, 1992, p. 33 et s.; É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, à la p. 30 et s.

<sup>204</sup> Selon laquelle, le prix d'un bien est considéré comme une quantité d'équilibre dépendant en particulier de l'offre (quantité offerte à la vente par les vendeurs pour un prix donné) et de la demande (quantité demandée par les acheteurs).

<sup>205</sup> Le terme « besoins » s'entend ici tout ce qui est satisfaction d'un penchant naturel et qui peut être diversement apprécié comme « besoins essentiels », « besoins factices »,



auteurs, de prévoir qu'une action en rescision vienne sanctionner le prix qui, imposé par l'une ou l'autre des parties, s'écarterait du prix juste – c'est-à-dire, celui dont la détermination est faite par l'autorité publique ou qui résulte d'une estimation commune des parties. Toutefois, l'action en rescision ne peut prospérer que dans le cas d'une lésion supérieure à la moitié du prix juste<sup>206</sup>. Or, l'exigence de l'égalité étant considérée comme un précepte de droit naturel selon la pensée «objectiviste», cela semble inconvenant d'admettre en même temps qu'une contrepartie sanctionnant le non-respect d'un juste prix puisse excéder celui-ci de plus de la moitié.

Malgré cette apparente contradiction due surtout à l'incohérence des résultats auxquels cela peut aboutir sur le plan pratique, l'exigence du juste prix demeure une étape importante dans la formation *sui generis* du principe d'équilibre. Son rôle dans la justice contractuelle sera davantage tangible et son expression transformée par la conception volontariste du contrat proposée au XVII<sup>ème</sup> siècle par les penseurs de l'École du droit naturel moderne.

## **ii)- L'apport de l'école du droit naturel moderne : le concept de l'égalité chez Grotius**

Figure marquante des courants objectivistes, Grotius est l'un des premiers penseurs associés à l'École du droit naturel moderne. Deux de ses ouvrages retiendront principalement notre attention. Il s'agit de *Inleiding tot de hollandsche rechtgeleertheid* (son Introduction au droit hollandais)<sup>207</sup>, et *De jure belli ac pacis* (Le droit de la guerre et de la paix)<sup>208</sup>. Si cela n'eut été impromptu, nous aurions également pu évoquer *Mare*

---

«besoins passionnels », (v. H., GARNIER, *Supra* n° 202 à la p. 101; É. M., CHARPENTIER *Supra* n° 3, à la p. 37).

<sup>206</sup> Ibid.

<sup>207</sup> H., GROTIUS, *Supra* n° 4.

<sup>208</sup> Ibid.

*Liberum* (sa Dissertation sur la liberté des mers)<sup>209</sup> dont on peut dire qu'elle a été une source d'inspiration particulièrement féconde en matière de mise en œuvre du principe *d'équilibre* en droit international<sup>210</sup>. Toutefois, Grotius n'y traite pas spécialement du principe *d'équilibre* et se contente de rappeler la position de base de ses prédécesseurs selon laquelle l'équité exigeant que le contrat serve à réaliser un échange de choses équivalentes, le rétablissement de *l'équilibre* sur la mer des Indes suppose que soit interdit au Portugal « un profit dont on l'avait laissé jouir jusqu'alors »<sup>211</sup>. En revanche, c'est dans sa principale œuvre *Le Droit de la guerre et de la paix* que Grotius développera sa théorie de droit naturel moderne et en exposera les principes. C'est également là que l'on trouve sa conception de l'égalité. Si les règles et principes qu'il en dégage tirent leur fondement de la nature et des lois divines, des coutumes et des conventions tacites, le contexte de leur élaboration semble avoir poussé l'auteur à les consacrer aux rapports entre les peuples. Pour lui, le respect des traités est un des moyens d'harmonisation de ces rapports, et il importe de donner à cette déférence un caractère obligatoire afin de garantir la paix entre les peuples. Grotius recourt alors à la notion de contrat et fait de « l'obligation

---

<sup>209</sup> H., GROTIUS, *Dissertation de Grotius sur la liberté des mers*, traduite du latin, avec une préface et des notes, par A. Guichon de [...], Paris, Imprimerie royale, 1845 [Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France] (consultation du le 24 juillet 2020).

<sup>210</sup> En scrutant attentivement le paysage juridique depuis la parution de cette œuvre en 1609, on peut retenir en termes d'indicateurs les sentences précitées : *Île de Palmas*, *Supra* n° 10; *Georges Pinson*, *Supra* n° 9; *Réclamations des armateurs norvégiens*, *Supra* n° 9; *Indiens Cayugas*, *Supra* n° 9; et pour les commentaires de la doctrine v. Ch. de VISSCHER, *Supra* n° 11 à 13. Dans cet ouvrage, l'auteur fonde son raisonnement non seulement sur le droit mais également sur l'équité. On peut y lire les affirmations ci-après : « [...] les lois et une sorte d'équité conventionnelle ont été inventées [...] »; « Ainsi, puisque le droit et l'équité veulent que le commerce avec l'Inde nous soit libre comme à chacun [...] » ; « Il est certes naturel et non moins conforme à l'équité qu'au droit, que, dans un profit ouvert à tous, chacun préfère son propre avantage à celui d'un autre, même nanti avant lui » ... (v. H., GROTIUS, *Supra* n° 209, aux p. 15; 72-74 et 75). C'est également dans cet ouvrage que l'auteur formule pour la première fois la règle de principe applicable à la haute mer selon laquelle celle-ci étant libre d'occupation et de propriété, toutes les nations sont libres de l'utiliser pour le commerce maritime et par conséquent, aucun État ne peut la soumettre à sa propre souveraineté (v. H., GROTIUS, *Supra* n° 209, p. 21 et s.). Cette règle est confirmée par l'article 2 de la *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, *Supra* n° 157.

<sup>211</sup> v. H., GROTIUS, *Supra* n° 209, p. 72.

de tenir promesse », donc du pouvoir de se lier par un acte volontaire, le principe de base de son système:

Toute promesse & tout Contrat, par lequel un Roi s'est engagé envers les sujets, produit une vraie obligation, proprement ainsi nommée, qui donne aux sujets même un droit, en vertu duquel ils peuvent en exiger l'accomplissement : car telle est la nature des Promesses & des Contrats, même entre DIEU & les Hommes [...]<sup>212</sup>.

Cela en effet parce qu'il existe, selon l'internationaliste hollandais, un parallèle entre les prérogatives qu'accorde la loi et les droits qu'on acquiert par une promesse ou par un contrat :

[...] puisqu'on reconnaît que les Loix [...] peuvent, par leur autorité, rendre les simples Conventions véritablement obligatoires; on ne saurait alléguer aucune raison, pourquoi la volonté d'une personne, qui est absolument déterminée à s'engager et qui en donne toutes les marques possibles, n'aurait pas cette vertu; surtout lors que les Loix Civiles n'y mettent aucun obstacle <sup>213</sup>.

Grotius inaugure ainsi une nouvelle conception du contrat fondée sur la volonté des contractants et pose l'égalité comme un principe de droit naturel. Pour lui, l'objet de l'échange n'est plus le seul élément déterminant dans la balance des droits et obligations contractuelles puisque doit s'y ajouter la capacité d'agir des contractants. Grotius se démarque en cela de ses prédécesseurs pour qui le rôle de l'égalité se limitait à la réalisation d'un échange où la valeur de la chose donnée doit correspondre à celle de la contrepartie. Il affirme à *contrario* que : « L'égalité regarde en partie les actes des contractants, en partie la chose sur quoi ils traitent »<sup>214</sup>. Le rôle de l'égalité se métamorphose et celui de *l'équilibre* aussi. Si la première intègre le rapport avec la volonté du contractant à travers l'acte par lequel celui-ci contracte, le second permet de reconnaître

---

<sup>212</sup> v. H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *Supra* n° 4, p. 317-377; v. également la Nouvelle traduction par J., BARBEYRAC, Amsterdam, Pierre de Coup. 1724, Tome 1, Chap. XIV, Sections VI et VII, p. 467-468.

<sup>213</sup> *Ibid.*, à la p. 399. Plusieurs parties de son ouvrage sont consacrées à différents aspects de cette obligation : les promesses, le serment, la foi que l'on doit garder entre ennemis, ou encore les exhortations à garder la foi et à rechercher la paix (*ibid.*, aux p. 317-377; 772-782 et 835-838).

<sup>214</sup> *Ibid.*, à la p. 421.

le caractère « juste et raisonnable » de cet acte et en devient la mesure <sup>215</sup>. Mais l'égalité demeure le principe cardinal qui doit gouverner la conduite des parties et la balance de leurs droits. Si elle venait à manquer, l'*équilibre* contractuel s'en trouverait compromis et son rétablissement nécessiter une redéfinition des droits et obligations en présence<sup>216</sup>. À la différence de l'égalité, l'*équilibre* est ici considéré comme une condition de validité du contrat. Il recouvre à cet égard la notion d'égalité de droits devant un préjudice, une perte ou une restitution en rapport avec un objet, une chose, un bien.

Ces différentes considérations marquent l'émergence du volontarisme et consacrent chez Grotius sa conception consensualiste du contrat selon le droit naturel. Toutefois, c'est d'abord dans l'*Introduction au droit hollandais* que l'auteur publie pour la première fois sa définition du contrat<sup>217</sup> et propose une distinction entre les contrats. Selon lui, les contrats par détermination de la loi renvoient à une cause juridique tandis que les contrats exprès requièrent l'existence d'une cause raisonnable liée notamment à l'exigence du respect d'un *équilibre* des droits et *intérêts*<sup>218</sup>. Contrairement aux contrats par détermination de la loi qui ne peuvent être annulés pour cause de déséquilibre des prestations - vu la présomption d'égalité à la base de ces contrats - le défaut de cause raisonnable suffit à fonder l'annulation d'un contrat exprès déséquilibré. Toutefois, précise Grotius, les contrats ayant une cause juridique mais qui sont manifestement déséquilibrés peuvent néanmoins être modifiés ou même être annulés pour cause de préjudice d'outre-moitié<sup>219</sup>. L'auteur rejoint en

---

<sup>215</sup> Ibid., à la p. 424.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> « Le contrat est défini, selon le droit naturel, comme un acte volontaire par lequel une personne promet quelque chose à une autre personne, dans l'intention qu'elle l'accepte et qu'elle puisse exiger l'exécution de la promesse » (H., GROTIUS, *Introduction au droit hollandais*, *Supra* n° 4, p. 295).

<sup>218</sup> v. Ibid., à la p. 453; v. également les commentaires de G., AUGÉ, « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », in *Archives de Philosophie du Droit*, 1968, n° 13, p. 99-114; É. M., CHARPENTIER, *Supra* n° 3, p. 42 et s.

<sup>219</sup> v. H., GROTIUS, *Introduction au droit hollandais*, *Supra* n° 4, p. 513.

cela la position de ses prédécesseurs notamment en ce qui concerne le juste prix et le préjudice donnant droit à restitution. Autrement dit, les idées de Grotius n'étaient donc pas en totale rupture avec les auteurs qui l'ont précédé même si cela marque une évolution dans la conception de l'égalité par rapport à l'acte contractuel où l'affirmation de la volonté des parties ne remet nullement en cause la place de *l'équilibre des intérêts*. Et, c'est sur cette base que Grotius jette les bases de la conception volontariste du contrat en droit naturel. De là également, il a posé l'argument le plus concluant de la discussion qui, à notre avis, est que:

Le Droit Naturel veut qu'il y ait de l'égalité dans tous les Contrats, en sorte que, du moment qu'il paraît quelque inégalité, celui qui a moins acquiert par là le droit d'exiger qu'on y supplée <sup>220</sup>.

Il ne s'agit pas seulement pour l'auteur de réaffirmer le principe de la restitution pour cause de lésion mais également de marquer avec force et reconnaissance l'existence de l'inégalité dans les rapports contractuels. Toutefois, avant de revenir plus amplement dans la suite de notre analyse sur les conséquences pratiques de cette reconnaissance, voyons d'abord quel a été l'influence du volontarisme – et plus précisément de l'autonomie de la volonté - sur la transformation du rôle du principe d'*équilibre* dans la conception du contrat.

#### **b.- L'équilibre des intérêts selon la conception subjectiviste du contrat**

Si le *jus* naturalisme moderne a fait émerger le volontarisme, provoquant un dépassement des limites conceptuelles de l'objectivisme, celui-ci semble désormais avoir fait la place à une conception subjectiviste du contrat sous l'impulsion particulière de la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>221</sup>. L'idée selon laquelle le consentement des parties est déterminant dans la construction des rapports contractuels a alors pris le

---

<sup>220</sup> v. H., GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *Supra* n° 4, p. 421.

<sup>221</sup> v. E., GOUNOT, *Supra* n° 188; V., RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, 165 pages.

dessus sur les considérations relatives à l'objet - sans toutefois que celui-ci soit totalement éclipsé. La volonté devenant l'élément central autour duquel s'articulent les règles relatives au contrat, la prépondérance du caractère subjectif implique que ce ne soient plus les éléments objectifs du contrat qui soient d'abord évalués, mais plutôt le sujet, c'est-à-dire le consentement de la personne ayant contracté. Par conséquent, l'affirmation du respect de *l'équilibre* des prestations demeure, mais son importance s'amointrit sous l'effet d'une transformation des fondements de la lésion en tant que manifestation première du *déséquilibre* contractuel. La lésion sera désormais conçue comme un vice du consentement, quelles que puisse être la forme revêtue par la notion. On observera à cet effet que, postulant l'égalité des parties au contrat, les premiers tenants<sup>222</sup> de l'autonomie de la volonté vont aller jusqu'à rejeter la doctrine majoritaire favorable aux interventions législatives destinées à réaliser *l'équilibre*<sup>223</sup>. Pour eux, les situations qui peuvent nécessiter des interventions législatives se réduisent finalement à peu de cas.

En effet, dans sa formulation initiale, la théorie de l'autonomie de la volonté repose sur trois principales idées à savoir: la volonté crée le contrat; le contrat est la loi des parties; le contrat est nécessairement juste puisqu'il a été voulu et un contrat déséquilibré ne peut pas avoir été voulu<sup>224</sup>. Le principal écueil contre cette théorie restant toutefois son

---

<sup>222</sup> Bien que n'ayant pas réussi à en éliminer les effets pervers, c'est à Emmanuel Gounot (*Supra* n° 188, p. 30-79) que revient le mérite d'avoir formulé plus clairement les contours de cette théorie dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle. On retiendra toutefois qu'à l'échelle de l'histoire du droit privé, c'est François Gény qui aura été le premier civiliste à évoquer le principe (v. F., GÉNY, *Supra* n° 14, p. 148) après le rapprochement entrevu en 1891 entre les mots « autonomie » et « volonté » par René Worms (*Supra* n° 188, p. 191), empruntant ainsi aux internationalistes une notion dont l'usage en droit international n'aura commencé que dès 1886 avec André Weiss (*Traité élémentaire de droit international privé*, L. Larose & Forcel, Paris, 1886, 996 pages) pour signifier que les parties peuvent choisir la législation du contrat notamment en cas de conflit de lois. Pour une analyse approfondie voir V., RANOUIL, *Supra* n° 221, p. 17 et s.

<sup>223</sup> v. les commentaires de É. M., CHARPENTIER, *Supra* n° 3, p. 56 et s.

<sup>224</sup> Selon Gounot, cette énumération découle plus généralement de la logique de liberté et d'égalité qui sous-tend les rapports contractuels (v. E., GOUNOT, *Supra* n° 188, p. 30-79).

opposition à la sanction des ententes lésionnaires, il semblait légitime de chercher à y intégrer des valeurs médianes dans le but notamment d'en atténuer la rigueur conceptuelle. Des positions plus pragmatiques vont alors émerger qui sont de nature à rallier un plus grand nombre d'auteurs. En apportant un tempérament à la conception de l'égalité des contractants à travers la sanction de la rescision pour lésion, la notion d'équivalence<sup>225</sup> ou encore celle de cause<sup>226</sup> sont à cet égard deux exemples à retenir parmi ceux qui visent d'abord à protéger la volonté et à s'assurer de son existence et qui peuvent en même temps servir de fondement au respect du principe *d'équilibre*. Pour Maury - qui voit dans la mise en parallèle de la volonté et de *l'équilibre* un moyen de détermination de l'équivalence économique des contrats à titre onéreux<sup>227</sup> - la cause justifie *l'équilibre*<sup>228</sup>. Dès lors, comme avec *l'équilibre*, l'importance et le rôle de l'équivalence dépendraient étroitement de la place de la volonté dans la conception du contrat. Parallèlement, Portalis entrevoit un lien direct entre « *équilibre* » et « cause » : « s'il n'y a point d'équilibre entre la chose et le prix, le contrat se trouve sans cause »<sup>229</sup>. Quant à Carbonnier, il considère que la lésion relève de l'ordre public tout en reconnaissant qu'elle est aussi un vice du consentement<sup>230</sup>. Toutefois, aucune de ces propositions n'a réussi à supplanter la doctrine majoritaire demeurée imprégnée de la théorie de l'autonomie de la volonté; la plupart des auteurs considérant la lésion comme étant un vice du consentement ou font subsister un lien infus entre les deux lorsqu'ils se proposent de fonder la sanction de la lésion sur autre chose que le consentement. Reste alors à préciser quelle est la distinction entre le déséquilibre lésionnaire considéré comme un vice du consentement et les autres vices comme l'erreur, le dol, la crainte, la

---

<sup>225</sup> v. J., MAURY, *Supra* n ° 188.

<sup>226</sup> v. P., LOUIS-LUCAS, *Supra* n ° 188.

<sup>227</sup> v. J., MAURY, *Supra* n ° 188, p. 27-207.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>229</sup> PORTALIS, « Discours préliminaire », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P., A., FENET, Librairie Place du Panthéon, Paris, 1836, XIV, p. 49.

<sup>230</sup> J., CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 14e éd., Paris, 1990, p. 246 et s.

violence. Autrement dit, quel est le lien topique entre la lésion et le consentement et, par ricochet, entre celui-ci et le principe d'*équilibre* ?

Pour Pothier, la lésion découle de l'imperfection du consentement de la partie lésée car celle-ci n'aura voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place, valait autant que ce qu'elle donnait, étant donné que cette personne: « [...] était dans la disposition de ne vouloir le donner, si elle eût su que ce qu'elle recevait, valait moins »<sup>231</sup>. Cette idée fait la synthèse d'une confrontation entre les deux conceptions de la lésion, telle que cela a pu rejaillir lors des travaux préparatoires à la codification française<sup>232</sup>, c'est-à-dire une lésion conçue sur une base subjective mais avec des implications objectives. Conséquence d'une transformation aussi bien des fondements de la lésion que des sources-mêmes de l'intervention de l'autorité publique dans les contrats déséquilibrés, ce résultat marque non seulement la confluence des positions subjectivistes et objectivistes mais également, il induit une redéfinition du rôle de *l'équilibre des intérêts* dans la conception du contrat.

De cette discussion théorique on peut déjà tirer des conclusions positives quant à l'existence en droit d'une dualité de la sanction du déséquilibre lésionnaire, comme étant la position dominante au sein de la doctrine. Il serait encore plus judicieux de voir en quoi le droit positif conforte cette constatation.

---

<sup>231</sup> R.-J., POTHIER, *Traité des obligations*, in *Œuvres de Pothier*, t. 2, 2ème éd., M. Bugnet éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, p. 20 et s.

<sup>232</sup> Un ralliement de la majorité des membres du Conseil d'État ayant finalement permis de fonder la sanction de la rescision pour lésion sur une atteinte au consentement (v. P., A., FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Librairie Place du Panthéon, Paris, 1836, XIV).



### 1.2.2.- Quelques exemples de prise en compte de *l'équilibre des intérêts* par les droits nationaux

Comme une confirmation de la doctrine majoritaire, le respect du principe d'*équilibre* dans l'ordre juridique interne des États se matérialise dans un premier temps par une dualité de la sanction du déséquilibre lésionnaire<sup>233</sup> : celle de la lésion d'outre-moitié (critère objectif) et celle de la rescision pour lésion fondée sur un vice du consentement (critère subjectif). Dans un second temps, la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* se traduit par la privation d'effets juridiques relatifs à certaines clauses pouvant être considérée comme abusives. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'intervention de l'autorité publique passe généralement par deux voies : la voie législative en vue de l'encadrement de la liberté contractuelle, et la voie judiciaire à travers une décision d'annulation. Il faut toutefois observer en ce qui concerne les dispositions législatives qu'elles ne se présentent pas forcément sous la forme d'un énoncé de principe ayant pour but d'assurer la réalisation d'un certain *équilibre* contractuel. Il s'agit surtout pour les législations internes de refléter l'idée selon laquelle le contrat ne peut être un instrument d'exploitation et qu'il doit respecter un certain *équilibre* des droits et obligations contractuels<sup>234</sup>.

Voyons à cet effet quelles sont les différentes règles du droit positif relatives à *l'équilibre* contractuel et examinons quelques applications pratiques, d'abord en matière de lésion, puis en ce qui concerne les clauses abusives.

---

<sup>233</sup> On ne peut s'empêcher d'y voir tout particulièrement la force persuasive des idées de Pothier, notamment en ce qui concerne le droit français et par extension le droit québécois, (v. POTHIER, *Supra* n ° 188 et 230).

<sup>234</sup> v. dans le même sens, É. M., CHARPENTIER, *Supra* n ° 3, p. 313.

### a.- Le déséquilibre lésionnaire comme un reflet des inégalités contractuelles

La place de *l'équilibre des intérêts* dans le droit positif se révèle au travers des dispositions dont certaines ont un caractère exceptionnel, parfois symbolique et qui sont contenues dans des législations diverses, aussi bien dans les *Codes civils* que dans les lois particulières.

En France, le *Code civil* fixe une condition objective pour la sanction de la lésion en prévoyant l'évaluation de *l'équilibre* des prestations<sup>235</sup> mais il pose, en règle générale, que l'intervention doit être fondée sur l'idée que la partie lésée n'a pas véritablement consenti<sup>236</sup>; l'absence de consentement servant ici à justifier le déséquilibre contractuel. Il s'agit en définitive, d'une cristallisation de la divergence des positions doctrinales; les auteurs qui requièrent une grande portée à l'évaluation de *l'équilibre* objectif au détriment des vices du consentement pouvant, à cet égard, s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>237</sup>. Pour le professeur Ghestin, cela confirme le fait que la Cour partage les idées de la théorie objective du contrat<sup>238</sup>. Mais, à l'analyse, il semble plus exact de dire que le droit français a adopté une conception subjective de la lésion tout en définissant celle-ci à partir d'un critère objectif<sup>239</sup>; la lésion y étant définie comme un déséquilibre des prestations, mais qui doit être prouvé comme constituant un vice du consentement. Le régime juridique instauré a ainsi pour conséquence de rendre inutile la preuve factuelle de l'absence de consentement : le lésé n'a pas à prouver qu'il n'aurait pas consenti s'il avait connu la valeur de la chose. Sur cette base, les juges français ont

---

<sup>235</sup> v. les articles 887 et 1674 du *Code civil français*, <https://www.lexisnexis.fr/code-civil> ou <https://www.codes-et-lois.fr/code-civil/texte-integral> (consulté le 08/10/2020).

<sup>236</sup> v. l'article 1118 du *Code civil français*, *ibid.*

<sup>237</sup> v. notamment Cass. com., 18 novembre 1975, n° 74-11.930, *Bull. civ.* IV, n° 269, p. 222; Cass. 3e Chambre civile, 7 juillet 2010, n° 09-14.579, *Bulletin civ.* III, n° 141, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022458579>.

<sup>238</sup> v. GHESTIN, *Les obligations - Le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 650 et s.

<sup>239</sup> v. dans le même sens, É. M., CHARPENTIER, *Supra* n° 3, p. 66.

fondé la réduction de la rémunération des mandataires dans une convention d'honoraires pour laquelle ils ont estimé qu'elle

[...] a la force obligatoire lorsqu'elle a été librement débattue, après complète réussite de la mission confiée à un agent d'affaires par un client dont "les juges du fond estiment souverainement" qu'il avait été capable d'apprécier la valeur du service rendu<sup>240</sup>.

Toujours en la matière, la Cour de cassation a aussi jugé que si le vendeur a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value<sup>241</sup>. Enfin, le législateur français ayant admis la sanction de la lésion en faveur des mineurs, des incapables, de même que dans la vente et le partage<sup>242</sup>, on peut bien dire qu'il a fait une place relativement importante à *l'équilibre des intérêts*.

Au Québec, les mesures protectrices visant à garantir la justice contractuelle et qui sont relatives soit à la lésion ou soit aux stipulations imposant des clauses impératives sont nombreuses. La plupart de ces mesures sont conçues comme un remède à l'inégalité de fait des parties. S'inscrivant dans une conception mixte de la lésion, l'article 1406 du *Code civil du Québec* définit la lésion comme pouvant résulter de « l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties [...] »<sup>243</sup>. Ce qui est visé ici, c'est davantage le comportement de celui à qui profite le contrat ou la protection de celui qui en souffre. Il s'agit de préserver *l'équilibre* en sanctionnant l'exploitation et non de présumer d'une absence de consentement se manifestant par le déséquilibre des prestations. Comme on a pu le

---

<sup>240</sup> v. Cass. com. 18 novembre 1975, *Supra* n° 237.

<sup>241</sup> v. Cass. 3e Chambre civile, 7 juillet 2010, *Supra* n° 237.

<sup>242</sup> v. les articles 491-2, 510-3, 887 et s., 1118, 1304-5, 1313, 1674 et s., 2052, du *Code civil français*, *Supra* n° 235.

<sup>243</sup> CCQ-1991 - *Code civil du Québec*, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/CCQ-1991>, (consulté le 15/10/2020).

justifier, la notion d'exploitation permet « [...] de prendre en considération certaines altérations du consentement qui s'intègrent difficilement dans la définition technique des vices du consentement traditionnels »<sup>244</sup>. Aussi critiquable<sup>245</sup> soit-elle, la formule utilisée par le législateur québécois présente l'avantage d'être une forme d'expression de la moralité contractuelle en vue de réduire les inégalités quand bien même cela requiert, selon lui, un caractère exceptionnel: l'égalité des parties ne laissant que peu de place à l'idée que l'une des parties puisse exploiter l'autre. Ce n'est guère surprenant que le lien entre le déséquilibre lésionnaire et l'exploitation a un caractère réfragable dans le *Code civil du Québec*<sup>246</sup> alors que le régime de sanction est à la fois exceptionnel<sup>247</sup> et essentiellement axé sur la lésion mixte. Celle-ci demeure, dans son fondement téléologique, directement liée à la lésion objective et s'inspire de l'esprit protecteur de la lésion subjective. Il est, à cet égard, intéressant de noter que la plupart des pays de tradition civiliste, la France<sup>248</sup>, la Suisse<sup>249</sup>, et l'Allemagne<sup>250</sup> admettent également la lésion mixte.

Au reste, cette conception mixte de la lésion où prévalent des considérations à la fois objectives et subjectives du contrat est également présente dans la pratique judiciaire en *common law*. À cet égard, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de souligner que l'iniquité n'est pas nécessairement liée à la question du consentement dans un arrêt relatif

---

<sup>244</sup> v. J., GHESTIN, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982, à la p. 291.

<sup>245</sup> On peut relever, à la lecture de l'article 1405 du *Code civil du Québec*, que le mode d'intervention préconisé par le législateur n'est pas satisfaisant; celui-ci n'ayant pas suffisamment pris en considération toute une série de dispositions obligeant les contractants au respect des exigences de la bonne foi et de l'équilibre des prestations (v. É. M., CHARPENTIER, *Supra* n° 3, p. 133 et s.).

<sup>246</sup> v. l'article 1406 C.c.Q., *Supra* n° 243.

<sup>247</sup> Le principe posé par l'article 1405 étant l'absence de sanction, les situations où le *Code civil du Québec* prévoit de sanction sont décrites aux articles 424, 472, 2332.

<sup>248</sup> v. les articles cités *Supra* n° 242.

<sup>249</sup> v. Art 21 du *Code des obligations, Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911*, n° RS 220.

<sup>250</sup> v. Art. 138 du Code civil allemand, *Bürgerliches Gesetzbuch*, (B.G.B.), <https://dejure.org/gesetze/BGB/138.html>.

au principe de l'équité et ses manifestations connexes comme l'inégalité du pouvoir de négociation des parties<sup>251</sup>. On retiendra également que dans un cas similaire au Royaume Uni, Lord Denning avait indiqué que le droit anglais pouvait intervenir lorsque les parties ne jouissent pas du même pouvoir de négociation<sup>252</sup>. Toutefois, selon lui, ne peut être protégé que celui qui,

without independent advice, enters a contract on terms which are very unfair [...] when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs or desires, or by his own ignorance or infirmity [...].<sup>253</sup>

La reconnaissance de l'inégalité des parties contractantes est, dès lors, d'un enjeu primordial si l'on veut parvenir à un *équilibre* satisfaisant des relations contractuelles. Or, le paradoxe de la théorie de l'autonomie de la volonté est de reposer essentiellement sur le postulat de l'égalité entre les parties. Malheureusement, l'égalité formelle reste une égalité postulée. Elle n'a de prise sur la réalité que partielle, approximative. Par conséquent, elle ne peut conduire à une véritable justice contractuelle tant qu'elle laisse subsister l'écueil d'une domination économique d'une partie sur l'autre. Sur le plan pratique, cela peut se matérialiser par la présence dans les législations internes de lois particulières destinée à pallier l'inadéquation entre le postulat de l'égalité et la réalité des rapports contractuels. Ces rapports se caractérisent soit par la subordination de la volonté du salarié à celle de l'employeur, soit par la position dominante du commerçant sur la situation de faiblesse économique du consommateur où soit encore par la situation de faiblesse d'une personne (mineur, handicapée ou déficiente, ... etc.) dans une négociation contractuelle.

---

<sup>251</sup> v. *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 309; v. également, *Aselford Martin Shopping Centres Ltd c. A.L. Raymond Ltée.*, (1990) R.J.Q. 1971 (C.S.), à la p. 1976; et pour les commentaires v. É. M., CHARPENTIER, *Supra* n° 3, p. 78-79, note n° 160.

<sup>252</sup> *Lloyd's Bank Ltd. c. Bundy*, (1974) 3 All E.R. 757 (C.A.), à la p. 765; v. dans le même sens *Morrison c. Coast Finance Ltd*, (1965) 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.), à la p. 713.

<sup>253</sup> Ibid.

## **b.- Déséquilibre contractuel, avantages excessifs, clauses déraisonnables ou abusives**

Tel qu'indiqué dans le paragraphe précédent, ce n'est pas la lésion elle-même en tant que préjudice qui constitue la clé du problème, mais plutôt la lésion consécutive à un abus quelconque de la part de l'un des contractants. Le besoin de protection des plus faibles, la préoccupation de limiter les abus des plus forts, et finalement la reconnaissance de l'existence des inégalités dans les rapports contractuels ont profondément transformé la définition de la lésion en y intégrant la notion d'exploitation. En effet, le XIX<sup>ème</sup> siècle a été marqué par l'industrialisation et un exercice outrancier du libéralisme économique. Cela a eu pour conséquences la dégradation des rapports économiques entre d'une part l'ouvrier en situation de faiblesse et son employeur puissant, et d'autre part, le fabricant en position de domination et le consommateur. Face à cette situation, il fallait trouver les moyens de contenir l'exercice des libertés en matière notamment de propriété et de contrat. Dans divers pays, les législateurs ont alors été amenés à innover au niveau de la technique législative comme par exemple la définition des seuils infranchissables à travers la mise en place des lois de premier secours.

Selon un aperçu de la situation au Québec,

[l]e besoin d'un droit particulier pour régir les opérations que le consommateur effectue sur le marché a surgi de la transformation des rapports économiques entre le fabricant et le consommateur et s'est développé comme, au siècle dernier, le droit du travail l'a été à la suite de l'industrialisation et dans le but d'organiser les rapports entre l'ouvrier en situation de faiblesse économique devant un employeur puissant.<sup>254</sup>

Plus exactement, les mécanismes mis en place visent à rétablir l'équilibre contractuel, aussi bien en droit de la consommation qu'en droit du travail. Selon l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>255</sup>, la

---

<sup>254</sup> N., L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, Se éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2000, à la p. 1; et pour une confirmation en ce qui concerne le droit du travail, v. F., MORIN et J.-Y., BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, à la p. 445 et s.

<sup>255</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

présomption de l'exploitation est irréfragable<sup>256</sup> alors que parallèlement, la *Loi sur les normes du travail*<sup>257</sup> retient l'attention en raison de l'inégalité *de facto* des parties qui justifie la mise en place d'un régime de protection en faveur du contractant le plus vulnérable. En cela, les lois particulières offrent une perspective différente du *Code civil du Québec* qui définit la clause abusive comme étant celle qui est contraire aux exigences de la bonne foi - et sous la condition que cela désavantage l'une des parties de manière excessive ou déraisonnable.<sup>258</sup>

Rappelons à la suite de la législation québécoise l'article 2-302 du *Uniform Commercial Code*<sup>259</sup> des États-Unis relatif aux contrats déraisonnables ou aux clauses déraisonnables :

(1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination<sup>260</sup>.

Quelles que soient les formes qu'elles prennent, les clauses abusives ont souvent pour effet de remettre en cause l'*équilibre* des prestations. On peut à cet égard mentionner les *Principes d'Unidroit*<sup>261</sup> dont les dispositions permettent à une partie d'annuler un contrat dans des cas où il y a une forte inégalité entre les obligations des parties qui donne à une partie un

---

<sup>256</sup> v. à l'effet d'une confirmation, la position des tribunaux avec les arrêts : *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, (1989) R.J.Q. 1091 (C.A.), à la p. 1096 et s.; *Banque de Montréal c. Spooner*, (1994) R.J.Q. 1388 (C.S.).

<sup>257</sup> *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; ci-après: *Loi sur les normes du travail*.

<sup>258</sup> v. l'article 1437 C.c.Q, *Supra* n ° 243.

<sup>259</sup> *Uniform Commercial Code, UCC 2017- 2018 Edition Official Text and Comments*, Published by Thomson Reuters, USA <https://www.ali.org/publications/show/uniform-commercial-code/> ; <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302>

<sup>260</sup> Article 2-302, *ibid*.

<sup>261</sup> *Principes d'UNIDROIT 2016*, Publié par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome, ISBN: 978 - 88 - 86449 - 38 - 0, Copyright © UNIDROIT 2016, aux p. 114-116, <https://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2016/principles2016-f.pdf>.

avantage excessif et injustifié<sup>262</sup>. Dans le prolongement de ce texte, il faut rappeler que le Parlement et le Conseil européens avaient adopté en 2011 une nouvelle directive<sup>263</sup> dans le but de renforcer la *Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs*<sup>264</sup> et qui définit la clause abusive comme ci-après:

[u]ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un *déséquilibre* significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat<sup>265</sup>.

L'article 5 de la loi anglaise relative aux droits des consommateurs, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, va pratiquement dans le même sens :

(1) A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant *imbalance* in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer [...]<sup>266</sup>.

Une grande variété de clauses est dès lors susceptible de créer un désavantage excessif ou déraisonnable. Les directives européennes renvoient, à cet effet, à « une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives »<sup>267</sup>. Enfin, comme les directives européennes, le droit français a également requis que, pour être considéré

---

<sup>262</sup> v. l'Art. 3.2.7, *Principes d'UNIDROIT*, (*ibid*).

<sup>263</sup> *DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil*, JO L 304/64 du 22.11.2011.

<sup>264</sup> *DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, JO L 95/29 du 21.4.1993.

<sup>265</sup> Article 3 (1) de la directive, *ibid*. [italiques ajoutées].

<sup>266</sup> UK, *Statutory Instrument 1999 No. 2083, The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, [italiques ajoutées].

<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/regulation/5/made>

<sup>267</sup> v. Article 3(3) et l'Annexe de la directive, *Supra* n° 264.



comme relevant d'un abus ou découlant d'un « avantage excessif », le déséquilibre doit être « significatif »<sup>268</sup>.

Au total, la réalisation de *l'équilibre des intérêts* peut donc être assurée par un autre biais que la lésion. Un contrat apparemment équilibré selon ses dispositions principales, peut être déséquilibré en raison de l'existence de stipulations accessoires. Lorsqu'elles existent, celles-ci ont généralement pour effet de désavantager l'un des contractants d'une manière soit « excessive » ou soit « déraisonnable » et le plus souvent au mépris des exigences de la bonne foi. De par leur nature, ces clauses sont généralement éloignées des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat au point où celui-ci peut en être dénaturé. Même si les liens entre le déséquilibre, le désavantage excessif ou déraisonnable, l'exploitation et la bonne foi sont indéniables, il ne fait pas de doute que le fait pour le législateur de les concevoir différemment lui permet d'appréhender les diverses manifestations du déséquilibre contractuel. Il s'agit, en quelque sorte, de permettre au juge d'en apprécier la cause et les effets sur *l'équilibre* global du contrat, aussi bien à la création, lors de la formation, qu'au moment de la mise en œuvre. Rien, à cet égard, n'est certainement aussi vrai que de pouvoir affirmer que le contentieux des nullités en droit des contrats est un contentieux *d'équilibre des intérêts*. Nombreuses sont les décisions judiciaires qui visent à confirmer la force obligatoire du contrat tout en faisant reposer celui-ci sur la bonne foi ou sur l'exigence du respect d'un certain *équilibre* des prestations<sup>269</sup> et qui sanctionnent les stipulations principales en

---

<sup>268</sup> v. *Loi n 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995*, art. 1, annexe, *JOFR* du 2 février 1995, (v. *Code de la consommation*, article L 132-1) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000187054/> .

<sup>269</sup> Les tribunaux font parfois référence simultanément aux notions de clause abusive et de lésion, v. les décisions ci-après : *Crédit Trans-Canada ltée. c. McClemens*, (1995) *R.J.Q.* 985 (C.Q.); *Crédit Trans-Canada ltée. c. Prévost*, (1995) *R.J.Q.* 977 (C.Q.); *Société financière Speedo (1993) ltée c. Denis*, *C.S. Montréal* 500-05-040593-988, 1998-09-01, *RE.* 98BE-1114.

raison de leur caractère abusif<sup>270</sup>. D'un pays à un autre, les exemples sont foisonnants. Particulièrement intéressants sont les cas où les juges fondent leurs décisions sur des motifs autres que la lésion, le désavantage excessif ou déraisonnable, l'exploitation, la bonne foi. Pour ces tribunaux, le respect du *principe d'équilibre* doit se traduire soit par le respect de l'équité juridique<sup>271</sup>, soit de *l'intérêt commun* ou *général*<sup>272</sup>, ou soit encore du « salut public »<sup>273</sup>.

## Conclusion du Chapitre 1

Dans ses fondements normatifs en tant que source distincte de droit, *l'équilibre des intérêts* chevauche deux catégories de principes généraux à savoir, les principes généraux de droit (PGD) et les principes généraux du droit international (PGDI). Toutefois, son origine de droit interne ainsi que son potentiel novateur lui confèrent davantage le caractère d'un principe général de droit (PGD) qui, à la faveur d'une interprétation dynamique, lui permet de jouer un rôle de restructuration du système juridique en vue de sa réadaptation. Autant il est difficile d'isoler clairement *l'équilibre des intérêts* des PGDI avec lesquels il a d'incontestables liens de rattachement, autant l'existence de ce principe en tant que règle de droit interne transposable dans l'ordre juridique international ne fait aucun doute. Bien entendu, le droit interne dont il est question ici, ce n'est pas nécessairement les droits des différents États considérés un à un. Il s'agit plutôt d'un regroupement en un nombre restreint de familles ou de

---

<sup>270</sup> v. notamment *Brutus c. Joseph*, (1996) *RJ.Q.* 2619 (C.S.); *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, (1994) *RJ.Q.* 1650 (C.S.), inf. pour d'autres motifs par (1997) *RJ.Q.* 1832 (C.A.); *Le c. Le*, (1994) *RJ.Q.* 1058 (C.S.); *Services financiers Avco Canada Ltée. c. Boudreau, B.E.* 97BE-423 (C.Q.)

<sup>271</sup> v. par exemple l'arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 15 juin 1892, *Supra* n° 6 (France); v. également *Infiltration du Danube* (« *Donauversinkung* »), *Supra* n° 8, § VI (4), *Rec.* p. 31, 32 et § VIII, *Rec.* p. 42 (Allemagne); *Connecticut c. Massachusetts*, 282 US 660, *Supra* n° 8, p. 282 U.S. 670 (États-Unis).

<sup>272</sup> v. *Infiltration du Danube* (« *Donauversinkung* »), *Supra* n° 8, § VI (3), *Rec.* p. 30; § VII (2), *Rec.* p. 37 (Allemagne).

<sup>273</sup> v. *Connecticut c. Massachusetts*, 282 US 660, *Supra* n° 8, p. 282 U.S. 673 (États-Unis).

systèmes, et c'est ce qui explique que nous nous sommes limités à des exemples tirés des droits allemand, américain, britannique, canadien, français, québécois, et suisse, en plus des rapprochements avec le droit romain, le système européen et l'UNIDROIT.

Ensuite, nous avons également pu constater que dans ses fondements téléologiques, le principe d'*équilibre* rallie à la fois les courants subjectivistes et objectivistes d'une part, les conceptions antiques, médiévales et modernes, d'autre part. Sa place dans la conception du contrat a subsisté malgré l'influence de l'autonomie de la volonté dont les limites conceptuelles se sont révélées avec la découverte des inégalités dans les relations contractuelles. Dès lors, la place de l'*équilibre des intérêts* a évolué à raison inverse avec celle de l'égalité dans la conception du contrat. Plus nuancée est la seconde, plus prépondérante devient la première, et vice versa.

Bien que n'apparaissant pas expressément dans les droits positifs, l'*équilibre des intérêts* est devenu un principe référentiel qui gouverne la mise en place des législations particulières, se manifestant tantôt comme une sanction dualiste de la lésion, tantôt par l'élimination des clauses abusives dans les contrats ou encore par une autorisation donnée au juge d'évaluer la manière dont un droit - qui n'a pas nécessairement un caractère abusif - est exercé. Alors qu'une clause, de prime abord, non abusive peut prendre ce caractère en fonction des circonstances dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer, il peut arriver que ce soit seulement son application qui produise des résultats abusifs. Dans ce cas, il est à suggérer que le rétablissement de l'*équilibre* entre les *intérêts* des parties soit plutôt fondé sur l'abus de droit; étant entendu que les législations nationales prévoient généralement une distinction entre la lésion, les clauses abusives et l'abus de droit.

Ainsi, en tant que l'émanation de systèmes juridiques plus complets, l'*équilibre des intérêts* apparaît également comme une source

d'enrichissement des solutions juridiques admises et appliquées dans l'ordre international, et par conséquent, transposable dans celui-ci.

## Chapitre 2

# LA TRANSPOSITION DE *L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS* EN DROIT INTERNATIONAL

La réception dans l'ordre juridique international de *l'équilibre des intérêts* trouve sa justification dans le fait que, jamais depuis ses origines, le droit international n'a pu se débarrasser de tout lien avec les droits internes. Ces liens se traduisent de manière concrète par la persistance, la généralisation, et l'officialisation du recours aux principes généraux prévu par l'article 38 (1)(c) du Statut de la CIJ. Avec une intensité variable en fonction des époques, les juges et arbitres ont été amenés à compléter les lacunes du droit international par des emprunts aux droits internes, et ce mouvement est net et peu discutable en ce qui concerne le principe d'*équilibre*. Il faut toutefois rappeler que les décisions arbitrales ou juridictionnelles qualifiant le mode de raisonnement par lequel le juge transpose un PGD dans l'ordre juridique international sont rares; même si, à la lecture de certaines d'entre elles, la ressemblance - entre les situations où les PGD ont été appliqués en droit interne et celles dans lesquelles on a pu les appliquer en droit international - tient une place importante dans le procédé d'interprétation. On peut à cet effet retenir les indications ci-après du Tribunal arbitral dans l'affaire des *Indemnités russes*<sup>274</sup> :

Dès l'instant où le Tribunal a reconnu que, d'après les principes généraux et la coutume en droit international public, il y avait *similitude des situations* entre un État et un particulier débiteurs d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi *par analogie* les règles de droit privé commun [...] <sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> *Affaire des indemnités russes* (Russie - Turquie), Aff. CPA No. 1910-02, sentence du 11 novembre 1912, RSA, NU, vol. XI, p. 421-447.

<sup>275</sup> Ibid., p. 446 [*Italiques ajoutées*]; v. également *Affaire Dix* (Commission mixte États-Unis - Vénézuéla), RSA, NU, vol. IX, p. 121; *Affaire Olivia* (Commission mixte Italie - Vénézuéla), sentence rendue par l'Umpire RALSTON, RSA, NU, vol. X, p. 600 et s.; *Affaire Gentini* (Commission mixte Italie - Vénézuéla), sentence rendue par l'Umpire RALSTON, RSA, NU, vol. X, p. 558; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, Avis consultatif, CIJ, Rec. 1954, p. 52.

La démarche indiquée invite à suivre « la logique de l'esprit »<sup>276</sup> et s'alimente de la confrontation des idées. Elle a pu ainsi rejaillir comme « une véritable théorie des principes généraux de droit »<sup>277</sup> lors de l'affaire du *Sud-Ouest africain* avec l'opinion dissidente du juge Tanaka<sup>278</sup>. Toutefois, c'est à Charles de Visscher que nous devons d'avoir essayé une définition de l'analogie, en insistant d'emblée sur les rapports de ressemblance existant entre l'origine et l'aboutissement du raisonnement<sup>279</sup>. Selon lui, le raisonnement par l'analogie est la méthode par excellence de la transposition en droit international d'un PGD issu des droits internes. Il consiste pour le juge interprète à effectuer

[...] un double processus d'abstraction d'abord, de généralisation ensuite, qui, dépouillant les règles du droit interne des particularités nationales dont les a revêtues une élaboration technique beaucoup plus poussée, permet, par un effort de synthèse de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables<sup>280</sup>.

Le but, précise l'auteur, est de dégager de la convergence des éléments du droit interne « l'existence d'un principe qu'expliquent des nécessités communes », pour pouvoir ensuite vérifier « jusqu'à quel point ces nécessités se retrouvent dans l'ordre international et y justifient l'application du même principe »<sup>281</sup> en l'occurrence : *l'équilibre des intérêts*. C'est, dès lors, « la similitude des situations » qui, de prime abord, justifie le recours à ce principe en tant que solution tirée des droits étatiques. C'est ensuite la nécessité de combler, par « analogie » au droit interne, les lacunes du droit international. Autrement dit, si l'analyse contextuelle permet de dégager les traits de ressemblance justifiant le recours à

---

<sup>276</sup> v. M., VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960, p. 149.

<sup>277</sup> A., PELLET, *Supra* n° 96, à la p. 283.

<sup>278</sup> v. *Sud-Ouest africain*, *Supra* n° 118, op. diss. TANAKA, p. 295.

<sup>279</sup> v., Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 24, à la p. 419.

<sup>280</sup> Ibid.

<sup>281</sup> Ibid.

*l'équilibre des intérêts* dans l'ordre juridique international (2.1.), l'analogie quant à elle permet d'aboutir à son application générale (2.2.).

### **2.1.- La similitude entre les situations en droits interne et international : l'asymétrie des parties**

Le principal trait de ressemblance entre les situations en droits interne et international est l'asymétrie des parties, ou plus exactement, le fossé entre l'égalité formelle et l'égalité réelle. Ainsi que cela vient d'être souligné, établir une utilisation généralisée de *l'équilibre des intérêts* dans l'ordre juridique international consiste d'abord à en ressortir les éléments de confluence que l'esprit du juriste ne peut guère échapper, même par sobriété, et qui font de ce principe une solution « universalisable », en raison notamment du fait que la plupart des sujets du droit international sont concernés par le droit relationnel et sont, par conséquent, confrontés à un problème similaire d'inégalité, de lésion, d'exploitation, de clauses abusives, ..., bref, de déséquilibre contractuel faisant appel à une solution juridique commune. En tant que résultat de la confrontation de l'ensemble des réponses apportées par les droits nationaux à cette préoccupation, *l'équilibre des intérêts* ne peut être attribué à un droit national déterminé. En revanche, le contexte de son émergence est généralisable, semblable d'un pays à l'autre : la découverte du sous-développement, la dégradation des rapports économiques consécutive à l'industrialisation et l'exercice excessif du libéralisme économique, le besoin de protection - des plus faibles - né de la reconnaissance de l'existence des inégalités dans les rapports contractuels et finalement la préoccupation de trouver des moyens juridiques permettant d'encadrer l'exercice des libertés en matière contractuelle<sup>282</sup>. Tout cela constitue l'expression manifeste d'une « nécessité commune », principal trait de ressemblance conditionnant la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* dans l'ordre juridique

---

<sup>282</sup> v. notre analyse au Chap. 1, Sect. 1.2, sous-sect. 1.2.2., Paragr. b, note 253 et s.

international, aussi bien en ce qui concerne les sujets classiques de droit international (2.1.1.) qu'en ce qui concerne ceux-ci et les individus où le constat de l'existence d'une inégalité juridique est radical (2.1.2.). À cet important élément s'ajoute le besoin de solidarité tel qu'il est ressenti au plan interne et qui, au plan international, commande l'abandon de la réciprocité-égalité en vue d'une prise en compte de l'*intérêt* commun (2.1.3.).

### **2.1.1.- L'inégalité de fait entre les parties contractantes**

À la suite de la CIJ dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du nord* qui soulignait l'existence d'inégalités naturelles auxquelles l'équité ne pourrait porter remède<sup>283</sup>, il faut relever l'existence d'une contradiction apparente entre certains principes du droit international. De la même façon que le modèle capitaliste fonctionne avec le présupposé qu'il y a égalité entre les économies nationales, ignorant les différences entre les pays<sup>284</sup>, l'ordre juridique international est basé sur l'égalité souveraine des États. Du principe de la souveraineté des États, on a déduit celui de l'égalité souveraine: chaque État étant par principe souverain, alors tous les États sont égaux entre eux. Paradoxalement, cette affirmation n'a de validité que théorique et les États égaux parce que souverains sont néanmoins favorables à l'idée que l'exercice par chaque État de sa propre souveraineté peut se traduire par une autolimitation de celle-ci. Il en va ainsi lorsqu'un État accepte une obligation sans contrepartie de la part d'un autre<sup>285</sup>. Jusqu'à ce que l'autre État procède à la même limitation, cet acte - au départ unilatéral - marque la rupture du principe d'égalité entre les deux États. Certes, cette situation est en général le résultat d'un

---

<sup>283</sup> *Plateau continental de la mer du nord*, *Supra* n° 16, § 91, p. 50.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>285</sup> Ainsi qu'il est admis dans l'avis consultatif de 1925 sur l'*échange de populations grecques et turques*: « La faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État » (*Échange des populations grecques et turques*, AC, 21 février 1925, C.P.J.I., Série B. n° 10, p. 21).



accord de volonté entre les parties, mais elle peut également résulter de la contrainte ou être imposée par la volonté d'une seule partie. Dans ce cas, l'égalité juridique devient un véritable camouflet pour certains sujets de droit international. Dès lors, à quels indices reconnaît-on un traité en déséquilibre et à partir de quel déséquilibre ce traité devient-il condamnable?

Pour les juges internationaux, la dissociation doit être nette entre « égalité des parties » et « égalité des clauses » car, même si l'existence d'une inégalité entre les droits et obligations conventionnels semble difficilement contestable<sup>286</sup>, il n'y a de « traités inégaux » qu'entre partenaires égaux<sup>287</sup>. En somme, il faut non seulement admettre le principe de l'égalité entre les parties, mais également considérer celui-ci comme débordant le cadre des traités pour s'étendre aux contrats entre un particulier et un État:

Before the arbitrament of natural justice, all parties to a contract, as to their reciprocal rights and their reciprocal remedies, are of equal dignity and are equally entitled to invoke for their redress and for their defense the hearing and the judgement of an impartial and desinterested tribunal<sup>288</sup>.

En effet, aucune relation conventionnelle ne serait possible s'il faut concevoir qu'entre parties inégales il n'y a pas d'égalité possible de droits et d'obligations. Il serait en revanche difficile d'en déduire l'existence d'une présomption d'égalité des clauses, autant qu'il est incertain de présumer une limitation à la souveraineté étatique<sup>289</sup>. Et si la question semble ainsi réglée sur le plan de l'atteinte à la souveraineté<sup>290</sup>, elle demeure posée

---

<sup>286</sup> v. *Italie c. États-Unis*, Décision du 10 juin 1955, RSA, XIV, p. 241.

<sup>287</sup> Ibid.

<sup>288</sup> v. *Salvador Commercial Company* (« *El triunfo Company* ») (*États-Unis c. Salvador*), Sentence arbitrale du 8 mai 1902, Recueil des sentences arbitrales (RSA), vol. XV, p. 478.

<sup>289</sup> Dans l'affaire des *Zones franches du pays de Gex et de Savoie*, (France c. Suisse), la Cour avait clairement fixé le principe : « dans le doute, une limitation de souveraineté doit être interprétée restrictivement » (arrêt du 7 juin 1932, C.P.J.I., série A.-B., n° 46, p. 167). De même, une atteinte à la souveraineté « suffit pour que la clause qui consacre une telle limitation doive, en cas de doute, être interprétée restrictivement » (*Wimbledon*, France c. Allemagne, arrêt du 17 août 1923, C.P.J.I., série A n°1, p. 24).

<sup>290</sup> Ibid.

quant à l'équilibre d'un traité dont les obligations ne sont pas « absolument égales » ou « parfaitement réciproques »<sup>291</sup>.

Cette interrogation appelle quelques observations. D'abord, il s'agit d'une question à la fois objective et subjective. Ensuite, il serait difficile d'y répondre sans préjuger du but de la distinction entre « traités égaux » et « traités inégaux ». Enfin, les efforts de clarification consentis par la doctrine paraissant insuffisants à cet égard<sup>292</sup>, toute réponse sérieuse ne serait que progressive, provisoire. Sous l'éclairage de l'histoire du droit, nous avons vu comment les principaux courants de doctrine relatifs à la justice contractuelle reposaient sur le postulat de l'égalité<sup>293</sup>. Nous sommes également parvenus à la conclusion que ce n'est qu'à partir du moment où l'on a admis l'existence de l'inégalité dans les rapports contractuels qu'on a commencé à entrevoir la possibilité de déséquilibre de droits et obligations contractuels. L'apport de Grotius a été, à cet égard, extrêmement utile dans la compréhension de la situation en droit interne<sup>294</sup>. Au plan international, il nous semble plus éclairé de recourir au cadre théorique développé par Vattel<sup>295</sup> à l'effet d'une explication judicieuse.

#### **a.- Vattel et les inégalités juridiques**

C'est d'abord à Vattel que l'on doit d'avoir entrevu une distinction entre « traités égaux » et « traités inégaux ». À partir d'une opposition désormais habituelle, il définit les premiers comme étant « ceux dans lesquels les contractants se promettent les mêmes choses, ou des choses équivalentes, ou enfin des choses équitablement proportionnées; en sorte que leur condition est égale »<sup>296</sup>. Il propose ensuite de replacer le traité dans

---

<sup>291</sup> v. E., DECAUX, *La réciprocité en droit international*, LGDJ, Paris, 1980, p. 28.

<sup>292</sup> Ibid., p. 30.

<sup>293</sup> v. notre développement antérieure, Chapitre 1, Section 1.2., Paragraphe 1.2.1.

<sup>294</sup> Ibid.

<sup>295</sup> VATTEL, *Supra* n° 84.

<sup>296</sup> VATTEL, *Supra* n° 84 à la p. 158.

son contexte afin d'établir une distinction par gradation en deux étapes : d'abord entre « l'inégalité des engagements » et « l'inégalité dans la dignité des parties » puis, entre les traités « où l'inégalité se trouve du côté de la puissance la plus considérable » et ceux « dont l'inégalité est du côté de la puissance inférieure »<sup>297</sup>. Pour l'auteur, cette distinction est indispensable afin d'établir un lien *global* entre le traité et la situation dans laquelle il s'insère. Elle permet plus spécifiquement de constater qu'une clause inégale peut finalement être compensée par une autre clause inversement avantageuse, de la même manière qu'un traité inégal peut-être déséquilibré par un autre traité<sup>298</sup>. Cette idée est particulièrement intéressante pour la suite de notre analyse car, Vattel ne se contente pas seulement de distinguer entre « traités inégaux » et « traités égaux ». Il dénonce également le cumul des inégalités et qualifie « d'alliances inégales », les traités où l'inégalité se trouve du côté de la puissance inférieure, c'est-à-dire « ceux qui imposent au plus faible des obligations plus étendues, de plus grandes charges, ou qui l'astreignent à des choses pesantes désagréables, ces traités inégaux, [dit-il], sont toujours en même temps des alliances inégales »<sup>299</sup>.

Certes, l'idée est juridiquement contestable de concevoir qu'un avantage subjectif (prestige, influence) puisse compenser une concession objective entre un État puissant et un autre État. La thèse de Vattel n'est pourtant pas sans intérêt pour l'analyse juridique. Elle est capitale du point de vue de l'approche sociologique dont l'utilité ici est de rendre facile d'appréhension ce qui, en droit, est inexplicable:

Les grands potentats n'ayant guère accoutumé de donner plus qu'on ne leur donne, de promettre plus qu'on ne leur promet, s'ils n'en sont récompensés du côté de la gloire et des honneurs<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> Ibid, p. 164, § 175.

<sup>298</sup> Ibid.

<sup>299</sup> Ibid.

<sup>300</sup> Ibid., p. 164.

C'est dire que la recherche d'*équilibre* est une finalité qui dépasse l'égalité formelle. Elle est aussi indissociable du droit que les inégalités le sont. Par conséquent, distinguer entre « traités égaux » et « traités inégaux » ne signifie pas nécessairement une condamnation de ces derniers. Dès lors, on n'est plus seulement forcé d'admettre l'égalité des parties<sup>301</sup>, on est également assuré de savoir que la différence de contenu n'affecte pas forcément la validité du traité. Toutefois, contre une inégalité permise en droit<sup>302</sup>, on peut toujours opposer une inégalité juste en équité. Ainsi, pourront converger vers le même objectif un principe modérateur de base, manifestation pratique du droit, et une obligation morale, de justice et d'équité. Dans sa conception originelle, celle-ci ne requiert pas d'être juridictionnelle et peut opérer de manière autonome en dehors de tout contentieux. La justice, écrivait Platon (428-348) dans *Les Lois*, « n'est autre chose que l'égalité établie entre les choses inégales conformément à leur nature »<sup>303</sup>. Tel précisément est l'objet de cette étude, c'est-à-dire celui de rechercher, suivant des modalités précises, *l'équilibre* entre des situations différentes.

#### **b.- Le postulat de l'égalité et l'*équilibre réel***

Si nous remontons à la conception souple de l'égalité invoquée par Vattel, il se dégage trois modes de détermination de *l'équilibre*: l'identité, l'équivalence et la proportionnalité<sup>304</sup>. À la base de cette énumération se trouve une considération importante envisagée par l'auteur selon laquelle il existe une condition pour que l'égalité elle-même soit un critère de *l'équilibre*. Autrement dit, pour que *l'équilibre* soit réel, l'égalité ne doit pas

---

<sup>301</sup> *Italie c. États-Unis*, *Supra* n° 286.

<sup>302</sup> Le poids de la consécration de l'inégalité par le droit positif se ressent dans le rapport entre l'influence politique des puissances occidentales et leur représentation permanente au Conseil de Sécurité de l'ONU, (v. E., DECAUX, *Supra* n° 291 à la p. 39).

<sup>303</sup> v. *L'OEUVRE DE LEON BLUM, Mémoires, La prison et le procès, A l'échelle humaine*, Éd. Albin Michel, 1940-1945, p. 503.

<sup>304</sup> VATTEL, *Supra* n° 84 à la p.158.

seulement s'apprécier dans les rapports strictement juridiques des parties. Elle peut en revanche avoir une compensation extra-juridique<sup>305</sup>. Prenant appui sur cette proposition, de Visscher ajoute l'exigence d'équité qu'il reconnaît être un jugement de valeur que l'on doit nécessairement mettre à la base de l'égalité: « Une égalité de traitement qui négligerait entièrement l'inégalité des conditions et des résultats peut conduire à de graves injustices »<sup>306</sup>. Ainsi s'introduit la notion d'injustice dans l'appréciation de l'équilibre des traités. Cela confirme une fois de plus, à quel point l'ambiguïté de la question est totale. À partir de l'exemple historique de la capitulation, Georges Scelle rapporte comment un traité inégal peut compenser une situation de fait au bénéfice d'un État puissant - en l'occurrence les puissances occidentales<sup>307</sup>. Plus clairement, il oppose « l'inégalité juridique » qui a sa raison d'être à celle qui l'a perdu:

On pourrait attaquer en nullité une situation conventionnelle capitulaire si elle avait pour but l'asservissement d'un peuple au profit d'un autre: il y aurait en ce cas, dès l'origine, violation du *but légal* de l'institution. Mais lorsque l'assimilation se fait entre les deux systèmes juridiques en contact, par la laïcisation de l'un d'eux, ce n'est plus de nullité et de but légal qu'il faut parler, c'est de caducité ou de désuétude du traité, qui ne correspond plus à l'état des choses évolué<sup>308</sup>.

À *contrario*, lorsque André Favre défend la situation des gouvernements sous mandat ou sous tutelle, c'est parce qu'il estime qu'il s'agit d'un système bienfaisant qui « mettait un État évolué au service d'un pays encore incapable de se gouverner lui-même » en assurant la protection des droits fondamentaux des étrangers<sup>309</sup>. La contradiction s'accroît lorsqu'on ajoute le subjectivisme qui caractérise la position de certains pays en

---

<sup>305</sup> Ibid.

<sup>306</sup> Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 7-8.

<sup>307</sup> v. G., SCELLE, *Supra* n° 71 à la p. 341 et s.

<sup>308</sup> Ibid., p. 343.

Il faut observer que SCELLE souligne ici une situation de fait sans la transformer en hiérarchie de puissance comme le ferait VATTEL qui parlait « d'alliance inégale » en plus de l'idée d'une compensation du traité inégal (v. VATTEL, *Supra* n° 84 aux p. 158 et s.).

<sup>309</sup> v. A., FAVRE, « Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens », in *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, p. 370-371.

développement. Le professeur Rousseau rappelle à cet effet que Pékin n'avait cessé de dénoncer les traités inégaux que la Chine disait avoir subis, mais qu'elle acceptait en même temps de prendre comme base d'un accord sino-soviétique les traités tsaristes et réclamait les territoires acquis en violation de ces traités inégaux eux-mêmes<sup>310</sup>.

Par ailleurs, si l'on s'en tient uniquement à la faculté que l'État a de s'engager par un acte unilatéral ou par une convention<sup>311</sup>, cela pourrait s'illustrer par un déséquilibre des droits et obligations. D'un cadre formel de négociation peut donc découler une totale altération de l'équilibre de droits et obligations contenus dans l'accord qu'il a généré sur une base d'égalité formelle<sup>312</sup>. La plupart des traités de paix constituent, de ce point de vue, une atteinte à la souveraineté et sont par définition des « traités inégaux »<sup>313</sup>. La Commission de réconciliation entre l'Italie et les États-Unis, a eu l'occasion de préciser ce point important:

The inequality of every treaty of peace following a victory exists and is manifested, not in the capacity of the international subjects which conclude it, but rather in the very contents of the treaty <sup>314</sup>.

La Commission a pu ainsi faire prévaloir l'interprétation française de l'article 79 du traité disputé soulignant le fait que:

Le traité n'est pas un traité-contrat, dont les dispositions devraient être interprétées comme l'expression d'une volonté commune des parties. Il est par excellence, un traité-loi. Il impose à l'Italie certaines obligations, comme il confère aux Nations Unies certains droits, sans qu'on puisse parler d'un échange de volontés et d'une confrontation d'intérêts; il a un

---

<sup>310</sup> v. Ch., ROUSSEAU, *R.G.D.I.P.*, 1975, p. 792; v. également, L., FOCSANEANU, «L'attitude de la Chine à l'égard du droit international», *AFDI*, 1968, p. 48.

<sup>311</sup> Ibid.

<sup>312</sup> v. À cet effet, nos références précitées : VATTEL, *Supra* n° 84 aux p. 283 et s.; L.H., WOOLSEY, «China's Termination of Unequal Treaties», *Am. J. of Int'l Law.*, 1927, p. 289-294; L., EHRLICH, « *L'interprétation des traités* », *R.C.A.D.I.*, 1928, IV (24), p. 89; Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 72 aux p. 304 et s.; P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 201.

<sup>313</sup> On notera toutefois que la théorie des « traités inégaux » reste un essai de systématisation du principe de l'illicéité de la contrainte non armée dans la conclusion des traités qui ne fait pas l'unanimité. (v. P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 201).

<sup>314</sup> *Italie c. États-Unis*, *Supra* n° 286, p. 241.

caractère unilatéral et c'est par conséquent, la seule volonté des Puissances Alliées et Associées qui s'y trouve exprimée <sup>315</sup>.

Dans l'affaire relative à *la dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, il est apparu que la Chine dénonçait une inégalité réelle que la Belgique défendait au nom des engagements pris par elle<sup>316</sup>. Il faut dès lors observer que derrière chaque situation objective mettant en rapport des sujets classiques du droit international, il peut y avoir des considérations subjectives particulièrement confuses. L'égalité juridique peut dès lors être viciée non seulement par une inégalité de fait, mais encore, celle-ci peut s'accroître en présence d'une « inégalité juridique radicale ». La matérialité de cette réalité réside dans le problème de la capacité juridique internationale des différentes parties impliquées dans une relation économique internationale<sup>317</sup>.

### **2.1.2.- La situation de l'individu ou des particuliers**

Selon le droit international classique, l'individu n'existe pas. La structure et le fonctionnement traditionnels du système juridique international repose sur une constatation: « c'est l'État et l'État seul qui jouit de la personnalité juridique internationale »<sup>318</sup>. C'est donc lui seul qui, au plan international, a la capacité d'être titulaire de droits et obligations. Résultat de l'application de la doctrine de la souveraineté, la conception de l'État et de son rôle dans les rapports internationaux a fortement évolué au cours des dernières décades. Tout comme le « super-

---

<sup>315</sup> *Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie - Échange de lettres du 2 février 1951)*, Décision n°136 du 25 juin 1952, RSA, XIII, p. 393.

<sup>316</sup> *Affaire relative à la dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, Ordonnance du 13 août 1928, C.P.J.I., Série A, n° 16.

<sup>317</sup> Sur l'ensemble de la question, voir Ch.-E, CÔTÉ, *Supra* n° 20, et plus spéc. p. 221-347 ; voir également P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 aux p. 643-728.

<sup>318</sup> J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23 aux p. 1-2; voir également P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 aux p. 643-728; Ch.-E, CÔTÉ, *Supra* n° 20, et plus spéc. p. 221-347.

étatisme », la forme absolutiste de la souveraineté s'est imposée au droit international alors en but à son propre développement<sup>319</sup>. Imaginée comme étant la « puissance suprême », le pouvoir « le plus entier et le plus complet possible »<sup>320</sup>, la souveraineté est devenue « un élément incontournable de l'ordre juridique international contemporain »<sup>321</sup>. Toutefois, le monopole historique de l'État sur la scène internationale ne pouvait pas demeurer continuellement, malgré l'influence déterminante qu'exerce la notion de souveraineté. Autrement dit, des développements importants en faveur des personnes privées sont survenus dans différents domaines du droit international.

Notons dans un premier temps le terrain gagné au cours du XIX<sup>e</sup> siècle dans le cadre de la procédure arbitrale : après l'affaire *Compagnie universelle du Canal de Suez*<sup>322</sup> qui a donné lieu à une sentence arbitrale rendue par Napoléon III en avril 1864 sur la base d'un compromis, une série de cinq affaires ont été l'occasion pour la personne privée d'agir directement contre l'État<sup>323</sup>. Rappelons qu'avant cette phase qui a duré jusqu'en 1963, le début du XX<sup>e</sup> siècle a également enregistré plusieurs autres faits marquants qu'il convient de mentionner. Il s'agit de la place

---

<sup>319</sup> Appelé au départ à lutter contre les tentatives d'hégémonie mondiale et l'esprit de domination universelle, le droit international, du lendemain des traités de paix de Westphalie, s'est bâti sur le triomphe des indépendances particulières (v. WALKER, *History of the law of nations*, Cambridge, 1899, t. I, p. 148 et s.). Mais à la différence de l'ancien, le droit international moderne n'est plus seulement une simple défense contre les guerres et les conquêtes, mais l'organisation de rapport économiques et sociaux de plus en plus développés (A., De LAPRADELLE, « La question chinoise », *R.G.D.I.P.*, 1901, p. 338; v. également P., MAMOPOULOS, *Supra* n° 70, p. 33).

<sup>320</sup> v. B., BADIE, *Un monde sans souveraineté : les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris, 1999, p. 7.

<sup>321</sup> P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 83.

<sup>322</sup> *Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Égypte*, SA, 21 avril 1864, H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale (1794-1900)*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1977, p. 122-129.

<sup>323</sup> Il s'agit respectivement de: *Lena Goldfields c. Union soviétique*, SA, 2 septembre 1930, *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, p. 42-53; *Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd v. Ruler of Abu Dhabi*, *I.C.L.Q.*, 1952, p. 247-261; *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd*, *ILR*, 1953, p. 545; *Arabian American Oil Company (Aramco) v. Saudi Arabia*, SA, 23 août 1958, *R.C.D.I.P.*, 1963, p. 272-363; *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Oil Company*, *Supra* n° 180.



qui a été reconnue à l'individu dans divers cadres tels que l'organisation de la justice internationale des pays de l'Amérique centrale et l'organisation des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix de 1919-1923<sup>324</sup>. Toutefois, l'individu va se voir refuser cette place devant la Cour permanente de justice internationale pour, en revanche, obtenir tout récemment la possibilité de s'en prévaloir devant le Tribunal international sur le droit de la mer<sup>325</sup>. Cela vient conforter la remarquable avancée quant à l'accroissement de la capacité juridique internationale de l'investisseur étranger<sup>326</sup>.

Il y a ensuite le développement constaté dans le domaine des droits fondamentaux de l'homme. Que ce soit au plan universel - avec les mécanismes de contrôle des traités - ou que ce soit au plan régional - avec la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples - il existe désormais des mécanismes permettant à une personne victime de violation de ses droits de tourner ses plaintes contre l'État<sup>327</sup>.

Enfin, un autre aspect de la capacité juridique internationale de la personne privée est relatif à sa responsabilité internationale. Sur ce plan également, on note une réelle avancée avec le développement du droit pénal international. Les obligations qui sont directement mises à la charge des individus par le droit positif sont désormais nombreuses. Comme dans les cas de pirateries, du trafic des enfants, d'attaque en temps de guerre

---

<sup>324</sup> v. A., TRUYOL Y SERRA, «Théorie du droit international public: cours général (Volume 173)», *RCADI*, 1981-IV, p. 413 à 421 et plus spécialement, p. 418; N., POLITIS, «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», *RCADI*, 1925, I, p. 8.

<sup>325</sup> Voir à cet effet les articles 187, 291(2) ainsi que l'Annexe VI, art. 20(2) de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay)*, *Supra* n° 157.

<sup>326</sup> v. Ch.-E, CÔTÉ, *Supra* n° 20, aux p. 222-247 et plus spéc. p. 348-358; et pour un bref rappel de l'historique de l'arbitrage transnational, voir Ch., LEBEN, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch., LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, aux p. 9-21.

<sup>327</sup> v. Ch.-E, CÔTÉ, *Supra* n° 20, p.165, note 503; v. également P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 aux p. 643-728.

de navires de commerce qui sont tenus pour des crimes ou délits internationaux, des hommes et des femmes doivent désormais répondre devant la Cour pénale internationale<sup>328</sup> pour des infractions graves touchant l'ensemble de la communauté internationale : crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes d'agression<sup>329</sup>.

Certes, ce bref rappel ne suffit pas à faire le tour de la question du statut de l'individu et plus spécialement sa personnalité juridique internationale. La doctrine propose en effet d'autres critères dont il convient également de tenir compte à savoir : la participation directe ou indirecte à l'élaboration des normes qui s'appliquent à la personne considérée, le droit pour elle d'en revendiquer le respect dans les rapports entre sujets de droit international, et le droit de recourir à des tiers pour en imposer le respect<sup>330</sup>. Par ailleurs, même dans les cas où ces droits sont reconnus à l'individu dans l'ordre juridique international, l'ambiguïté de la position de l'individu demeure. Cette réalité est mise en évidence dans l'arrêt rendu en 2001 par la CIJ et qui est relatif à l'affaire *LaGrand*. Après avoir constaté que l'article 36, paragraphe 1<sup>re</sup>, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires « crée des droits individuels », la Cour s'est ensuite contredit en rajoutant qu'il n'est pas nécessaire de qualifier ces droits de « droits de l'homme », avant finalement d'indiquer qu'ils

---

<sup>328</sup> L'idée de constituer une juridiction universelle pour juger les crimes les plus attentatoires à l'essence de l'humanité remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Le Tribunal de Nuremberg et celui de Tokyo sont deux tribunaux institués pour juger les criminels de guerre nazis et japonais. Le premier par l'Accord de Londres du 8 août 1945 a siégé à Nuremberg, le second créé par la Déclaration du 19 janvier 1946 a siégé à Tokyo. Viennent ensuite les *Tribunaux internationaux ad hoc* créés par le Conseil de sécurité des Nations Unies pour l'ex-Yougoslavie (1991) et pour le Rwanda (1994). Leur compétence *ratione loci* et *ratione temporis* est très circonscrite : « juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire ... ». Vient enfin la création de la Cour pénale internationale avec le *Statut de Rome* adopté le 17 juillet 1998 qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002 (v. P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19, aux p. 718-728; v. également W., BOURDON, *La Cour pénale internationale*, Ed. du Seuil, Paris, 2000; M., VOUILLOZ, *La juridiction pénale internationale*, Helbing et Lichtenhahn Verlag Basel, 2001; Ch., BASSIOUNI, *International Criminal Law*, vol. II, Transnational Publishers Inc., Ardsley, New York, 1999).

<sup>329</sup> Article 5, par. 1 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* du 17 juillet 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002, *A.J.I.L.*, 1999, p. 1-123.

<sup>330</sup> v. P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 651.

peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité, en vertu notamment de l'article premier du protocole de signature facultative<sup>331</sup>.

Malgré les limites évidentes d'un raisonnement basé sur des considérations extra-juridiques et quelles que soient les difficultés que cela puisse générer<sup>332</sup>, il reste important de distinguer entre « inégalité juste » et « inégalité injuste ». Nous avons vu, à partir de l'exemple des traités de paix, comment une inégalité peut, soit compenser une injustice antérieure, soit corriger une hétérogénéité de fait. Nous avons également vu comment la question échappe au domaine des évidences juridiques, donc au droit objectif. Reste maintenant à entrevoir l'idée selon laquelle « l'égalité pour rester juste, peut exiger l'application de traitements différenciés à des conditions qui, en fait, sont différentes »<sup>333</sup> à travers l'abandon de la réciprocité-égalité dictée par le besoin de solidarité internationale.

### **2.1.3.- L'abandon de la réciprocité-égalité comme condition de réalisation de l'équilibre des intérêts**

Le système économique mondial est établi sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels. Or, si la réciprocité marque l'unité fondamentale des traités et traduit leur nature synallagmatique, elle demeure cependant un idéal ambigu qu'il faut dépasser lorsqu'on espère atteindre *l'équilibre des intérêts*. Dans une situation d'inégalité de fait entre les parties, l'absence de réciprocité peut permettre d'éviter que la situation se transforme en une inégalité juridique radicale. Indice d'une conception plus dynamique du droit, la non-réciprocité a un caractère ambivalent. Elle implique à la fois une négation des inégalités en même temps qu'elle concède des avantages particuliers aux plus faibles. Elle

---

<sup>331</sup> *LaGrand*, (Allemagne c. États-Unis), *CIJ Recueil*, 2001, p. 466, §. 77, 78, 89 ; voir les observations de P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19, à la p. 649.

<sup>332</sup> v. E., DECAUX, *Supra* n° 291 aux p. 34-40.

<sup>333</sup> Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 11.

procède non pas d'une conception nuancée de l'égalité qui tient compte des différences sans les corriger - atténuant seulement les effets - mais d'un renversement de l'équation afin de permettre un véritable *équilibre*. L'abandon de la réciprocité découle dès lors, non seulement de la nécessité de passer du maintien des privilèges réciproques - des plus nantis - à la compensation des « inégalités établies » (a), mais également de l'urgence d'une prise en compte de l'intérêt commun (b).

#### **a.- Le Traitement différencié**

Pour une réalisation concrète de l'égalité juridique, il faut tenir compte aussi bien de l'égalité dans les droits et obligations que de l'inégalité de leurs conditions d'établissement. Dès lors, la transformation et d'adaptation du système juridique en faveur des plus défavorisés suppose l'introduction d'un particularisme dans le droit international économique. La base essentielle de ce mécanisme est l'inégalité compensatrice qui consiste à moduler les droits et obligations conventionnels en fonction du niveau et des besoins de développement économique des États-parties. Mais, l'inégalité compensatrice jouant avant tout dans le domaine commercial, c'est également dans ce domaine que l'on constatera ses premières applications<sup>334</sup>. Sa genèse et son évolution dans le droit de l'OMC ont été soigneusement étudiées et le résultat démontre l'existence d'un principe évolutif, de portée juridique limitée, dont l'application est encore sujette à caution<sup>335</sup>. Comme on a pu

---

<sup>334</sup> v. notamment *l'affaire CE – Préférences tarifaires*, Rapport du Groupe spécial, où il a été souligné que les préférences tarifaires généralisées sont un « type de traitement spécial et différencié important » (*Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (2003)*, *Supra* n° 151 au para 9.1, n° 425).

<sup>335</sup> v. M., A., T., THIAM, *Le principe de l'inégalité compensatrice dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Thèse de doctorat, soutenue en juin 1984 à l'Université de Montpellier ; v. également Ch.-E., CÔTÉ, « De Genève à Doha: genèse et évolution du traitement spécial et différencié des pays en développement dans le droit de l'OMC », (2010) 56:1 *RD McGill*, pp. 115-176.

le souligner, la principale technique qui a été employée en droit international économique pour prendre en compte l'impératif de développement fût celle du *traitement différencié*<sup>336</sup>. En effet, selon l'article XXVIII, § 2 de *l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T)*,

Les parties contractantes intéressées s'efforceront de maintenir les concessions octroyées sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels à un niveau non moins favorable que celui qui résultait du présent accord avant les négociations <sup>337</sup>.

Or, un revirement important va intervenir avec la tenue en 1964 de la première conférence des Nations Unie pour le commerce et le développement (CNUCED) dont la résolution finale dans son huitième principe général est libellée comme suit:

Les échanges internationaux devraient se faire dans l'intérêt réciproque des coéchangistes, sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, et ne devraient pas comporter de mesures préjudiciables aux intérêts commerciaux des autres pays. *Toutefois, les pays développés devraient accorder des concessions à tous les pays en voie de développement, faire bénéficier ces pays de toutes les concessions qu'ils s'accordent entre eux et, lorsqu'ils leur accordent ces concessions ou d'autres, ne pas exiger de ces pays la réciprocité.* De nouvelles préférences, tarifaires et non tarifaires, devraient être accordées à l'ensemble des pays en voie de développement, sans l'être pour autant aux pays développés. Les pays en voie de développement ne seront pas tenus d'étendre aux pays développés le traitement préférentiel qu'ils s'accordent entre eux. Les préférences spéciales dont certains pays en voie de développement bénéficient actuellement dans leurs échanges avec certains pays développés devraient être considérées comme transitoires et sujettes à réduction progressive. Ces préférences devraient être supprimées au fur et à mesure qu'entreront en vigueur des mesures internationales efficaces garantissant des avantages au moins équivalents aux pays intéressés <sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *ibid.*, p. 119.

<sup>337</sup> *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T)*, 30 octobre 1947, 55 *R.T.N.U.* 187; *R.T. Can.* 1947 n° 27; et pour la version modifiée voir 4 *I.B.D.D.* 1969 1, [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/10-24.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/10-24.pdf) (consulté, le 12/11/2015).

<sup>338</sup> *Actes de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, Tome 1, Acte final et Rapport*, Éd. DUNOD avec la collaboration des NATIONS UNIES, Paris, 1965, p. 12 et 22 (*Doc. Off. CES NU, 1964, E/CONF.46/139, Doc. NU E/CONF.46/141, Vol. I (1965)*) [Italiques ajoutées].

Sous l'influence de cet énoncé, les parties contractantes du G.A.T.T. ont adopté le 26 novembre de la même année une disposition qui tranche avec le texte initial de l'Accord Général et qui reconnaît la non-réciprocité dans les échanges entre pays développés et pays en voie de développement:

Les parties contractantes développées n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par elles dans les négociations commerciales de réduire ou d'éliminer les droits de douane et autres observations au commerce des parties contractantes peu développées <sup>339</sup>.

Le but de cette réforme était de rétablir *l'équilibre* dans le fonctionnement global du système commercial multilatéral par l'octroi d'un régime préférentiel aux pays en voie de développement<sup>340</sup>. Cela allait aboutir à une superposition de deux régimes juridiques: l'un favorable aux PVD et l'autre aux pays développés. Mais, comme par un curieux chiasme, l'intégration du *traitement préférentiel* dans le droit international positif va se traduire par un assouplissement de ce dernier. Alors que le principe de l'égalité souveraine des États semblait perdre de son caractère dogmatique, le principe général de préférence tarifaire en faveur des pays en développement sera conforté par les résolutions des Nations Unies tendant à la mise en place du nouvel ordre économique international (NOEI)<sup>341</sup>. Selon l'article 18 de la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies portant *Charte des droits et devoirs économiques des États*,

Les pays développés devraient accorder, améliorer et élargir le système de préférence tarifaires généralisés, sans réciprocité ni discrimination en faveur des pays en voie de développement, conformément aux conclusions consenties et décisions pertinentes adoptées à ce sujet dans le cadre des O.I. compétentes (...) <sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> Article XXXVI, § 8 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T.), *Supra* n° 337.

<sup>340</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 335, p. 125.

<sup>341</sup> v. également la Résolution 3201 de l'Assemblée générale, 6<sup>e</sup> session extraordinaire, GAOR, Supp. n°1, UN. Doc. A/9559 (1974).

<sup>342</sup> *Charte des droits et devoirs économiques des États* v. Texte intégral dans R.G.D.I.P., 1975, p. 307 s.; <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2779> (consulté le 19 mars 2019).

Une contradiction apparente émerge de cette disposition qui n'indiffère pas les pays riches ni d'ailleurs une partie de l'opinion internationale qui n'a pas manqué de souligner la portée juridique limitée ainsi que le caractère évolutif de la résolution<sup>343</sup>. Du reste, voulu par les uns, contesté par les autres, le régime de préférence tarifaire<sup>344</sup> a eu pour conséquence l'infléchissement du rapport de force entre les pays développés et les pays en développement dans les négociations commerciales multilatérales. Quant au principe même de *traitement préférentiel*, il aura d'abord survécu à la rivalité Nord-Sud<sup>345</sup> pour finalement s'imposer grâce à ses liens manifestes avec le concept du développement et ses dimensions actuelles: économique, humaine, sociale et environnementale<sup>346</sup>. À cela s'ajoute le fait qu'avant-même qu'elle soit prise en compte par le discours sur le droit<sup>347</sup> l'idée d'égalité et d'équilibre à travers le *traitement préférentiel*<sup>348</sup>, a d'abord reçu la caution de la Cour permanente de justice internationale:

Il n'est peut-être pas facile de préciser la notion d'égalité de fait par rapport à l'égalité de droit; on peut, toutefois, affirmer qu'elle s'oppose à une égalité purement formelle: c'est ce que la Cour a dit dans son Avis consultatif du 10 septembre 1923 concernant l'affaire des colons allemands en Pologne (Avis n° 6) où elle exprime comme suit : « Il faut qu'il ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit, en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel ». L'égalité en droit exclut toute discrimination; l'égalité en fait peut, en revanche rendre nécessaire des

---

<sup>343</sup> v. les observations de G., FEUER, & H., CASSAN, *Droit international du développement*, Précis Dalloz, Paris, 1991, p. 18 et s.; voir également P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 1045 s.

<sup>344</sup> v. Le système général de préférence tarifaire issu des travaux de la deuxième CNUCED à NEW Delhi en 1968, (*Admission préférentielle ou en franchise des exportations d'articles manufacturés et d'articles semi-finis des pays en voies de développement dans les pays développés*, Res. CNUCED 21(II), Doc. Off CNUCED NU, 2<sup>e</sup> sess., Doc NU TD/97/v 1 (1968) 41 [*Admission préférentielle ou en franchise*]).

<sup>345</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 335, p. 121.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>347</sup> v. G., FEUER, & H., CASSAN, *Droit international du développement*, *Supra* n° 343, p. 18 et s.; P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 1045 et s.; M., FLORY, *Droit international de développement*, Paris, PUF, 1977; G., De LACHARRIERE, « L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1973, II, (139), p. 227. Et pour une position nuancée sur la portée juridique du principe de non-réciprocité v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 335 à la p. 135.

<sup>348</sup> Autrefois attribuée à PLATON (v. *L'OEUVRE DE LEON BLUM*, *Supra* n° 303).

traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre les situations différentes <sup>349</sup>.

Reste toutefois à préciser que l'abandon de la réciprocité par la modulation des obligations conventionnelles en fonction du niveau de développement économique des États, ne peut se traduire par une remise en cause du droit mais doit être considéré comme une exception au principe de l'égalité formelle. Il ne s'agirait pas non plus d'une transformation des dérogations temporaires en droits acquis, mais de réaliser un *équilibre réel* entre des *intérêts* divergents. Le but des traitements préférentiels n'est-il pas de passer d'une égalité de droit à une égalité de fait par le moyen d'une compensation qui, elle, serait « inégale ». Certes, cela pourrait comporter le risque de voir l'unité juridique compromise car, devenant « un droit de riposte à l'inégalité de développement économique »<sup>350</sup>, le droit international deviendrait également un droit international à finalité éclatée: à la fois de différenciation et d'uniformisation, de diversification et de rapprochement, par l'extension des « droits et obligations » des parties à une communauté d'intérêts.

#### **b.- L'hypothèse d'une communauté des *intérêts***

L'exercice à des fins contraires à *l'intérêt général* compromet non seulement la condition de réalisation des droits et obligations des parties mais également *l'équilibre des intérêts* en présence<sup>351</sup>. Si dans son état primitif le droit international économique était plutôt favorable aux États puissants, cultivant les inégalités et les disparités entre les nations, il comporte désormais un impératif tridimensionnel qui se recoupe avec des préoccupations économiques, sociales et environnementales, et qui s'adresse en même temps aux individus et aux pouvoirs publics. Cette

---

<sup>349</sup> *Ecoles minoritaires en Albanie*, AC, 6 avril 1935, C.P.J.I., Série A-B, n° 64, p.19.

<sup>350</sup> G., De LACHARRIERE, *Supra* n° 347 à la p. 246-247.

<sup>351</sup> v. Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 11 à la p. vii.



réalité transparaissait déjà dans la décision rendue en juin 1927 par un tribunal allemand avec la nuance que c'est seulement les règles d'occurrence appliquées ici qui relèvent du droit international. Il s'agit de l'affaire de *l'Infiltration du Danube*<sup>352</sup> où, obligée de constater l'absence de règle en la matière, la Cour d'État allemande a appliqué l'esprit du droit international fluvial et les principes de base qui l'inspirent à savoir le principe de la *communauté d'intérêts*<sup>353</sup> ainsi que la règle de l'utilisation équitable d'un cours d'eau international<sup>354</sup>. D'une clarté particulière est la formule retenue par la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) lorsqu'elle examine de quelle manière les États devraient envisager les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un État et la possibilité de réaliser les exigences de justice ainsi que les considérations d'utilité que ce fait met en relief:

[La] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres <sup>355</sup>.

Cette idée a été ensuite reprise *expressis verbis* par la CIJ dans son arrêt relatif à l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*<sup>356</sup>. En attendant de revenir plus amplement sur les implications de ces décisions dans la suite de notre analyse, il faut rappeler que tout ce développement révèle l'état de la société internationale longtemps marquée par des divisions et des confrontations d'intérêts individualistes, même si réciproques. Or, celle-ci semble désormais privilégier le développement des formes modernes de la coopération internationale où *l'intérêt réciproque* est appelé à céder sa

---

<sup>352</sup> *Infiltration du Danube* (« *Donauversinkung* »), *Supra* n° 8 à lap. 131.

<sup>353</sup> *Ibid.*, § VI (3), *Rec.* p. 30; § VII (2), *Rec.* p. 37.

<sup>354</sup> *Ibid.*, § VI (4), *Rec.* p. 31, 32 et § VIII, *Rec.* p. 42.

<sup>355</sup> *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, *Supra* n° 161, p. 27.

<sup>356</sup> *Gabcikovo-Nagymaros*, (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, § 85, p. 56.

place à *l'intérêt commun*. La réciprocité reste toutefois associée à la vision d'une société internationale basée sur un dépassement de la notion vers un *équilibre global* des concessions et des *intérêts*.

En effet, dans les domaines qui constituent son champ naturel d'application, la réciprocité conserve une place importante. Qu'il s'agisse des tarifications douanières, de la fixation des conditions d'accès au marché international, de la promotion et du traitement des investissements étrangers, ou de tout autre domaine de la coopération économique internationale, la réciprocité structure toujours les relations entre les partenaires internationaux. En tant que rapport d'échange mutuel entre les parties, la réciprocité peut devenir la base la plus solide d'une coopération internationale permanente lorsqu'elle est établie sur une base globale<sup>357</sup>. Cela nécessite cependant d'établir une coordination entre les initiatives individuelles des États, afin de les soumettre à une règle commune de coopération<sup>358</sup>. En d'autres termes, il s'agit de transformer un ensemble de réciprocités initialement conçues sur une base purement bilatérale, en une réciprocité multilatérale<sup>359</sup>. L'exemple le plus probant est celui du GATT dont on peut dire qu'il a réussi à transformer la clause multilatérale de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) en un *principe d'équilibre global* grâce à la « pleine réciprocité des concessions entre les parties contractantes »<sup>360</sup>. Les techniques de négociation tarifaire multilatérale ont donc permis de sauvegarder le contenu du principe de réciprocité pour ensuite conduire à sa généralisation. L'objectif final, pouvait-on conclure, a été de « permettre à chacune des parties contractantes de trouver son intérêt personnel dans l'expansion des échanges au plus haut niveau possible »<sup>361</sup>. Certes, il existe

---

<sup>357</sup> v. M., VIRALLY, «Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», *RCADI*, 1967-III, p. 82.

<sup>358</sup> Ibid.

<sup>359</sup> Ibid.

<sup>360</sup> v. DUPUY, Préface à la thèse de SAUVIGNON, *La clause de la nation la plus favorisée*, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p. II.

<sup>361</sup> v. M., VIRALLY, *Supra* n° 357 à la p. 84.

une difficulté logique à reconnaître l'existence de disparités entre certains partenaires, et à concevoir en même temps que les déséquilibres qui en résultent pourront « se compenser et aboutir à un *équilibre* global avec l'ensemble des partenaires commerciaux »<sup>362</sup>, par une simple généralisation du jeu de la réciprocité. La question se pose alors à savoir comment réaliser une meilleure adaptation des *intérêts* mutuels et conduire à une solution garantissant plus efficacement la réalisation de *l'intérêt commun*.

L'analyse contextuelle démontre ainsi clairement la similitude des situations dans les deux ordres juridiques. Elle révèle tout particulièrement le potentiel d'applicabilité du principe d'*équilibre des intérêts* dans l'ordre juridique international. Si en droit interne, la place et le rôle de ce principe évoluent à raison inverse en fonction de l'importance de l'égalité dans la conception du contrat, au plan international ce rapport se maintient et se renforce selon le niveau d'altération de l'égalité formellement visé par l'instrument juridique concerné. Il serait par conséquent opportun, après avoir établi le parallélisme permettant de ressortir le caractère empirique du processus de transposition de *l'équilibre des intérêts*, de constater son utilisation généralisée en tant que PGD en droit international.

## **2.2.- Généralité par l'analogie ou la vitalité normative de *l'équilibre des intérêts* en droit international : quelques exemples de mise en œuvre**

Il s'agit ici de rappeler que, portées à un certain niveau de cristallisation, les applications jurisprudentielles du principe d'*équilibre* confortent son raffermissement en tant que principe d'application générale en droit. Il est remarquable à cet égard que beaucoup de règles juridiques internationales sont énoncées en termes très généraux et ne se présentent

---

<sup>362</sup> Ibid. [italique ajoutée].

pas toujours sous la forme d'une proposition normative<sup>363</sup>. Toutefois, l'on peut parfois se trouver en présence d'une règle de droit d'une grande généralité, très abstraite, assez fréquemment évoquée et appliquée dans la pratique pour que son existence et sa validité ne puisse être mises en doute<sup>364</sup>. Aussi, doit-on remarquer que le *principe d'équilibre* se structure autant à partir de sa consécration par les droits nationaux qu'autour de ses mises en œuvre diverses tendant à mettre en lumière son rôle correcteur et supplétif des solutions judiciaires au plan international (2.2.2.). Certes, il n'y a pas une manière fixe de définir son degré d'applicabilité; les éléments déterminants relevant plus de la prise en compte, pour chaque espèce, des finalités sociales et des valeurs humaines en jeu, des besoins pour l'ordre juridique international et la nécessité de voir s'incorporer en son sein le *principe d'équilibre* à une époque donnée (2.2.1.). À cela s'ajoute le fait que les tribunaux internationaux ont eu à effectuer telle ou telle mise en œuvre avec plus ou moins de facilité selon l'autorité dont jouissait leur fonction dans les relations internationales au moment de la décision.

### **2.2.1.- Les premiers transferts du principe *d'équilibre* dans l'ordre juridique international: de la nécessité de l'analogie à la généralisation de la mise en œuvre**

Si l'on prend pour point de départ l'évolution historique du droit et l'état d'insatisfaction qui la caractérise, l'on peut retenir l'opinion individuelle du juge Sir Gerald Fitzmaurice dans le cadre de l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>365</sup>. Citant le passage ci-après d'un ouvrage dont les termes auraient presque été choisis en vue de s'appliquer au droit international<sup>366</sup>, l'éminent juge a pris position contre la perspective étroite de l'arrêt du 5 février 1970 en soulignant comment, dans un contexte de

---

<sup>363</sup> v. P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 168 et s.

<sup>364</sup> v. M., VIRALLY, *Supra* n° 146, à la p. 532.

<sup>365</sup> *Barcelona Traction*, *Supra* n° 21, p. 3.

<sup>366</sup> *Ibid.*, *Opin. Ind.*, Sir Gerald Fitzmaurice, p. 86, § 35-36.

rigidité du droit, les pays de *common law* ont ressenti la nécessité d'adopter un système juridique fondé sur l'*equity*:

L'*equity* est ce corps de règles ou de principes qui constitue une annexe ou une glose par rapport aux règles générales de droit. Elle représente une tentative faite ... par le système ... juridique pour résoudre un problème se posant à tous les systèmes juridiques qui arrivent à un certain stade d'évolution. Pour assurer la marche harmonieuse de la société, il est nécessaire de formuler des règles générales qui s'appliquent assez bien dans la majorité des cas. Tôt ou tard cependant des situations se présentent où, face à un ensemble de faits imprévus, les règles générales aboutissent à une inéquité manifeste. Lorsque cela se produit, la justice exige soit une modification de la règle, soit, si ... la règle ne peut être librement changée, une autre règle ou un autre corps de règles destinées à atténuer la sévérité des règles de droit <sup>367</sup>.

Au-delà des oppositions manifestées contre le régime de l'équité qui se confortent du sentiment populaire selon lequel «l'équité n'est pas le droit»<sup>368</sup>, au-delà même de la réserve qu'il convient d'avoir à l'égard de certaines formes particulière du recours à l'équité<sup>369</sup>, le cours de l'histoire a montré comment, dans des circonstances analogues à celles qui prévalaient dans les pays de *common law*, l'adoption d'un système fondé sur *l'équilibre des intérêts* peut permettre de sortir de l'impasse résultant d'une conception stricte et par conséquent insatisfaisante du droit.

Dans sa substance, la sentence arbitrale relative à *l'île de Palmas*<sup>370</sup> a mis l'accent sur le rôle social de la souveraineté et ses principaux corollaires *d'équilibre* et d'équité selon lesquels un État ne peut prétendre à assoir sa souveraineté sur une base toute négative en se bornant à exclure les activités d'autres États. Selon l'arbitre unique Max Huber,

---

<sup>367</sup> P., V., BAKER et P. St. J. LANGAN, *Snell's Principles of Equity*, SWEET & MAXWELL, 28<sup>e</sup> éd., Londres, 1982, p. 5-6.

<sup>368</sup> Pour une vue d'ensemble de la controverse, v. Ch. De VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 3 et s.; P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 165 et s.;

<sup>369</sup> Comme « l'équité absolue » telle que l'imposèrent au Venezuela certaines grandes puissances en 1903; la clause arbitrale *ex gratia* envisagée dans les dérogations apportées aux règles du droit international positif au sujet de la responsabilité encourue à l'occasion d'événements révolutionnaires au Mexique, ...etc. (v. Ch. de VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 69-84).

<sup>370</sup> *Île de Palmas (ou Miangas), États-Unis c. Pays-Bas*, *Supra* n° 10.

Le droit international, comme tout le droit en général, a pour objet d'assurer la coexistence des différents intérêts qui sont dignes de protection juridique<sup>371</sup>.

Cette position de principe dont on a souligné la profondeur et la perspicacité<sup>372</sup> a été suivie par la Commission franco-mexicaine des réclamations qui l'a réaffirmée avec la plus grande clarté dans le cadre de l'affaire *Georges Pinson*<sup>373</sup>:

La vraie équité qui doit inspirer les sentences de la Commission ne pourra consister qu'à tenir en équilibre, autant que possible, les considérations d'équité invoquées par les deux agences, chacune en faveur des intérêts dont la gestion lui est confiée<sup>374</sup>.

Outre les exemples tirés de la pratique arbitrale<sup>375</sup>, il faut rappeler que, confirmant ses positions générales dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du nord*<sup>376</sup>, la CIJ a également posé, dans une affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries*<sup>377</sup>, la règle selon laquelle les parties ont « l'obligation mutuelle d'engager des négociations de bonne foi pour aboutir à la solution équitable de leurs divergences »<sup>378</sup>. Et, ce n'est pas tout. En se référant à l'arrêt du 20 février 1969, la Cour a réaffirmé comme étant une émanation du droit, le recours aux principes équitables: « Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable »<sup>379</sup>. À cela s'ajoute le fait qu'il n'existe pas, à proprement parler, ni de différence de fonction, ni de différence de nature entre l'équilibre et l'équité; la doctrine et la jurisprudence utilisant indifféremment les deux termes pour signifier la

---

<sup>371</sup> Ibid., p. 41.

<sup>372</sup> v. Ch. de VISSCHER, *Supra* n° 11 à la p. 28.

<sup>373</sup> *Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, *Supra* n° 9, pp. 327-466.

<sup>374</sup> Ibid., p. 447.

<sup>375</sup> Auxquels il faut ajouter l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège c. États-Unis d'Amérique)*, *Supra* n° 9, p. 331; l'affaire des *Indiens Cayugas (Grande Bretagne c. États Unis)*, *Supra* n° 9, p. 180.

<sup>376</sup> *Plateau continental de la mer du nord*, *Supra* n° 16, § 88, p. 48.

<sup>377</sup> *Compétence en matière de pêcheries*, (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, arrêt du 25 juillet 1974, *CIJ Rec.* 1974, p. 3-175.

<sup>378</sup> Ibid., § 79, p. 34-35.

<sup>379</sup> Ibid., § 78, p. 33-34.

même chose<sup>380</sup>. Cette ambiguïté est manifeste dans la position adoptée par la Cour en l'affaire du *Plateau continental de la mer du nord* :

En réalité, il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les États peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce<sup>381</sup>.

Cette constatation replace au cœur de la pratique juridique internationale la fonction normative des principes généraux de droit, dont notamment celui de *l'équilibre des intérêts*. Plus spécialement, cela confirme le rôle completif et correcteur de *l'équilibre des intérêts* dans des domaines divers du droit international.

---

<sup>380</sup> Pour la doctrine voir notamment Ch. de VISSCHER, *Supra* n° 11, aux p. 28 et 33; P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 165-186 et pour la jurisprudence, voir nos références précitées: *Île de Palmas (ou Miangas), États-Unis c. Pays-Bas*, *Supra* n° 10; *Plateau continental de la mer du Nord*, *Supra* n° 16, § 93, p. 50; *Georges Pinson (France) c. États-Unis du Mexique*, *Supra* n° 9, pp. 327-466.

<sup>381</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, *Supra* n° 16, § 93, p. 50.

### 2.2.2.- Le rôle complétif et correcteur de l'équilibre des intérêts à travers quelques exemples de mise en œuvre dans des domaines divers du droit international

En plus des applications les plus nombreuses enregistrées dans le domaine des droits humains<sup>382</sup>, le droit international public a également connu une pratique significative relative au principe d'équilibre qui s'organise notamment autour de l'équivalence, de la proportionnalité et du raisonnable. À cet égard, on a pu constater que toute technique de recherche des discriminations – en matières économique, sociale et environnementale – pouvant conduire à des appréciations de fait ou de finalité peut être placée sous le signe de la balance des intérêts et être considérée comme constituant une référence à des principes équitables<sup>383</sup>. En effet, objectant du fait que le recours à des considérations de finalité ne devrait pas servir de justificatif pour ceux qui hésitent à faire référence à l'équilibre des intérêts ou à l'équité, le professeur Reuter dénonce ce faux-fuyant et voit dans la multiplicité des termes que cela génère, une preuve de la complétude du *principe d'équilibre*<sup>384</sup>. Ainsi, selon lui, lorsque dans son arrêt du 27 août 1952 relatif aux *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc*<sup>385</sup>, la CIJ décide que les autorités douanières « doivent en user raisonnablement et de bonne foi », elle aurait pu simplement employer l'expression « d'une manière équitable »<sup>386</sup>. Pour le commentateur, le fait d'avoir énuméré neuf facteurs de détermination de la valeur en douane sans en établir l'ordre de priorité, entache le raisonnement de la Cour d'un manque de clarté<sup>387</sup>.

La référence au « raisonnable » s'amorce toutefois constante avec l'avis consultatif relatif au jugement du *Tribunal administratif de l'OIT sur*

---

<sup>382</sup> v. les références citées *Supra* n° 18.

<sup>383</sup> v. P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 181 et s.

<sup>384</sup> *Ibid.*

<sup>385</sup> *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc* (France c. États-Unis d'Amérique), *CIJ Recueil*, arrêt du 27 août 1952, p. 212.

<sup>386</sup> v. P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 181.

<sup>387</sup> *Ibid.*



*requête contre l'UNESCO*<sup>388</sup>. Dans cette affaire, la Cour a estimé qu'en allouant des dommages-intérêts aux requérants sur la base de l'équité, le tribunal « entendait fixer ce que la Cour a, en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci »<sup>389</sup>. L'imbroglio autour du rapport entre les « règles de droit posées » et les modes de calcul de l'indemnité<sup>390</sup> ainsi que la controverse suscitée par cet avis vont ensuite conduire la Cour à clarifier sa position dans son arrêt relatif à l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>391</sup>. Depuis lors, il était devenu plus aisé de concevoir que non seulement la pratique internationale de règlement des différends requiert de reposer sur une base d'équilibre mais également le juge international peut, en fonction des circonstances de chaque cause, décider de la *balance des intérêts* en présence, de la méthode appropriée pour sa réalisation.

Dans certaines circonstances et dans le domaine précis de la délimitation des frontières maritimes ou encore celui des ressources naturelles, des fonds marins situés sous les eaux territoriales ou sous les eaux intérieures, la méthode d'équivalence des intérêts prend la forme particulière d'une recherche de la proportionnalité. Même dans un champ aussi large d'intérêts que de valeurs, « [...] le problème [précise la Cour] n'est pas un problème de définition: c'est un problème de *proportionnalité en tant qu'aspect de l'équité* »<sup>392</sup>. Originellement, l'idée d'un recours à la proportionnalité dans une délimitation maritime remonte, une fois encore, à l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>393</sup>. Certes, le dispositif de l'arrêt ne faisait pas expressément mention de la proportionnalité, mais celle-ci se laisse déduire du paragraphe ci-après:

---

<sup>388</sup> *Avis consultatif du 23 octobre 1956 relatif au jugement du Tribunal administratif de l'OIT*, *CIJ Recueil*, 1956, p. 77.

<sup>389</sup> *Ibid.* p. 100.

<sup>390</sup> *Ibid.*

<sup>391</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, *Supra* n° 16, § 85 et 88.

<sup>392</sup> *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, *CIJ Recueil*, arrêt du 24 février 1982, § 104 [Italiques ajoutées].

<sup>393</sup> *Plateau continental de la mer du Nord*, *Supra* n° 16.

Un dernier élément à prendre en considération est le *rapport raisonnable* qu'une délimitation effectuée selon des *principes équitables* devrait faire apparaître entre l'étendue du plateau continental relevant des États intéressés et la longueur de leurs côtes; on mesurerait ces côtes d'après leur direction générale afin d'établir *l'équilibre nécessaire* entre les États ayant des côtes droites et les États ayant des côtes fortement concaves ou convexes ou afin de ramener des côtes très irrégulières à *des proportions plus exactes*.<sup>394</sup>

D'évidence moins hypothétique est la formule par laquelle la Cour a récemment confirmé cette exigence d'un recours à la proportionnalité, comme étant une règle d'application autonome, dans son arrêt relatif à l'affaire du *Différend maritime*<sup>395</sup> entre le Pérou et le Chili: « En pareil cas, la Cour procède à une *évaluation globale de la proportionnalité* »<sup>396</sup>. La Cour confirme ainsi, de manière sommaire, une position à laquelle elle avait déjà souscrite et qu'elle a pris le soin de rappeler dans une affaire jugée à l'unanimité de ses membres en 2009:

La vérification finale du caractère équitable du résultat obtenu doit permettre de s'assurer qu'aucune disproportion marquée entre les zones maritimes ne ressort de la comparaison avec le rapport des longueurs des côtes <sup>397</sup>.

Mais, le véritable apport de cet arrêt réside probablement dans la manière de circonscrire les difficultés qui encombrant le champ pratique de la proportionnalité, tel que cela avait été entrevu par la sentence arbitrale que la Cour a dûment citée:

[...] «c'est la disproportion plutôt qu'un principe général de proportionnalité qui constitue le critère ou facteur pertinent ... il ne peut jamais être question de refaire entièrement la nature ... il s'agit plutôt de remédier à la disproportion et aux effets inéquitables dus à des configurations ou caractéristiques géographiques particulières» (*Délimitation du plateau*

---

<sup>394</sup> Ibid., § 98 [Italiques ajoutées].

<sup>395</sup> *Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2014, p. 3.

<sup>396</sup> Ibid., § 193.II [Italiques ajoutées].

<sup>397</sup> v. *Délimitation maritime en mer noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt du 3 février 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 61, § 122; dans le même sens, voire *Golfe du Bengale II (République populaire du Bangladesh c. République de l'Inde)*, sentence arbitrale du 7 juillet 2014, § 481; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt du 19 novembre, C.I.J. Recueil 2012, p. 624, § 239; *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar)*, arrêt du 14 mars, TIDM 2012, § 477.

*continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, RSA, vol. XVIII, p. 189, par. 101* <sup>398</sup>.

Au demeurant, le critère de la proportionnalité reste incontestablement un mode de réalisation du principe d'équilibre; que celui-ci soit *infra legem*, c'est-à-dire l'équilibre qui constitue une forme d'interprétation du droit et faisant appel à des considérations raisonnables<sup>399</sup>, ou qu'il soit *praeter legem*, c'est-à-dire l'équilibre qui opère en tant que remède à la pauvreté normative du droit international<sup>400</sup>. Cela est davantage plausible que la proportionnalité a, par le passé, pu et sert encore à solutionner des problèmes juridiques au plan international à l'exemple de l'équité *infra legem* à laquelle la CIJ a souvent eu recours dans la délimitation des frontières terrestres<sup>401</sup>.

Par ailleurs, s'il est clair que le PRCMD doit être perçu comme étant un principe général du droit international, sa première mise en œuvre devant une instance internationale a en revanche été l'occasion pour le groupe spécial saisi de l'affaire *Malaisie c. États-Unis*<sup>402</sup> de rappeler, au-delà du PRCMD lui-même<sup>403</sup>, la fine trame du principe d'équilibre des

---

<sup>398</sup> v. *Délimitation maritime en mer noire, ibid.* § 210. Ces difficultés ont été maintes fois relevées par la doctrine (v. notamment P., WEIL, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, A. Pedone, Paris 1994, p. 258; E., DECAUX, «L'arrêt de la chambre de la Cour internationale de Justice sur l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine (Canada / États-Unis)», *AFDI*, Vol. 30, 1984, p. 331 ; Paul Von Mühlendahl, *L'équidistance dans la délimitation des frontières maritimes. Étude de la jurisprudence internationale*, A. Pedone, Paris, 2016, p. 321 et s.).

<sup>399</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 68, p. 248.

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>401</sup> v. notamment, *Différend frontalier, Supra* n° 17, p. 633, § 149-150; *Différend frontalier terrestre insulaire et maritime, Supra* n° 17, p. 514, § 262.

<sup>402</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Supra* n° 151.

<sup>403</sup> Dans cette espèce, le PRCMD a été expressément cité comme règle de référence dans un conflit mettant en jeu la protection des tortues marines d'une manière compatible avec les intérêts en présence : «Le Groupe spécial exhorte la Malaisie et les États-Unis à coopérer pleinement afin de conclure le plus tôt possible un accord qui permettra de protéger et de conserver les tortues marines à la satisfaction de tous les intérêts en jeu et en tenant compte du principe que les États ont des responsabilités communes mais différenciées lorsqu'il s'agit de conserver et de protéger l'environnement.» (v. *Ibid.*, § 7.2.).

*intérêts* - en tant que PGD - dans ses manifestations évolutives et dans un énoncé particulièrement saisissant:

S'agissant du texte introductif de l'article XX, nous considérons que les Membres de l'OMC y reconnaissent la nécessité de maintenir *l'équilibre des droits et des obligations* entre le droit qu'a un Membre d'invoquer l'une ou l'autre des exceptions spécifiées aux paragraphes a) à j) de l'article XX, d'une part, et les droits fondamentaux que les autres Membres tiennent du GATT de 1994, d'autre part. Si un Membre exerce de façon abusive ou impropre son droit d'invoquer une exception telle que celles de l'article XX g), il va par là même éroder ou réduire à néant les droits conventionnels fondamentaux que les autres Membres tiennent, par exemple, de l'article XI:1. [...]: un *équilibre* doit être établi entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception prévue à l'article XX et le devoir qu'a ce Membre de respecter les droits conventionnels des autres Membres. Laisser un Membre utiliser de façon abusive ou impropre son droit d'invoquer une exception reviendrait en réalité à lui permettre d'amoindrir ses propres obligations conventionnelles et de dévaloriser les droits conventionnels des autres Membres. Si l'usage abusif ou impropre est suffisamment grave ou large, le Membre donne en fait à son obligation conventionnelle un caractère purement facultatif et lui ôte son caractère juridique; ce faisant, il dénie complètement les droits conventionnels des autres Membres<sup>404</sup>.

Dans cette espèce, il s'agit de la situation typique d'un exercice « abusif ou impropre de droits », sans lien manifeste avec une dispositions pouvant être considérée comme étant elle-même abusive; exactement comme l'avait entrevu Charles de Visscher qui affirmait qu'un droit qui n'est pas contesté dans son principe peut néanmoins prêter à critique selon ses conditions de réalisation, lorsque celui qui l'invoque l'exerce à des fins contraires à *l'intérêt général*<sup>405</sup>. Selon le maître belge, le déséquilibre demeure et est tout simplement méconnu<sup>406</sup>. Ici tout comme en droit interne, la solution satisfaisante devant être celle qui, tout en tenant compte du contexte, vise en même temps à faire application de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties, nous pouvons dire que le principe d'*équilibre* démontre une totale compatibilité avec la *Convention de Vienne* dans ses dispositions relatives à l'interprétation des

---

<sup>404</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *Supra* n° 151, p. 85, § 5.49.

<sup>405</sup> v. Ch. de VISSCHER, *Supra* n° 11 à la p. vii.

<sup>406</sup> *Ibid.*

traités<sup>407</sup>. Nous pouvons également dire que c'est avec justesse que les juges et experts de l'OMC ont su motiver leurs décisions par une référence au principe d'*équilibre*. Sa capacité de médiation ainsi que sa flexibilité ont clairement été mises en évidence dans leur interprétation du texte introductif de l'article XX du GATT de 1947<sup>408</sup> comme ci-après:

Pour interpréter et appliquer le texte introductif, il nous faut donc essentiellement mener à bien la tâche délicate de localiser et de circonscrire le point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond (par exemple l'article XI) du GATT de 1994, de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'équilibre des droits et des obligations établi par les Membres eux-mêmes dans cet accord. La localisation du point d'équilibre, tel qu'il est conçu dans le texte introductif, n'est pas fixe ni immuable; ce point se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent <sup>409</sup>.

En d'autres termes poursuit le rapport, « la position du point [d'*équilibre*] lui-même dépend du type de mesure qui est appliqué et des circonstances particulières de l'espèce »<sup>410</sup>. Le groupe d'experts tout comme l'Organe d'appel rappelle ici, aussi bien la quintessence du principe d'*équilibre* que la règle d'or en matière de sa mise en œuvre : faire une comparaison entre les mesures visées, déterminer ensuite la position du point d'*équilibre* en établissant le contexte factuel aussi bien que le cadre juridique qui influe sur l'interprétation les faits<sup>411</sup>. En somme, il s'agit ici d'une application en bon droit du principe d'*équilibre des intérêts* dans le droit de l'OMC.

---

<sup>407</sup> v. L'article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *Supra* n° 87.

<sup>408</sup> Le texte est ainsi libellé : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures », (v, Texte introductif de l'article XX de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T)*, *Supra* n° 337).

<sup>409</sup> *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, *Supra* n° 151, p. 85, § 5.50.

<sup>410</sup> *Ibid.*, § 5.51.

<sup>411</sup> *Ibid.*, § 5.51.

Enfin, en droit transnational qui est le domaine qui nous concerne, on retiendra tout particulièrement la sentence *Tecmed* qui a été l'occasion pour un tribunal arbitral de confirmer, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de Strasbourg, le principe selon lequel une mesure doit être à la fois idoine à la réalisation de son but et non disproportionnée avec celui-ci<sup>412</sup>. Le tribunal arbitral a expressément indiqué que:

After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality. [...] There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure<sup>413</sup>.

Cette conjonction de sens et de portée entre le moyen et le but, a finalement permis au tribunal arbitral de juger successivement que la mesure contestée ne visait pas un but environnemental<sup>414</sup> mais qu'elle était plutôt dictée par les circonstances socio-politiques du pays<sup>415</sup> et que, de surcroît, le renouvellement du permis d'exploitation n'étant pas nécessaire pour atteindre le but poursuivi par l'investisseur, cela a pu constituer pour celui-ci une charge excessive<sup>416</sup>. Il s'agirait là, selon l'arrêt *James*, d'une manière différente d'exprimer l'idée de trouver un «*juste équilibre*» entre les exigences de *l'intérêt général* et les impératifs de protection des droits individuels<sup>417</sup>. Réponse inespérée à l'appel lancé il y a un demi-siècle par le professeur Siorat dans sa préface à l'ouvrage d'Amadio sur *Le contentieux*

---

<sup>412</sup> v. *James et autres c. Royaume-Uni*, *Supra* n° 18, § 50 *in fine*.

<sup>413</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, *Supra* n° 91.

<sup>414</sup> *Ibid.*, § 127-129.

<sup>415</sup> *Ibid.*, § 132-133.

<sup>416</sup> *Ibid.*, § 151.

<sup>417</sup> v. *James et autres c. Royaume-Uni*, *Supra* n° 18, § 50; *Ashingdane c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, CEDH, Série A, n° 93, § 57; *Sporrong et Lönnroth*, *Supra* n° 18, § 69.

*international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965:*

[...] il convient de trouver un *juste équilibre* entre les droits de l'individu et ceux de l'État, tout comme, au sein de ces derniers, entre les droits des gouvernements et ceux des peuples<sup>418</sup>.

Cette transposition pourtant rejetée par une partie de la doctrine<sup>419</sup> s'observe également au niveau d'une série de sentences arbitrales relatives à l'investissement dans lesquelles sont développées différentes approches de mise en œuvre du principe de la proportionnalité et/ou de *l'équilibre des intérêts*. Selon la sentence *Pope & Talbot*<sup>420</sup>, l'exigence du raisonnable est le critère indiqué pour la détermination d'une violation du traitement juste et équitable dans la conduite d'une agence administrative de l'État<sup>421</sup>. Quant à elle, la sentence *Saluka*<sup>422</sup> considère la mise en œuvre de la proportionnalité comme un moyen d'atteindre *l'équilibre* recherché entre les *intérêts* de l'État et ceux de l'investisseur étranger<sup>423</sup>. Sans se référer expressément au principe de la proportionnalité, la sentence *Glamis Gold*<sup>424</sup> illustre également une des nombreuses approches dans la perspective d'une recherche d'*équilibre* par les tribunaux arbitraux<sup>425</sup>. Dans l'affaire

---

<sup>418</sup> L., SIORAT, préface à l'ouvrage d'AMADIO, *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, p. 6 [Italiques ajoutées].

<sup>419</sup> v. les auteurs cités *Supra* notamment S., NIKIEMA, *Supra* n° 36, p. 264; A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 30-31; C., LÈVESQUE, *Supra* n° 25, p. 53-54; Ch., LEBEN, *Supra* n° 31, p. 183; M. SORNARAJAH, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015, p. 347-388.

<sup>420</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du 10 avril 2001, *ICSID Reports*, vol. 7, p. 102.

<sup>421</sup> *Ibid.*, § 55, 57, 63, 72 et 123, 125, 128, 155; v. également la sentence du 31 mai 2002, 41 *ILM* 1347 (2002), § 64, 68, 92.

<sup>422</sup> *Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, <http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DRAP/index.htm#Saluka> (consulté le 28/05/2015)

<sup>423</sup> *Ibid.*, § 304 et 306.

<sup>424</sup> *Glamis Gold c. les États Unis d'Amérique*, *Supra* n° 27.

<sup>425</sup> v. J.-M., MARCOUX, «La recherche d'un équilibre – évolution des protections et des obligations des sociétés minières canadienne dans les Amériques», 24.1 (2011) *R.Q.D.I.*, p. 309-347, plus précisément à la p. 330; v. également R. MOLOO, «La source pour déterminer la norme d'examen dans le droit international des investissements», *Investment Treaty News*, N° 4, vol. 2, Juillet 2012, p. 5-6.

*Total*<sup>426</sup>, il a été plus question du lien indissociable entre le traitement juste et équitable et le principe de la proportionnalité<sup>427</sup>. Au total, il s'agit de se situer dans le prolongement de l'affaire *Total*<sup>428</sup> et la norme du traitement juste et équitable pour rechercher sur la base de quel principe pertinent du droit international doit-on examiner une mesure d'expropriation visant une propriété privée soumise à différents régimes de protection – un AII, un TBI, ou une convention internationale relative aux droits humains – sans craindre de léser les intérêts en présence.

## Conclusion du Chapitre 2

À l'origine de droit interne du principe d'*équilibre*, correspond un processus de transposition en droit international. Plus la transposition se clarifie et se justifie, moins il y a d'objection à affirmer que l'*équilibre des intérêts* est un principe d'application générale en droit. Le caractère général de sa mise en œuvre est alors attesté par une pratique constante dans le temps et une reconnaissance *in foro domestico* par les principaux systèmes juridiques nationaux ainsi que par une utilisation étendue quant aux domaines. On la retrouve aussi bien dans les matières régies par le droit international traditionnel que dans les branches les plus récentes de celui-ci. Par ailleurs, en observant attentivement le processus même de sa transposition, on voit s'évanouir les craintes relatives à un transfert pur et simple des éléments du droit interne dans le droit international. En définitive, il a plus été question de recourir à une politique juridique consistant à trouver un dénominateur commun - c'est-à-dire le principe sous-jacent aux règles nationales relatives aux problèmes de déséquilibre contractuel et qui les appréhende dans leurs complexités contextuelles -

---

<sup>426</sup> *Total S.A. c. Argentine*, CIRDI, n° ARB /04/1, décision sur la compétence du 27 décembre 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf> (consulté le 28/05/2015).

<sup>427</sup> *Ibid.*, § 123, 164, 197, 309, 333, 429.

<sup>428</sup> *Ibid.*



que de les saisir dans leurs simplicités extérieures. Le principe d'*équilibre* conserve à cet égard son caractère autonome, souple et subsidiaire qui lui permet de jouer d'une part un rôle de médiation dans les rapports conventionnels, et d'autre part un rôle supplétif et correcteur des solutions juridiques proposées par le droit international. Sa mise en œuvre récente devant l'organe de règlement des différends de l'OMC confirme sa nature évolutive ainsi que son adaptabilité à l'environnement juridique actuel dans ses dimensions multiples et multiformes.

### **Conclusion du Titre I**

Véhicule d'un idéal de justice où règne le pouvoir d'appréciation du juge et où triomphe l'équité, l'*équilibre des intérêts* marque, de par sa souplesse, la relativité du droit. En tant que PGD, il n'est pas, par définition, une émanation des autres sources du droit international positif : le principe de la nécessité du respect de l'*équilibre* des droits et *intérêts* n'y étant pas affirmé, c'est surtout des dispositions particulières du droit positif qui ont pour but de réaliser cet équilibre. Grâce à sa triple fonctionnalité *infra legem*, *praeter legem*, et *contra legem*, il tient un rôle à la fois correcteur et supplétif du droit et assure ainsi une mission de prévention par rapport à la faiblesse structurelle du droit international positif<sup>429</sup>. Il faut, à cet effet, observer que les applications les plus généralement reçues du *principe d'équilibre* sont également celles qui prenaient préalablement appui sur un constat d'inégalité des parties contractantes. Par conséquent, lorsqu'on parle du droit relationnel ou d'*intérêts* économiques, il convient de dépasser l'égalité de façade pour pouvoir examiner le contenu réel des accords. Certes, le postulat de l'égalité a joué un rôle important - en tant que principe de base des relations contractuelles et principale clé de lecture permettant de cerner

---

<sup>429</sup> v. Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 11 à la p. vi.

l'impact des courants théoriques (aussi bien objectivistes que subjectivistes) - dans la redéfinition du rôle de l'*équilibre des intérêts* et sa place dans le droit positif actuel. Toutefois, c'est à partir du moment où l'on a admis l'existence d'inégalités dans les rapports contractuelles qu'on a découvert l'importance de ce rôle tel que cela résulte de son application générale, aussi bien au plan interne qu'au plan international.

Au total, dans ses manifestations pratiques, le principe juridique de *l'équilibre des intérêts* procède d'un raisonnement par analogie avec l'ordre juridique interne et démontre de par sa flexibilité une ouverture à étendre de manière mesurée la portée et l'efficacité du droit international en faisant converger les dimensions anciennes et nouvelles de celui-ci, notamment en ce qui concerne l'une de ses plus récentes conquêtes : le droit international des investissements.

## TITRE II

### L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS : UN PRINCIPE CONSUBSTANTIEL AU DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

Au commencement du droit international des investissements<sup>430</sup>, l'*équilibre des intérêts* existait déjà en tant que PGD : c'est-à-dire, une source générale et autonome, de nature subsidiaire et supplétive, transitoire et susceptible d'évolution. On pouvait alors attester de sa juridicité en droit international général. La ressemblance avec les éléments contextuels en droit interne - dont notamment l'asymétrie des parties engagées dans une relation d'investissement et les inégalités de développement - demeure en effet remarquable et autorisait sa mise en œuvre *ab initio* en droit international des investissements. Toutefois, ce n'est que récemment que le principe d'*équilibre* va connaître *in medias res* et grâce à son caractère évolutif un essor juridique pouvant être tenu pour incontestable en droit international des investissements. Jusqu'alors perçu comme une finalité, ce principe n'aura eu d'utilité que provisionnelle en cette matière où il a arboré pendant plus d'un demi-siècle sa parure souple et subsidiaire en tant que PGD de nature ambivalente mais intrinsèquement lié à l'investissement. Le caractère souple et hésitant de sa mise en œuvre initiale découle finalement d'une politique juridique en ce sens que, appelés à choisir entre diverses solutions, les États parties aux différents AII se prononceront en faveur de celle qui leur paraissait la mieux adaptée à l'esprit des rapports d'investissement, et qui permet d'aboutir à l'apaisement souhaité de la tension qui a toujours caractérisé

---

<sup>430</sup> À la base, la notion d'investissement était une notion économique (v. Ch., OMAN, *Les nouvelles formes d'investissements dans les pays en voie de développement*, Études du Centre de développement de l'OCDE, Paris, 1984, p. 11 et s.). Au moment de sa découverte par le droit (c'est-à-dire juste avant les premiers traités d'investissement pendant la décennie 1950), tous les éléments caractéristiques de base - aussi bien normatifs que factuels - relatifs à la nature juridique de *l'équilibre des intérêts* étaient déjà présents.

ces rapports. Et, c'est sans doute également pour des raisons de politiques jurisprudentielles qu'il faut comprendre la méfiance et l'hésitation des cours et tribunaux arbitraux à l'égard d'une application franche et avouée de l'*équilibre des intérêts* en droit international des investissements. Certes, des concessions significatives ont été faites à l'occasion de la mise en place de la *Convention CIRDI*<sup>431</sup> (Chap. 3), mais celles-ci se sont vite évanouies avec l'essor sans précédent de l'*Arbitration without privity*<sup>432</sup> et son extension dans les TBI - au travers de règles de protection davantage axées sur la réciprocité juridique par identité de droits et obligations des parties (Chap. 4).

---

<sup>431</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)* du 18 mars 1965, *Supra* n° 61.

<sup>432</sup> Expression plutôt inhabituelle qui a été utilisée par J., PAULSON pour désigner un arbitrage sur le fondement d'un TBI donnant à l'investisseur une option de compétence qui lui permet de saisir unilatéralement une juridiction arbitrale du CIRDI (v. J., PAULSON, *Arbitration without privity*, *ICSID Rev.* 1995, n° 10, p. 232). On peut également se référer à la formulation francophone de cette expression: «arbitrage transnational unilatéral» (W., BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Paris II, 2003; A., PRUJINER, «L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?», *Rev. Arb.* 2005, n° 1, p. 63-99; Ch.-E, CÔTÉ, *Supra* n° 20 aux p. 238 et s.). Rappelons pour terminer que ce type d'arbitrage comporte des caractéristiques qui lui sont propres, à savoir: le caractère dissocié du consentement, l'absence d'*intuitu personae*, le caractère collectif du contentieux, et la pluralité d'option juridictionnelle (v. E., GAILLARD, «L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements», *Revue de l'Arbitrage*, 2003, n°3, p. 853-875).

### Chapitre 3

## L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET L'APAISEMENT DES RELATIONS D'INVESTISSEMENT

Lorsqu'on remonte à l'origine des relations économiques internationales, on constate qu'à la base de chaque relation, il existe toujours une motivation qui est de nature à permettre la construction d'alliances fortes pour le plus grand bénéfice des partenaires<sup>433</sup>. De cette constatation, on a pu déduire le principe selon lequel l'équilibre psychologique des groupes est indispensable pour bâtir toute relation durable<sup>434</sup>. Parallèlement, lorsqu'on considère l'atmosphère de tension qui a toujours caractérisé des relations d'investissement et le contexte dans lequel s'est formé le droit international des investissements, il est aisé de constater que la préoccupation d'une recherche d'équilibre entre les *intérêts* en présence est inhérente à cette discipline du droit international. Toutefois, l'on ne saurait cerner la totalité de la question en excluant ce qui en fait la spécificité: la dialectique entre le respect de la souveraineté étatique et le respect de la propriété privée étrangère (3.1.). Il importe d'en examiner les extensions idéologiques et doctrinales ainsi que les modes d'expression juridiques générés par celles-ci. Si l'analyse contextuelle permet ainsi de retracer les éléments de confluences qui ont marqué le début de l'histoire du droit international des investissements, un rapide survol du processus qui a conduit à son émergence permet davantage de cerner la problématique même de l'équilibre des *intérêts* à travers sa structuration du contentieux d'investissement. À cet égard, le rôle déterminant de la Convention du CIRDI<sup>435</sup> est à retenir (3.2.).

---

<sup>433</sup> v. J-P., GUTH, *Bâtisseurs d'Alliances, La pratique*, Éd. d'Organisation, 1998, p. 246.

<sup>434</sup> Ibid.

<sup>435</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)* du 18 mars 1965, *Supra* n° 61.

### 3.1.- La dialectique entre le respect de la souveraineté étatique et le respect de la propriété privée

Propriété privée et souveraineté étatique sont deux notions confluentes qui ont évolué à raison inverse l'une au détriment de l'autre. Mais il semble désormais qu'il y ait un certain consensus autour de la notion de propriété<sup>436</sup> autant qu'il est devenu loisible d'observer la « surpuissance » de l'État accuser quelques pas de faiblesse<sup>437</sup>. Certes, l'accent souvent mis par certains auteurs sur la « propriété » est une approche intéressante en ce sens qu'elle oblige à retourner aux « valeurs fondamentales »<sup>438</sup>. Mais il demeure manifestement impossible qu'elle parvienne à réconcilier les valeurs contradictoires qui sont en présence. Afin de mieux l'appréhender, il convient d'en retracer l'évolution suivant le mouvement des faits (3.1.1.) et des idées (3.1.2.).

---

<sup>436</sup> v. Article 1, Premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la *Convention européenne des droits de l'homme*, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/009.htm> (date d'accès: 01-12-2017); v. également l'article 17 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948, [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/frn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/frn.pdf) et dans le même ordre, le Projet de *Convention de l'OCDE sur la protection de la propriété étrangère* de 1967, *Supra* n° 60. Et pour une confirmation jurisprudentielle, v. les arrêts précités aux *Supra* n° 18 dont notamment les arrêts *Marckx* (§ 63), *Agosi* (§ 108), *Inz* (§ 38), ... etc. Du côté de la doctrine, l'idée qu'il existe un consensus sur la notion a d'abord été envisagée par R., HIGGINS, (*Supra* n° 36, p. 259-392), avant d'être plusieurs fois relayée par la suite, v. L., CONDORELLI, «*Premier protocole additionnel, Article 1*», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L-E., PETTITI, E., DECAUX, P-H., IMBERT (dir.), Economica, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1999, à la p. 971 ; J., L., CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme: commenté et annoté*, Lietsc, Paris, 2000, p. 311; et pour une position plus nuancée, v. C., LEVESQUE, *Supra* n° 25 aux p. 39-92.

<sup>437</sup> v. L., DUGUIT, *Supra* n° 71, p. 438; N., POLITIS, *Supra* n° 324, p. 21; G., SCELLE, *Supra* n° 71; J., W., GARNER, «*Des limitations à la souveraineté nationale dans les relations extérieures* », *Revue de droit internationale et de législation comparée*, 1925, p. 38-39.

<sup>438</sup> v. C., LÉVESQUE, *Supra* n° 25 aux p. 74 et s.; R., HIGGINS, *Supra* n° 36.

### 3.1.1.- Bref aperçu de la confrontation historique entre le respect de la souveraineté étatique et le respect de la propriété privée

Le Moyen Âge représente l'époque la plus récente de l'histoire où la propriété privée pouvait jouir d'une protection absolue. Seuls, les besoins de la vie en communauté pouvaient alors constituer une limite à l'exercice du droit de la propriété<sup>439</sup>. Mais, compte tenu du fait que cette époque fût également celle de l'absolutisme étatique<sup>440</sup>, elle va marquer le début de la tension entre l'État et la propriété privée<sup>441</sup>. Depuis lors, les jauges de la limitation à la souveraineté de l'État et celle relative à la propriété privée vont devenir interférentes, laissant au premier la latitude d'élargir son champ par rapport à la seconde. De ce rapport asymétrique désormais inévitable entre propriété privée et puissance étatique, on pouvait déduire les origines lointaines du principe d'indemnisation tel que l'énonçait Grotius:

Toute promesse & tout Contrat, par lequel un Roi s'est engagé envers les sujets, produit une vraie obligation, proprement ainsi nommée, qui donne aux sujets même un droit, en vertu duquel ils peuvent en exiger l'accomplissement : car telle est la nature des Promesses & des Contrats, même entre DIEU & les Hommes [...].

Il FAUT savoir encore, que, lors même que les Sujets ont acquis un droit, le Roi peut le leur ôter en deux manières, ou en forme de peine, ou en vertu de son (1) Domaine éminent : a) bien entendu qu'il n'use du privilège de ce *Domaine éminent*, ou supérieur, que quand le Bien public le demande; & qu'alors même celui qui a perdu ce qui lui appartenait en soit dédommagé, s'il se peut, du Fond public. Si cela a lieu en matière des autres choses, il doit avoir lieu aussi à l'égard du droit qu'on acquiert par une promesse ou par un Contrat<sup>442</sup>.

---

<sup>439</sup> v. C., LEVESQUE, *Supra* n° 25 à la p. 60; v. aussi G., O'BRIEN, *An Essay on Mediaeval Economic Teaching*, New York, Augustus M. Kelley, 1967, 66-67.

<sup>440</sup> v. D., J., HILL, *L'État moderne et l'organisation internationale*, Paris, 1912; DUGUIT, *Supra* n° 71; Ch., DUPUIS, *Le droit des gens et les rapports des Grandes Puissances avec les autres États avant le Pacte de la société des Nations*, Plon-Nourrit et Cie, Paris, 1921; L. Le Fur, « La souveraineté de l'État et le droit international », dans les *Lettres*, janvier-février 1925, p. 22-96; J., W., GARNER, *Supra* n° 437, p. 38-39; N., POLITIS, *Supra* n° 324, p. 10 et s.

<sup>441</sup> v. H., HIGGINS, *Supra* n° 36 à la p. 274 ; v. également C., LEVESQUE, *Supra* n° 25 à la p. 60.

<sup>442</sup> v. H., GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *Supra* n° 4, Tome 1, Chap. XIV, Sections VI et VII, p. 467-468 (Nouvelle traduction par J., BARBEYRAC, Amsterdam,

La propriété privée étrangère n'étant plus absolument « inviolables et sacrés », il convient de trouver un *juste équilibre* entre les droits de l'investisseur et ceux de l'État. Seulement, après avoir reconnu à celui-ci certaines « libertés » dans l'exercice de son pouvoir souverain, il a également fallu admettre que les atteintes à la propriété privée réalisées dans un but de protection du « Bien public » ne peuvent constituer une violation de droit nécessitant une indemnisation. Dès lors, le souci de préservation de *l'intérêt général* – la santé publique et la sécurité publique – fera pencher la balance d'un côté, consacrant la dynamique et l'évolution des rapports d'investissements tels qu'ils ont existé à cette époque jusqu'au XIX siècle. Lors de la conclusion à la Havane le 24 mars 1948 de la Charte créant l'organisation internationale du commerce (OIC)<sup>443</sup>, on pouvait constater cette tendance asymétrique<sup>444</sup>. La Charte comportait des dispositions dont certaines paraissaient imprécises. Ce qui explique, en partie, les nombreuses attaques dont elle a été l'objet de la part des milieux d'affaires américains. Les droits des États à l'égard des investisseurs étrangers y étaient bien plus développés que leurs obligations correspondantes. L'énoncé de l'article 12 traitant des « investissements internationaux, ... » est particulièrement significatif à cet effet. Même si l'on doit observer que cette disposition tente une synthèse entre les préoccupations des pays développés et celles des pays en développement<sup>445</sup>, elle reste marquée par la tendance à établir un

---

Pierre de Coup.1724); v. les commentaires de J., L., SAX, *Supra* n° 36, p. 54-57 ; C., LEVESQUE, *Supra* n° 25 à la p. 60.

<sup>443</sup> v. *Charte de la Havane instituant une organisation internationale du commerce*, 24 mars 1948, *RT Can.*, 1948, n° 32. Signée à la Havane, la Charte n'est jamais entrée en vigueur.

<sup>444</sup> Sur le caractère asymétrique des droits et obligations octroyés par la Charte, voir C., WILCOX, *A Charter for World Trade*, New-York, MacMillan, 1949, p. 70 et s.; W., DIEBOLD, *The End of the ITO*, Princeton University, Princeton, 1952; J. C., GRAZ, *Aux sources de l'OMC : la Charte de la Havane 1941-1950*, Genève, DROZ, 1999; voir également S., MANCIAUX, *Supra* n° 48 aux p. 4 et ss.; Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 20 aux p. 26-28.

<sup>445</sup> v. D., CARREAU, et P., JUILLARD, *Supra* n° 56 à la p. 452.



déséquilibre au détriment de l'investisseur étranger et en faveur de l'État d'accueil. Cette tendance prendra une connotation encore plus accentuée entre la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle avec les atteintes massives à la propriété privée.

#### **a.- La montée de l'État « nationalisateur »**

Après qu'on eût confondu tout au long du XIXe siècle la défense de la propriété avec la défense des libertés individuelles dans la plupart des États démocratiques - à l'exemple de la France révolutionnaire de 1789 - certains pays allèrent expérimenter l'absolutisme du pouvoir étatique<sup>446</sup>. En octobre 1917, la Russie décida d'abolir la propriété privée, de restreindre les libertés individuelles et de nationaliser la quasi-totalité des entreprises présentes sur son territoire<sup>447</sup>. Ensuite, l'avènement de la démocratie économique et sociale dans l'entre-deux guerres a provoqué de nouvelles nationalisations au Mexique et dans les États de l'Europe<sup>448</sup>. En 1927, malgré le profond respect de la législation de la plupart des États ayant participé à la Première guerre, la nationalisation conserve un « visage de révolte »<sup>449</sup> au regard du droit international de la propriété. Tandis que celui-ci est ébranlé, livré aux assauts des contestations diverses, la nationalisation découvre sa légitimité dans les dispositions constitutionnelles et législatives et il semblait commode d'affirmer que:

Le droit international n'étant pas soumis aux modifications du droit interne aucun membre de la famille des nations ne peut justifier la répudiation d'une règle du droit international en appliquant une règle différente dans sa législation interne<sup>450</sup>.

---

<sup>446</sup> v. G., FOUILLOUX, *La nationalisation et le droit international public*, LGDJ, Paris, 1962, p. 2-4.

<sup>447</sup> Ibid.

<sup>448</sup> Ibid., p. 2.

<sup>449</sup> Ibid., p. 3.

<sup>450</sup> Ibid.

À l'exemple des États-Unis, de l'Allemagne fédérale, du Japon et de la Grèce qui disposaient de mesures unilatérales en vue de l'encadrement de l'investissement privé, les pays d'Afrique francophone allaient ensuite élaborer des codes d'investissement avec pour principale préoccupation de « créer un équilibre favorable à l'entrée des capitaux étrangers et au développement »<sup>451</sup>. L'on pouvait donc clairement y distinguer un large éventail d'obligations à la charge de l'État et quelques autres à la charge de l'investisseur<sup>452</sup>. Toutefois, les codes d'investissement présentaient quelques défauts majeurs. En offrant des avantages trop grands, cela amplifiait davantage la méfiance des investisseurs qui s'attendaient à tout perdre. Comme on pouvait le constater, ces codes établissaient leur système sur le plan des garanties purement juridiques et négligeaient trop souvent les formes les plus modernes du commerce international où « les garanties naissent de l'équilibre de contrats commerciaux soigneusement

---

<sup>451</sup> Ibid. Au moins 15 législations relatives à l'investissement avaient été dénombrées entre 1956 et 1963. Il s'agit de: la *Loi 60-64 du 27 juin 1960 portant code des investissements au Cameroun* (J.O. Rép. Cameroun, 28 juin 1960), la *Loi 39-61 du 20 juin 1961 portant code des investissements modifiée par la Loi 45-62 du 29 décembre 1962* (J.O. Rép. Congo, 1er juillet 1961), la *Loi 59-134 du 3 septembre 1959 déterminant le régime des investissements privés dans la République de CÔTÉ-d'Ivoire* (J.O. Rép. CÔTÉ-d'Ivoire, 10 septembre 1959), la *Loi 61-53 du 31 décembre 1961 établissant un code des investissements* (J.O. Rép. Dahomey, 15 janvier 1962), la *Loi 55-61 du 4 décembre 1961 portant code des investissements dans la République gabonaise* (J.O. Rép. Gabon, 15 janvier 1962) modifiée par la *Loi 17-63 du 14 mai 1963* (J.O. du 15 juin 1963), la *Loi du 5 avril 1962 instituant un code des investissements en République de Guinée* (J.O. Rép. Guinée, 7 avril 1962), la *Loi 24-61 du 5 juillet 1961 instituant un régime des investissements privés en Haute-Volta* (J.O. Rép. Haute-Volta, 15 juillet 1961), l'*Ordonnance 62-024 du 19 septembre 1962 portant code des investissements* (J.O. Rép. Madagascar, 28 septembre 1962), la *Loi 62-5/AN-RM du 11 janvier 1962 portant statut des entreprises conventionnées en République du Mali*, la *Loi 61-122 du 26 juin 1961 déterminant le régime des investissements privés* (J.O. Rép. Isl. Mauritanie, 16 août 1961), la *Loi 61-21 du 12 juillet 1961 portant code des investissements au Niger*, modifiée par la *Loi 63-6 du 1er février 1963* (J.O. Rép. Niger, 15 février 1963), la *Loi 63-355 du 19 février 1963 portant code des investissements dans la République Centrafricaine* (J.O. Rép. Centrafricaine, 1er mars 1963), la *Loi 62-33 du 22 mars 1962 instituant un code des investissements* (J.O. Rép. Sénégal, 31 mars 1962), la *Loi n° 156/PR du 26 août 1963 dans la République du Tchad* (J.O. Rép. Tchad, 15 septembre 1963) et la *Loi 57-36 du 11 septembre 1957 sur le régime fiscal particulier des entreprises agréées, ...* Cette énumération provient d'une liste établie par AFRIQUE-INVESTISSEMENT, v. *Recueil Penant*, série documentation, Paris, 1962, et sur l'ensemble de la question v. Ph., KAHN, *Supra* n° 54, p. 339 et s.

<sup>452</sup> v. Ph., KAHN, *Supra* n° 54, p. 359-374.

discutés »<sup>453</sup>. Par ailleurs, des changements de législation pouvaient rapidement surgir et rendre illusoires les garanties de protection offertes à l'investisseur. Ici, le sort de l'investissement, sa protection et sa garantie ainsi que les prétentions raisonnables de l'investisseur se trouvent étroitement liés à la législation interne du pays d'accueil - en l'occurrence d'Afrique francophone. Cela a pu continuer jusqu'à une époque récente où les atteintes massives à la propriété privée vont atteindre leur apogée avec l'accession à l'indépendance des anciennes colonies et la découverte subséquente du sous-développement.

### **b.- La découverte du sous-développement**

L'arrivée sur la scène internationale des pays en développement a été analysée comme une source de transformation de la Communauté internationale<sup>454</sup>. Dans sa configuration nouvelle, celle-ci devra désormais apprendre à compter avec d'autres types d'États à niveaux économiques plus faibles en intégrant leurs préoccupations majeures. Ne pouvant pas, à cet effet, se passer du principe de l'égalité souveraine des États, le droit international introduit une dimension complémentaire: celle de « l'égalité de développement ». Ainsi, après avoir été longtemps occultée par la domination coloniale, la découverte des inégalités de développement devient un élément clé de la politique internationale. Son influence considérable sur la stabilité sociale et politique sera amplement soulignée: « Une société où se côtoient des États qui ne manquent de rien et d'autres qui manquent presque tout est une société dangereuse pour la paix »<sup>455</sup>. Face à cela, il fallait donner à la paix une dimension économique et permettre au droit de jouer pleinement son rôle. Malgré les incongruités liées à cette démarche, les pays en développement vont amener le droit

---

<sup>453</sup> Ibid., p. 391.

<sup>454</sup> v. M., FLORY, « Pour un droit social international », *Mélanges René-Jean DUPUY, Humanité et droit international*, A. Pedone, Paris, 1991, p. 149-157.

<sup>455</sup> Ibid., p. 150.

international à s'ouvrir plus largement à l'économie mondiale par le recours à un traitement plus global, allant même au-delà des rapports Nord-Sud<sup>456</sup>.

Plus concrètement, la mondialisation et le resserrement des liens d'interdépendance entre les différentes parties de l'économie mondiale que cela entraîne, va pousser les États à s'interroger davantage sur la capacité réelle de certains pays du Sud à trouver les capitaux nécessaires à l'élaboration d'une infrastructure économique en vue de leur développement. Il était devenu nécessaire de reconnaître l'urgence d'atténuer les disparités entre les différentes régions du monde par le renforcement des capacités des États qui en avaient besoin. Cela a généré au lendemain de la seconde guerre les premiers outils de promotion économique dans le cadre de la coopération internationale: le Fonds monétaire international (FMI), la Société financière internationale (SFI) et la Banque mondiale. Il faudra toutefois souligner que la mise en place de ce cadre institutionnel n'aura été possible que grâce à l'harmonisation progressive des intérêts en présence. C'est d'abord, les pays développés, notamment les anciennes puissances coloniales, qui vont être les premiers à pratiquer l'aide et l'assistance technique. Ensuite, ce fût au tour des Nations Unies et des organisations régionales et non gouvernementales à mettre en route les mécanismes de coopération multilatérale relative à l'investissement. Enfin, bien plus tard, l'on tentera de stimuler davantage la coopération au développement dans une perspective de recherche d'équilibre dès lors que les relations Nord-Sud vont passer de la tutelle coloniale des années d'avant-guerre à une situation d'égalité formelle entre les nations et cela, sur fond de controverse doctrinale et de confrontations juridiques.

---

<sup>456</sup> Ibid.

### 3.1.2.- Les différents modes d'expression juridiques des confrontations idéologiques et doctrinales

Résultat de la tension séculière entre la protection de la propriété privée et la souveraineté de l'État, le droit international des investissements est également le réceptacle de nombreuses controverses dont certaines ont partie liée avec le mode de règlement des différends offert aux investisseurs dans leur pays d'accueil. Au départ, la propriété privée étrangère étant rattachée au droit national, son contentieux était également soumis au droit du pays d'accueil. Au manque de confiance habituelle qu'avaient les investisseurs vis-à-vis des juridictions internes des États à cause notamment de la présence dans la procédure d'une entité étatique dotée de prérogatives de puissance publique, venait ainsi s'ajouter la réticence liée à l'instabilité politique. Cette situation marque certainement les premiers points de déséquilibre entre les intérêts en présence ainsi que la particularité d'un droit qui est en quête permanente de son *équilibre*. Il y a eu ensuite le contentieux interétatique où l'on pourrait, *a priori*, penser que dans l'hypothèse d'une relation juridictionnelle basée sur la réciprocité et l'égalité formelle entre deux ou plusieurs sujets de droit international public, la recherche d'*équilibre* serait plus aisée. Un regard panoramique sur le contentieux international oblige à admettre le contraire<sup>457</sup>. Il faut en effet rappeler que c'est suite aux insuffisances de la protection diplomatique que va naître l'arbitrage entre

---

<sup>457</sup> Rappelons à cet effet que du XIXe au XXe siècle, les arbitres internationaux, la CPJI et la CIJ se sont tour à tour prononcés sur le régime de la protection de la propriété privée des étrangers à l'occasion d'affaires célèbres, v. notamment *Ahmadou Sadio Diallo (Republique de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324; *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, *Supra* n° 21; *Usine de Chorzów* *Supra* n° 130, p. 3-65; *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond)*, arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. Recueil, Série A n° 7, p. 21-81; *Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt du 26 mars 1925, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 5, p. 6; v. également, A. G., DE LAPRADELLE, et N., POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, A. Pedone, Paris, Tomes I, II et III, 1905, 1923 et 1954.

État et investisseur étranger<sup>458</sup>. À cet égard, beaucoup de chemin restait à parcourir en ce qui concerne l'atteinte d'un *équilibre* entre les *intérêts* divergents qui sont en présence. Notre analyse ne serait guère satisfaisante si elle omettait de mettre en lien cette divergence d'intérêts avec son prolongement sur le plan théorique. Quel est, au-delà de ce qu'on a appelé « la grande aventure coloniale du XIXe siècle »<sup>459</sup>, le facteur d'émergence de la théorie juridique des investissements de cette époque-là ?

La manifestation des positions doctrinales ainsi que leur cristallisation trouve leurs expressions concrètes à travers d'une part, l'idée de soustraire le contrat d'investissement des contingences du droit interne des États et, d'autre part, l'émergence d'un Nouvel ordre économique international (NOEI)<sup>460</sup>.

#### **a.- La doctrine du contrat d'État et sa systématisation de la thèse d'une protection spécifique à l'investissement international**

Suite à l'enseignement donné il y a une quinzaine d'années à l'académie de droit international par le professeur Leben et dont l'ambition était de faire la synthèse de la doctrine sur la question<sup>461</sup>, il serait difficile de ne pas admettre que plus de soixante années de développements importants n'ont pas suffi à mettre un terme aux « controverses sans réponse » autour d'un problème devenu pourtant habituel: l'ordre de rattachement du contrat d'État. Quel est le droit dans lequel le contrat

---

<sup>458</sup> v. Ch. LEBEN, «La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements», *RCADI*, 2003, t. 302, p. 197-386.

<sup>459</sup> v. Ph., KAHN, *Supra* n° 54, p. 338.

<sup>460</sup> v. Pour plus de détails sur le NOEI voir nos références citées *Infra* n° 491.

<sup>461</sup> Il faut rappeler que la première grande synthèse remonte à 1969 avec Prosper WEIL, *Supra* n° 20, p. 96-240. Il y a eu ensuite le cours donné quatorze ans plus tard par Jean-Flavien LALIVE «Contrats entre États et personnes privées», *Supra* n° 20, p. 9-234, auquel il faut ajouter l'étude réalisée par Bernard AUDIT, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, rapport du directeur d'études, saison de 1987 du centre d'étude et de recherche de droit international et de relations international de l'Académie de droit international de La Haye, Dordrecht, Martinus, Nijhoff, 1988. Pour une bibliographie générale sur la question v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, p. 377-386.

s'insère, puise sa validité et prend ses racines ? Est-ce une émanation de la *Grundlegung* ou de la *proper Law*, du droit national ou du droit international, ou encore d'un droit transnational?

La sentence CIRDI du 11 décembre 2013 dans l'affaire *Ioan Micula*<sup>462</sup> qui a donné lieu à une opinion dissidente du professeur ABI-SAAB en dit long sur l'état de la question. La scission au sein du tribunal arbitral témoigne tout particulièrement des difficultés de mise en œuvre des clauses parapluie (*umbrella clause*) apparues récemment dans les traités d'investissement et dont l'objet est d'étendre la protection offerte par un accord donné à des obligations contractuelles existant avant son entrée en vigueur<sup>463</sup>. Face à l'incertitude de plus en plus persistante quant à la nature et à l'effet réel de ces clauses, il fallait répondre à la question préalable de savoir si l'introduction de la clause parapluie dans les traités signifie une conversion en obligation juridique de tout engagement - sans exclusion de ceux auxquels le droit interne de la partie étatique n'accorderait aucun effet.

Dans cette espèce, il s'agissait de la clause parapluie prévue à l'article 2(4) du TBI conclu entre la Suède et la Roumanie et qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003. Selon cette disposition, les parties s'accordaient à reconnaître à l'investisseur le droit d'invoquer la violation

---

<sup>462</sup> *Ioan Micula Viorel Micula, S.C. European Food SA., S.C. Starmill SRL and A.C. Multipack SRL v. Romania*, ICSID Case n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf> (consulté le 08/06/2015); voir le commentaire de B., REMY, «Chroniques des sentences arbitrales», *JDI*, 2014, n° 1, p. 324-341.

<sup>463</sup> Le cas le plus typique est le modèle adopté par la plupart des pays européens et qui est libellé comme suit: «*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party*». v. par exemples l'article 2(2) *in fine* des TBI conclus entre certains pays en développement et le Royaume-Uni comme l'Afrique du Sud en 1998, le Benin en 1987, le Burundi 1990, le Pakistan en 1994, Sainte-Lucie en 1983 (v. *UNCTAD's IIA Navigator Supra* n° 44); v. également l'article 11 de l'Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 11 juillet 1995 ou l'article 9 de l'Accord entre la Confédération suisse et la République de Bulgarie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 28 octobre 1991: «Chacune des Parties Contractantes assure à tout moment le respect des engagements assumés par elle à l'égard des investissements des investisseurs de l'autre Partie Contractante» (v. *UNCTAD's IIA Navigator Supra* n° 44).

d'une obligation souscrite à son profit par l'État devant le tribunal arbitral. Or, pour le développement de certaines régions de son territoire, la Roumanie avait créé par décret d'urgence (EGO 24) à la fin des années 1990 un système d'incitation fiscale sur la base de laquelle avait été émis un certificat d'investisseur au profit des frères Micula. Suite à la demande d'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, ce système est déclaré contraire au droit communautaire et sa mise en conformité avec le système européen recommandée. Pour satisfaire cette exigence, la Roumanie a dû revoir sa législation fiscale en 2005. Et c'est pour ne pas avoir offert à des investisseurs suédois un traitement juste et équitable que la Roumanie a finalement été condamnée à leur verser près de 185 million d'euro<sup>464</sup>. Au cours de l'instance arbitrale, le désaccord au sein du tribunal a surtout porté sur la question de savoir si la révocation du système d'incitation fiscale et du certificat d'investissement était de nature à donner naissance à une obligation susceptible d'être invoquée sur le fondement de la clause parapluie. Fallait-il considérer comme le prétendait la Roumanie que ladite clause ne vise que les droits acquis donnant lieu à une action au titre du droit roumain ou cela renvoie-t-il à n'importe quel engagement de l'État contactant?

Les suites de cette affaire rappellent curieusement les raisons d'être du contrat d'État et plus précisément la nécessité de trouver des règles spécifiques pour assurer son encadrement: tandis qu'une partie du tribunal soutenait que le droit de l'investisseur ne pouvait constituer une obligation au sens de la clause parapluie qu'à la condition de se reconnaître le statut de droit acquis en droit roumain<sup>465</sup>, l'approche retenue par le troisième arbitre allait aboutir à une conclusion opposée<sup>466</sup>. En

---

<sup>464</sup> v. *Micula*, *Supra* n° 462, § 1329.

<sup>465</sup> Cette articulation reposait en effet sur le constat que, dans la plupart des systèmes juridiques, le droit acquis du créancier ne serait que le reflet de l'obligation du débiteur (v. *Ibid.*, § 448).

<sup>466</sup> Le 3<sup>e</sup> arbitre ayant soutenu que pour qu'il y ait obligation au sens de la clause parapluie, il est suffisant que la Roumanie ait pris un engagement ferme à l'égard du



revanche, c'est à l'unanimité que le tribunal arbitral a déduit des différents actes d'application du système d'incitation fiscale<sup>467</sup>, l'existence d'un droit spécifique jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2009; le décret d'urgence lui-même n'étant qu'un cadre général duquel ne pouvait découler aucun droit au profit de l'investisseur<sup>468</sup>. Malgré que le rejet de la demande fondée sur la clause parapluie ne semble pas contestable<sup>469</sup>, les approches adoptées par les deux parties opposées du tribunal suscitent quelques réserves<sup>470</sup>. On pourrait notamment y voir une manière détournée d'aborder le problème

---

demandeur; l'objet de cet engagement devant être le maintien des incitations pendant une période donnée. (v. *Ibid.*, § 455).

<sup>467</sup> Il s'agit notamment des actes précisant les régions concernées, des actes fixant la période pendant laquelle le système est en vigueur ainsi que des certificats d'investisseur, délivrés par une agence régionale après vérification de la réunion des conditions posées par le décret (v. *Ibid.*, § 422-431).

<sup>468</sup> *Ibid.*

<sup>469</sup> v. dans le même sens les sentences *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, CIRDI AF n° ARB/01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003, § 165-170, dans 42 *ILM* 1290 (2003), commentaires E., GAILLARD, *JDI*, 2004, p. 258 et s.; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, CIRDI AF n° ARB/02/6, décision sur les objections de compétence du 29 janvier 2004, § 126, reproduit dans 19 *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, 6 (2004). La doctrine considère généralement que le but n'est pas de hisser tous les engagements contractuels de l'État au rang d'obligations internationales mais d'offrir une plus grande protection à l'investisseur au cas où la partie étatique userait de ses prérogatives de puissance publique pour essayer d'échapper à ses engagements contractuels, (v. F.A. MANN, «British Treaties for the Promotion and Protection of Investments», 52 *British Yearbook of International Law* 241 (1981), p. 246; K. J., VANDEVELDE, *United States Investment Treaties : Policy and Practice*, Kluwer Law and Taxation, 1992, p. 78; R., DOLZER & M., STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 81-82; I. SHIHATA, «Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in Case of the Involvement of State Parties», in *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Vol. II, I.F.I. SHIHATA and J.D., WOLFENSOHN (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 455-496; Ch., SCHREUER, «Travelling the BIT Route : Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road», *JWIT*, 2004, n° 5, p. 231-256; A. C., SINCLAIR, «The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection», *Arb. Int'l* 2004, Vol. 20, n° 4, pp. 411-434; Th. W., WÄLDE, «The 'Umbrella' (or Sanctity of Contract/*Pacta Sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases», *TDM*, Vol. 1, Issue #04, October 2004; «The Umbrella Clause in Investment Arbitration – A Comment on Original Intentions and Recent Cases», *JWIT*, Vol. 6 No. 2, April 2005, Geneva; M., SORNARAJAH, *The international Law on Foreign Investment*, 2<sup>e</sup> Éd., Cambridge, 2004, p. 251; E., GAILLARD, «Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered», in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, T., WEILER (dir.), London: Cameron May, 2005, p. 325 et s.; v. B., REMY, *Supra* n° 462, p. 337-338).

<sup>470</sup> v. B., REMY, *Supra* n° 462 à la p. 337.

de l'enchevêtrement entre les droits et obligations des parties dans des ordres juridiques divers: l'insertion d'une clause parapluie dans un TBI pour couvrir des obligations contractuelles de l'État, que l'on souhaite voir hissées au rang d'obligations internationales, et dont la violation mérite une sanction<sup>471</sup>. Là réside toute la question à laquelle s'ajoutera peut-être, un jour, celle d'un hypothétique lien entre les obligations contractuelles existantes de l'État défendeur et celles d'occurrence. Le moins que l'on puisse dire, il semble difficile d'affirmer que la formulation d'un droit substantiel des contrats d'État est désormais révolue. Tout autre cependant est la question de savoir si l'apparition de nouvelles figures contractuelles dans la jurisprudence arbitrale a eu pour conséquence de révolutionner la pratique juridique des investissements au point de sonner le glas de la doctrine du contrat d'État?

Tel que rappelé, le but de cette analyse n'est pas de démontrer que nous arrivons à une « Fin provisoire [...] » de la doctrine du contrat d'État<sup>472</sup>, mais de voir, malgré les oppositions à cette théorie, en quoi elle aura

---

<sup>471</sup> Il faut en effet rappeler que certains auteurs attachent une conséquence plus radicale que celles mentionnées (v. notamment M., SORNARAJAH, *Supra* n° 469, p. 251; E., GAILLARD, *Supra* n° 469, p. 325 et s.; v. B., REMY, *Supra* n° 462, p. 337-338) aux «*Umbrella clauses*» notamment pour ce qui concerne l'articulation entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité internationale de l'État. Pour le professeur WEIL, «Il n'y a, en effet, pas de difficultés particulières [en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'État] lorsqu'il existe entre l'État contractant et l'État national du cocontractant un traité de « couverture » qui fait de l'obligation d'exécuter le contrat une obligation internationale à la charge de l'État contractant envers l'État national du cocontractant. L'intervention du traité de couverture transforme les obligations contractuelles en obligations internationales et assure ainsi, comme on l'a dit, « l'intangibilité du contrat sous peine de violer le traité » ; toute inexécution du contrat, serait-elle même régulière au regard du droit interne de l'État contractant, engage dès lors la responsabilité internationale de ce dernier envers l'État national du cocontractant». (v. P., WEIL, «Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», *RCADI*, 1969 (III), tome 128, p. 132 et s.; v. également, E., GAILLARD, *Supra* n° 432, p. 868, note 43. Un point de vue différent a pu être développé par le professeur MAYER qui défend l'idée qu'il «existe deux rapports distincts et parallèles: le rapport *inter partes*, entre parties au contrat d'État, qui reste soumis à la *lex contractus*, et le rapport interétatique qui relève du droit des gens». Par conséquent, la violation d'une obligation née de l'un des rapports ne saurait altérer la nature de l'autre, (v. P., MAYER, «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», *JDI*, 1986, n° 1, p. 36-37).

<sup>472</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, p. 374-376.

contribué à la construction d'une règle *d'équilibre* entre les droits et obligations des parties engagées dans une relation d'investissement. Autrement dit, il s'agit pour nous de confirmer le constat selon lequel: « [...] le droit international des contrats est dominé par le nécessaire équilibre entre les intérêts prééminents de l'État et les intérêts pécuniaires du cocontractant privé [...] »<sup>473</sup>. Aussi paradoxale que puisse paraître cette constatation établie il y a trois décennies par Prosper WEIL (une des voix les plus représentatives de la doctrine de l'internationalisation), elle découle de l'évolution même de ces dernières années. Celle-ci, avec ses apports nombreux et parfois contradictoires, augmente les frictions entre les divers courants de pensées et commande une vision renouvelée du rapport État/investisseur étranger sur une base plus réaliste. Le réalisme appelant l'objectivité, le cadre conceptuel requis se doit d'être aussi rigoureux qu'il peut être fécond.

Difficile de s'y coller sans devoir rappeler que tout est parti de la jurisprudence arbitrale<sup>474</sup> dès le début du XXe siècle et de la volonté manifestée par certains de soustraire le contrat d'investissement de l'emprise du droit international privé<sup>475</sup>. Cet objectif est ensuite devenu systématique dès lors qu'on a essayé de prouver que l'ordre juridique de rattachement du contrat d'État est le droit international; le contrat d'investissement étant devenu « un nouvel acte juridique international »<sup>476</sup>. D'après la formule du professeur WEIL, l'«internationalisation» repose sur un renvoi formel au *droit des gens* et implique que le contrat d'investissement soit régi par celui-ci<sup>477</sup>. Dès lors, «internationaliser» un contrat d'investissement revient à le soustraire à l'ordre juridique interne

---

<sup>473</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 20, à la p. 570.

<sup>474</sup> v. Les premières sentences arbitrales minières et pétrolières citées *Supra* n° 323.

<sup>475</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, p. 212 et s. L'historique du processus d'accès direct de l'investisseur aux instances internationales est une bonne clé de lecture pour comprendre le phénomène, (v. G., AMADIO, *Supra* n° 48, aux p. 32-35; Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, p. 210, 302 et s.; Ch.-E., CÔTÉ *Supra* n° 20).

<sup>476</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, p. 263; P., WEIL, *Supra* n° 20, p. 562.

<sup>477</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 20, p. 562.

de l'État contractant pour le soumettre à une règle spécifique découlant de la volonté des parties à travers le recours au droit international des contrats. Cette inférence fait abstraction des multiples variantes de la théorie de l'internationalisation dont la mise en œuvre permet d'atteindre un niveau optimum de délocalisation: l'insertion dans le contrat d'investissement de clauses dites de «stabilisation», d'«intangibilité» et de «consolidation».

Il faut ensuite observer que les différentes formes d'approches à l'intérieur du champ théorique relatif au contrat d'État ne semblent pas garantir une cohésion au sein de la doctrine. Il n'est pas évident de se situer entre le contrat d'État rattaché à l'ordre juridique international<sup>478</sup> et le contrat d'État conçu comme une relation *sui generis* pouvant être rattachée à un ordre juridique autonome faisant appel à la neutralité du pouvoir normatif de l'État<sup>479</sup> ou encore à « L'hypothèse d'un droit transnational des contrats d'État »<sup>480</sup>. Difficile de pouvoir enfin endosser un tel héritage – et prétendre promouvoir un certain *équilibre* entre les droits et *intérêts* en présence – sans envisager une « Fin » au moins « provisoire » de la controverse<sup>481</sup>. Autrement, il y aurait beaucoup à parier pour atteindre ce but. La résurgence de la fronde doctrinale contre le régime de la délocalisation du contrat d'investissement nous en donne encore aujourd'hui la preuve.

---

<sup>478</sup> Ibid.

<sup>479</sup> v. P., MAYER, *Supra* n° 471, p. 77.

<sup>480</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, aux p. 319-321.

<sup>481</sup> Ibid., p. 374.

## b.- Les oppositions au régime de la délocalisation

On retiendra essentiellement la doctrine *Calvo*, du nom du juriste argentin Carlos Calvo<sup>482</sup>, dont les idées ont façonné pendant longtemps la position des pays latino-américains vis-à-vis des forums internationaux de règlement des différends et qui aujourd'hui continuent d'alimenter les débats sur le contentieux international relatif à l'investissement. Contrairement aux règles sur le standard minimum qui prônent le respect des acquis des étrangers, les clauses *Calvo* exigent que les étrangers et les nationaux soient traités de manière égale : «Les étrangers ont le droit à la même protection que les nationaux, mais pas plus»<sup>483</sup>. Et, «Les États doivent respecter la compétence de leur tribunaux locaux respectivement au regard des étrangers»<sup>484</sup>. En conséquence, les étrangers et leurs biens sont exclusivement assujettis à la juridiction interne des États, et doivent renoncer à toute protection diplomatique. L'accent est ici mis sur la souveraineté territoriale de chaque État. Le Pacte andin est sans doute l'illustration la mieux connue de la mise œuvre pratique de cette théorie<sup>485</sup>. Il faut toutefois observer que la jurisprudence internationale avait tôt fait de déclarer que de telles clauses sont nulles au motif qu'il n'appartient pas

---

<sup>482</sup> v. C., CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, 5<sup>e</sup> Éd., 6 vol., Guillaumin, Paris, 1896.

<sup>483</sup> Ibid., p. 138, § 1276.

<sup>484</sup> Ibid., p. 140, § 1278.

<sup>485</sup> v. *Le Pacte andin* (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>) est constitué le 26 mai 1969 à Carthagène entre la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela. Dans sa décision n° 24 (surnommée le Code andin des investissements) adoptée lors de la troisième réunion extraordinaire de la Commission en décembre 1970, les pays andins ont voulu mettre en place un régime spécifique en faveur des pays les moins industrialisés selon le «principe du développement équilibré», (v. A., MAHIOU, «Le cadre juridique de la coopération Sud-Sud», *RCADI*, 1993 (IV), tome 241, p. 89 et s.; v. également H., NATHAN, *Nature juridique du Code andin des Investissements étrangers à la lumière des événements récents*, thèse pour le doctorat d'État, mention droit, soutenue en juillet 1979, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne; P., SCHLIESSER et S., VOLNAY, «Régime des investissements à l'intérieur du marché commun andin», *JDI*, 1972, p. 558 et s.).

à un particulier de renoncer à l'avance à l'exercice d'un droit qui n'est pas le sien mais celui de l'État dont il est ressortissant<sup>486</sup>.

Seulement, le conflit suscité par les deux courants de doctrine demeure et semble toujours d'actualité. Dans la *Déclaration publique sur le régime d'investissement international* de 2010, il est notamment indiqué :

8. Le mécanisme d'arbitrage des traités d'investissement tel qu'il est actuellement conçu n'est pas une méthode équitable, indépendante et équilibrée pour assurer le règlement des différends relatifs aux investissements et il faudrait donc se garder d'y recourir pour solutionner de tels litiges. Il existe des raisons à la fois morales et politiques qui justifient les gouvernements de se retirer de traités d'investissement et de s'opposer aux mécanismes d'arbitrage investisseur-État, y compris par le refus de payer les sommes auxquelles les arbitres les ont condamnés lorsque la sanction résulte de l'adoption, de bonne foi, par l'État, de mesures visant un but légitime. [...].

10. Bien que s'ils ne soient pas sans défaut, les contrats d'investissement sont préférables aux traités d'investissement en tant que mécanismes juridiques visant à compléter le droit national régulant les relations entre investisseurs et États, car ils incitent à plus de vigilance et à plus de clarté dans la définition et la description des droits et obligations juridiques des parties. Il n'en sera ainsi, toutefois, que si le contrat d'investissement exclut la possibilité pour l'investisseur ou l'État de recourir à la clause d'un traité d'investissement qui les autoriserait à se soustraire à leurs engagements contractuels, y compris leurs engagements en matière de règlement des différends et de choix du droit applicable<sup>487</sup>.

Voilà qui exprime clairement une préférence absolue au droit national par rapport au droit international au point-même de vouloir le bannissement de celui-ci. À l'étape actuelle de la réflexion, cela nous semble quelque peu excessif. Toutefois, nous ne souhaiterions pas exagérer les conséquences d'une déclaration qui n'a d'intérêt que théorique. Et c'est précisément pour cette raison qu'elle doit être considérée comme un baromètre de l'état de la controverse sur la doctrine du contrat d'État. À cet égard, on peut

---

<sup>486</sup> v. Affaire de la *Barcelona Traction*, *CIJ Recueil*, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> arrêt, 25 juillet 1964 et 5 février 1970, *Supra* n° 21; voir les commentaires de J., CHARPENTIER, «Cour internationale de justice. Affaire de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970», *AFDI*, 1970, p. 327 et s.

<sup>487</sup> v. *Déclaration publique sur le régime d'investissement international*, site de l'Université de York, <http://www.osgoode.yorku.ca/wp-content/uploads/2014/11/Déclaration-Publique-June-2011.pdf> (consulté le 11/06/2015).

constater qu'elle résume en peu de mots les différentes positions qui émergent encore aujourd'hui de la confrontation entre les intérêts de l'État et ceux de l'investisseur étranger - de par notamment la similitude de ces positions avec les clauses *Calvo*. Par ailleurs, dans une publication récente de la CNUCED, il a été rappelé l'existence de plusieurs références relatives au développement et à la pertinence de la doctrine *Calvo*<sup>488</sup> dans lesquelles les auteurs dénoncent notamment le parti-pris manifeste de la doctrine du contrat d'État pour la protection des intérêts de l'investisseur étranger au détriment de ceux de l'État<sup>489</sup>.

Dans le même registre, il faut rappeler le mouvement pour un nouvel ordre économique international (NOEI)<sup>490</sup>, qui semble avoir vécu mais dont les vestiges demeurent encore vivaces dans les esprits<sup>491</sup>. Dans sa substance, le NOEI vise à générer une autre conception des rapports entre le droit et l'ordre économique international, par des techniques juridiques diversifiées et le triomphe d'une idéologie de développement<sup>492</sup>. Ses principes de base sont la souveraineté, l'égalité, la coopération internationale, l'interdépendance, et dans une certaine mesure le droit

---

<sup>488</sup> v. CNUCED, *Contrats d'État*, NATIONS UNIES, NY et GE, 2004, p. 7, note n° 9.

<sup>489</sup> v. notamment M., SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, *Supra* n°469 (éd. 2000), p. 223-278; D., SHEA, *The Calvo Clause: a Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955; A., FATOUROS, *Government Guarantees to Foreign Investors*, Columbia University Press, New York, 1962.

<sup>490</sup> v. *Résolution 3201 de l'Assemblée générale, 6<sup>e</sup> session extraordinaire*, GAOR, *Supra* n° 341; et pour l'ensemble des textes du NOEI, v. B., STERN, *Un nouvel ordre économique international*, Economica, Paris, 1983.

<sup>491</sup> Pour plus de détails sur la question, v. P., M., EISEMANN, « Le nouvel ordre économique international en tant que concept juridique », *Ann. Tiers Monde* 1976, p. 103-113; P., M., MARTIN, « Le N.O.E.I. », *RGDIP*, 1976, p. 502-535; D., CARREAU, « Le nouvel ordre économique international », *JDI*, 1977, p. 595 & s.; G., FEUER, « Les Nations-Unies et le Nouvel Ordre Économique International 1974-1976 », *JDI*, 1977, p. 606-629; F., RIGAUX, « Pour un autre ordre international », in *Droit économique* 2, I.H.E.I., Pedone, Paris, 1979, p. 269-443; B., STERN, *ibid.*; G., ABI-SAAB, *Développement progressif des principes et normes relatifs au N.O.E.I.*, UNITAR, 1984, *doc. A/39/504/Add.1*; J., MAKARCZYK, *Principles of a New International Economic Order*, Dordrecht, Nijhoff, 1988; et plus généralement J., TOUSCOZ, « Mondialisation et sécurité économique internationale », *RGDIP*, 1998, p. 623-646.

<sup>492</sup> v. D., CARREAU, *ibid.*, p. 597 et s.

international<sup>493</sup>. Sa mise en œuvre effective suggère en effet une autre conception du droit international qui, étant appelé à devenir un instrument de transformation de la société économique internationale - à travers la réduction de l'écart de développement et le redressement du déséquilibre économique entre pays développés et pays en développement - deviendrait également « un droit fondamentalement inégalitaire »<sup>494</sup>. Or, suggère-t-on, une évolution semblable du droit international comporterait la difficulté de trouver la manière de concilier l'«inégalitarisme» avec le dogme de l'égalité souveraine des états et son corollaire le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles<sup>495</sup>.

C'est alors que la préoccupation devient encore plus nette de trouver une solution médiane. Et cette quête, à la fois normative et politique, prescrit l'urgence d'une démarcation d'avec une approche étroitement protectrice ainsi que l'exigence d'un respect du principe d'*équilibre* dans la balance des droits et obligations des parties.

### **3.2.- *L'équilibre des intérêts* et la conciliation des intérêts contradictoires dans le balancier État-investisseur étranger**

De l'opposition constante entre les deux régimes de protection des intérêts (l'un relatif à la propriété privée étrangère et l'autre à l'État) est née la préoccupation de les réconcilier et il ne pouvait, à cet égard, y avoir de prédiction plus éclairée que celle du professeur FLORY:

À trop vouloir se protéger contre l'investisseur, on le décourage et il va placer ailleurs ses capitaux; inversement, si l'investisseur obtient de garanties trop favorables, il doit s'attendre tôt ou tard à une réaction<sup>496</sup>.

Il convient dès lors de rappeler qu'avant de se traduire par la recherche d'un corps de règles à vocation universelle en vue d'appréhender

---

<sup>493</sup> Ibid.

<sup>494</sup> Ibid., p. 598.

<sup>495</sup> v. G., FEUER, *Supra* n° 491, p. 609 et s.

<sup>496</sup> M., FLORY, *Supra* n° 347, p. 305.



le dilemme d'une protection asymétrique des intérêts en présence (3.2.2.), le recours à *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements est d'abord dicté par le besoin propre à ce droit d'apaiser les relations d'investissements (3.2.1).

### **3.2.1.- La préoccupation propre au droit international économique d'apaiser les relations d'investissements**

Le bilan dressé par Jean-Flavien Lalive à la suite de la célèbre affaire des concessions pétrolières entre le Groupe Texaco et Calasiatic et le Gouvernement libyen en 1977 reprend et synthétise la problématique d'une recherche d'*équilibre* en droit international des investissements:

Un des freins au progrès des échanges entre [...] partenaires « naturels » est précisément constitué par le climat d'incertitude et de méfiance qui, trop souvent, règne autour de la portée, de l'interprétation et de l'exécution des contrats internationaux; incertitude politique et économique sans doute, mais incertitude juridique aussi, les uns craignant de ne pouvoir obtenir un *équilibre réel* des prestations, entre partenaires parfois très inégaux (...); les autres hésitant à engager des investissements considérables, à assumer des risques onéreux et à long terme (...), sous la menace d'une dénonciation subite des contrats et de nationalisation<sup>497</sup>.

La problématique demeure encore d'actualité. Mais les réponses suggérées oscillent entre une approche « *d'équilibre des intérêts* » et une approche de « protection *des intérêts* » offrant ainsi le champ à une nouvelle confrontation doctrinale.

En effet, sans craindre le risque de biaiser le débat juridique ni d'occulter certains des intérêts en présence, une doctrine majoritaire préfère insister sur le besoin de protection de l'investissement étranger que d'inscrire celui-ci dans une perspective d'*équilibre des droit et intérêts*<sup>498</sup>. Il faut toutefois reconnaître à Laviee le mérite d'avoir consacré un chapitre entier à la question de l'«Équilibre conventionnel» dans son étude sur la

---

<sup>497</sup> J.-F., LALIVE., *Supra* n° 20 à la p. 319 [Italique ajoutée].

<sup>498</sup> v. notamment les références citées *Supra* n° 36-39 et a contrario v. les références citées *Supra* n° 48.

*Protection et promotion des investissements*<sup>499</sup>. Il y mêle tour à tour des considérations relatives à la durée des engagements, la stabilité du régime juridique de la protection des investissements, les rapports de réciprocité, d'équivalence et d'*équilibre* des droits et obligations, ainsi que les modes de règlement de différends<sup>500</sup>. Certes, la perspective normative du *principe d'équilibre* n'avait pas été abordée par l'auteur mais la structure de son analyse montre bien que la préoccupation habitait déjà les esprits et que ses contours étaient plus ou moins cernés. En cela, la synthèse analytique de Lalive est particulièrement éloquente. Après avoir émis l'idée en 1977, l'auteur est en effet revenu six ans plus tard sur ce qu'il considère comme la réponse à «la dialectique des contrats internationaux ou contrats d'État» avant finalement de rappeler la nécessité de «définir les techniques permettant de réaliser cet *équilibre* dans les contrats complexes et de longues durées»<sup>501</sup>. L'évidence de la question jaillit et rejaillit chaque fois comme le rhizome d'une plante qui, chaque année, émet des racines et des tiges aériennes. Elle a également refait surface dans la *Déclaration publique sur le régime d'investissement international* du 31 août 2010 signé par un groupe d'intellectuels « préoccupés par le préjudice causé au bien-être des populations » par ce régime, ainsi que son pouvoir de nuisance sur la liberté normative de l'État<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> v. J.-P., LAVIEC, *Supra* n° 20, p. 295-307 (Chap. IX de l'ouvrage).

<sup>500</sup> *Ibid.*

<sup>501</sup> v. J.-F., LALIVE, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *Supra* n° 20.

<sup>502</sup> v. *Déclaration publique sur le régime d'investissement international*, *Supra* n° 487.

Ce dernier aspect est particulièrement intéressant pour notre analyse puisse qu'il nous rappelle comment le problème des concessions pétrolières - et partant, le contentieux de l'expropriation - a pu devenir un champ d'émulation pour la doctrine de la protection tout comme il permet aujourd'hui de relancer le débat sur la question de l'équilibre des droits et obligations conventionnels. C'est bien la preuve que là où il y a un problème de protection, là également réside la préoccupation *d'équilibre des intérêts*. Si toutefois la doctrine a préféré mettre l'accent sur le premier, c'est probablement parce qu'il semblait logique, à un moment donné, de trouver des remparts contre la surpuissance de l'État par rapport à la personne privée. C'est ensuite, parce qu'au regard des considérations historiques, le droit international des investissements a repris à son compte le débat juridique se rapportant à la protection des biens de l'étranger sans s'être préoccupé d'établir, de prime abord, une frontière suffisamment nette entre « investissements », « biens » et « intérêts ». Dès lors, et pendant une longue période, on a rangé dans le champ large et englobant des investissements, les questions jadis traitées sous l'angle des « droits acquis » et qui concernent l'ensemble des biens et droits patrimoniaux. C'est l'exemple des problèmes liés aux contrats de concession pétrolière que nous pouvons illustrer par cinq grandes affaires connues pour leur précieuse contribution à l'élaboration de la théorie du

contrat d'État. Il s'agit des affaires *Topco*<sup>503</sup>, *Aminoil*<sup>504</sup>, *BP*<sup>505</sup>, *Liamco*<sup>506</sup> et *Aramco*<sup>507</sup>. On pourrait également ajouter une série d'affaires connues devant le tribunal Irano-Américain dont les plus célèbres sont l'affaire *Starrett*<sup>508</sup> et l'affaire *Tippetts*<sup>509</sup>. Cette tendance à la consécration d'une identité entre « investissements » et les « droits et intérêts » qui sont protégés par le droit international devrait se poursuivre jusqu'à une date récente où, pour la première fois dans l'histoire de l'arbitrage CIRDI, la

---

<sup>503</sup> *Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) and California Asiatic Oil Company (Calasiatic) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 19 janv. 1977, *JDI*, 1977, p. 350-389; *ILR*, 1979, vol. 53, p. 389; *ILM*, 1978, vol. 17, p. 1; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1979, p. 177; v. les commentaires de J. F., LALIVE, *supra* n° 20; G. Cohen-Jonathan, «L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen», *AFDI*, 1977, p. 452; F., RIGAUD, «Des dieux et des héros», *Revue critique de droit international privé*, 1978, p.435; J., VERHOVEN, « Droit international des contrats et des gens », *Revue belge de droit international*, 1978-1979, p. 209; B., STERN, «trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 5; A. A., FATOUROS, « International Law and the internationalized Contrat », *Am. J. of Int'l Law* 1980, vol. 74, p. 134; R. von MEHREN et P.-N., KOURIDES, «International arbitration between States and Foreign Private parties: the Libyan Nationalization Cases», *Am. J. of Int'l Law*, 1981, vol. 75, p. 476.

<sup>504</sup> *American Independant Oil Company (Aminoil) c. Koweit*, 24 mars 1982, *JDI*, 1982, p. 869-909; *ILM*, 1982, vol. 21, p. 976; *ILR*, 1984, vol. 66, p. 518; v. les commentaires de Ph., KAHN, «Contrats d'État et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982», *JDI*, 1982, p. 844; G., BURDEAU, «Droit international et contrats d'États. La sentence Aminoil c. Koweit du 24 mars 1982», *AFDI*, 1982, vol. 28, p. 454-470; P. Y., TSCHANZ, «The Contributions of the Aminoil Award to the Law of State Contracts», *International Lawyer*, vol. 18, p. 245-281.

<sup>505</sup> *British Petroleum Exploration Company (Libya) Limited (BP) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973, *Rev. Arb.* 1980, p. 117; *ILR*, vol. 53, 1979, p. 293; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1980, p. 143; v. les commentaires de P., RAMBAUD, «arbitrage, concession et nationalisation : quelques observations sur la sentence BP», *AFDI*, 1981, p. 222; B., STERN, *Supra* n° 503.

<sup>506</sup> *American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 avril 1977, *ILM*, 1981, vol. 20, p. 1-87; *Rev. Arb.* 1980, p. 132; *ILR*, 1982, vol. 62, p. 140; *Yearbook Commercial Arbitration*, 1981, p. 89; v. les commentaires de P., RAMBAUD, «Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire LIAMCO devant le juge français», *AFDI*, 1979, p. 820; B., STERN, *Supra* n° 503.

<sup>507</sup> *Arabian American Oil Company (Aramco) v. Saudi Arabia*, *Supra* n° 323. Pour les commentaires v. S., BASTID, «Le droit international public dans la sentence de l'Aramco», *AFDI*, vol. 7, 1961, pp. 300-311.

<sup>508</sup> *Starrett Housing Corp. c. Iran*, 19 décembre 1983, *Iran-USCTR*, vol. 4, p. 122; v. les commentaires de P., DAILLIER, A., MOUTIER-LOPET, A., ROBERT, D., MULLER, «Tribunal Irano-Américain de réclamations», *Chronique* n°4, *AFDI*, XLVIII-2002, CNRS Éd., Paris, p. 407-454.

<sup>509</sup> *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA consulting engineers of Iran, Iran et autres*, n° 7, 29 juin 1984, *Iran-US CTR*, vol. 6, p. 219; v. les commentaires de P., DAILLIER, A., MOUTIER-LOPET, A., ROBERT, D., MULLER, *ibid.*

compétence des arbitres a été directement contestée au motif que l'opération en cause n'était pas un investissement<sup>510</sup>. À l'analyse, la question demeure entière à savoir pourquoi la doctrine a-t-elle feint d'ignorer pendant longtemps le développement parallèle constaté au niveau des instances internationales relatives à la protection de la propriété privée en tant que « droit de l'homme »<sup>511</sup>. Est-ce, comme on a pu le soutenir, la crainte que des éléments subjectifs relatifs à la marge d'appréciation des tribunaux arbitraux n'interfèrent dans le débat<sup>512</sup> ou redoutait-on tout simplement les conséquences d'une mise en œuvre du principe du *juste équilibre* sur le règlement des différends relatifs à l'investissement ?

Selon une position constamment relayée par rapport au contrôle de l'*équilibre* par le moyen du principe de la proportionnalité devant la CEDH<sup>513</sup>, une transposition du principe serait « inadaptée au contentieux de l'expropriation indirecte »<sup>514</sup> et appelle par conséquent beaucoup de prudence de la part des tribunaux arbitraux<sup>515</sup>. Il ne serait admissible que « dans des cas tout à fait limités, et tout à fait flagrants »<sup>516</sup> en dehors desquels l'arbitrage transnational entrerait « en conflit avec le plus grand nombre des États, qu'ils soient développés ou en développement »<sup>517</sup>.

---

<sup>510</sup> v. *Fedax N. V. c. République du Venezuela*, Décision sur la compétence rendue le 11 juillet 1997, *ILM*, vol. 37, 1998, p. 1378; *JDI*, I, 1999, p. 278-297 (extrait).

<sup>511</sup> Les rares auteurs qui se sont penchés sur la question dès le départ ne sont pas allés jusqu'à envisager le problème tel qu'il se pose aujourd'hui ni sa transposition dans le champ large de l'investissement international. (v. par exemple H., HIGGINS, *Supra* n° 36 à la p. 274).

<sup>512</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 31, p. 179 et 183; v. également R., DOLZER et Ch., SCHREUER, *Supra* n° 35 à la p. 99; M., SORNARAJAH, *Supra* n° 469, p. 389 et s.; S., NIKIEMA, *Supra* n° 36 à la p. 265; A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36 à la p. 30-31.

<sup>513</sup> Sur la jurisprudence relative au principe de proportionnalité devant la CEDH, v. M.-A., EISSEN, «Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L-E., PETTITI, E., DECAUX, P-H., IMBERT (dir.), Economica, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1999, p. 65-81.

<sup>514</sup> S., NIKIEMA, *Supra* n° 36, p. 264; A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 30-31.

<sup>515</sup> v. C., LÉVESQUE, *Supra* n° 25, p. 53-54.

<sup>516</sup> Ch., LEBEN, *Supra* n° 31, p. 183.

<sup>517</sup> *Ibid.*

Certes, lorsqu'on se situe dans le schéma classique des confrontations Nord-Sud, on se souvient que la thèse de l'*équilibre* économique des *intérêts* avait été défendue par les pays en développement contre les nations riches<sup>518</sup>. Mais, avec le déclin progressif du paradigme Nord-Sud, toute la matrice analytique y relative est devenue obsolète. Dès lors, la crainte de voir revenir les vieux démons de la division Nord-Sud ne nous semble plus correspondre à la réalité. Les données de base ayant considérablement évolué, on peut désormais se permettre une dose d'audace qui était naguère inconcevable en ouvrant le champ à la mise en œuvre d'un principe qui a fait ses preuves en tant que critère d'évaluation des actions législatives ou exécutives de divers pays européens, ou comme critère de détermination ou de validation de la norme d'examen en matière de protection de la propriété privée devant la CEDH. Quant à la crainte de voir les États entravés dans leur indépendance normative à cause d'une dérive arbitrale, il est, pour l'heure, difficile de garantir qu'une stipulation conventionnelle renvoyant à un principe général de droit puisse avoir pour effet de rendre matériellement applicable l'instrument de base tout en limitant la portée de ce principe. À quel point cela peut-il alors être pertinent pour les parties d'affirmer qu'un État peut soumettre la propriété privée à *l'intérêt général*, et peut y porter atteinte dans une certaine mesure, « sans qu'aucune règle du droit international de l'expropriation indirecte ne l'oblige à s'acquitter du versement d'une compensation financière »<sup>519</sup>?

Pour le moment sans réponse, cette interrogation laisse plutôt supposer que ce qui serait à craindre, c'est moins le caractère non institutionnel de l'instance de règlement du contentieux que l'absence d'une règle de référence ou d'un critère de détermination de celle-ci<sup>520</sup>. À

---

<sup>518</sup> v. nos références citées *Supra* n° 443 et 444.

<sup>519</sup> A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 35.

<sup>520</sup> v. à cet effet les suggestions de, A., VON STADEN, «Faut-il faire preuve de déférence ? La légitimité et les critères d'examen dans l'arbitrage investisseur-État», *Investment Treaty News*, N° 4, vol. 2, Juillet 2012, p. 3-4; R., MOLOO, *Supra* n° 425, p. 5-6.

cet égard, il est heureux de constater que malgré les limites théoriques imposées au *principe d'équilibre* par la recherche de proportionnalité, celui-ci ne tardera pas à s'affranchir de son cadre de confinement pour désormais atteindre les tribunaux arbitraux relatifs à l'investissement. On peut donc considérer comme un signe positif le fait que: « Finally, investment arbitration tribunals link fair and equitable treatment to the concepts of reasonableness and proportionality »<sup>521</sup>.

Certes, avant l'étape la plus déterminante - consistant en la mise en œuvre du principe d'*équilibre* par les tribunaux arbitraux<sup>522</sup> - les premiers jalons de cette mise en œuvre en droit transnational ont d'abord été posés par la Convention signée à Washington le 18 mars 1965 sous l'égide de la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement (B.I.R.D.) en vue du règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)<sup>523</sup>.

### **3.2.2.- L'Équilibre des intérêts et la quête d'un encadrement juridique adapté à l'investissement étranger**

Face au double défi de protection de l'investisseur et de garantie des *intérêts* en présence, la *Convention de Washington* de juin 1965 va se fixer pour objectif «déclaré» de satisfaire - outre les motivations classiques de l'arbitrage international - à la condition spécifique que constitue la résolution de la question cruciale de *l'équilibre des intérêts* entre investisseurs et États en développement, dans un climat de confiance mutuelle qui permette de stimuler un plus large accès du capital

---

<sup>521</sup> S., W., SCHILL, «General Principles of Law and International Investment Law», in *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligation*, T., GAZZINI & E., De BRABANDERE (dir.), Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden-Boston, 2012, p. 177-178; v. également, S., NIKIEMA, *Supra* n° 36, p. 256-261; A., VON STADEN. *Ibid.*; R., MOLOO, *Supra* n° 425.

<sup>522</sup> v notamment la sentence *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, *Supra* n° 91; et pour des décisions similaires v. les affaires citées *Supra* n° 9, 10, 16-18.

<sup>523</sup> *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Convention CIRDI)* du 18 mars 1965, *Supra* n° 61.

international à ces États<sup>524</sup>. Un retour sur les travaux préparatoires à la mise en place de la Convention<sup>525</sup> permet de mieux comprendre les transformations observées dans sa mise en œuvre actuelle.

#### **a.- Bref rappel de l'historique de la Convention CIRDI**

Suite à l'annonce faite par son président en septembre 1961 à l'occasion de la session annuelle des Gouverneurs, la Banque mondiale avait affiché son ambition de réaliser un projet qui avait déjà connu, plusieurs tentatives infructueuses de la part d'institutions spécialisées. Fort de son expérience du règlement du contentieux relatif à l'investissement<sup>526</sup>, de l'autorité dont elle jouissait auprès des pays importateurs et exportateurs de capitaux, la Banque allait prendre l'engagement d'assurer la mise en place d'un système efficace de règlement

---

<sup>524</sup> v. CIRDI, « Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États » in *Convention et règlements du CIRDI, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, N.W., Washington, D.C., E.U.A., Doc CIRDI/15, Avril 2006; Doc. CIRDI/2, IIe Partie*, p. 2 & s.; CIRDI, *Rapport annuel 2004*, Washington DC, 2004, p. 6.

<sup>525</sup> v. *Historique de la Convention CIRDI. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention pour le règlement des différends relatifs à l'investissement entre États et ressortissants d'autres États*, Volume III, Publication du CIRDI, Washington DC, 1968, 867 pages.

<sup>526</sup> Pendant la décennie 50, la Banque et son président sont intervenus de diverses manières dans des contentieux d'investissement. Il s'agit notamment de l'affaire consécutive à la nationalisation et l'exploitation du pétrole en Iran par la loi Mossadegh du 15 mars 1951; l'affaire relative à la nationalisation du Canal de Suez où la Banque a accepté de fournir ses bons offices; l'affaire concernant le refus de paiement par la ville de Tokyo des annuités d'un emprunt émis en 1912 où le président de la Banque est intervenu en tant que conciliateur; et une série de différends opposant le Gouvernement Tunisien et des concessionnaires de service publics français. La Banque a également été encouragée à diriger ses efforts dans le sens du règlement des différends suite à la mise en vigueur par le Ghana d'une législation ayant trait aux investissements étrangers qui prévoit le règlement de certains différends relatifs aux investissements "par l'entremise" de la Banque Internationale. Parallèlement, le Maroc et un groupe d'investisseurs français ont chargé le Président de la Banque de nommer le Président d'un tribunal arbitral devant régler les différends pouvant surgir à propos d'une série de contrats à long terme. Il est intéressant à cet égard de souligner que les termes des règlements qu'acceptait la Banque démontraient un certain souci d'équilibre entre les intérêts des deux parties. (v. *Historique de la Convention CIRDI, Supra* n° 525, p. 59-60, et 251; v, également G., AMADIO, *Supra* n° 48, p. 53-56).



des différends et la mission confiée aux Administrateurs de la Banque. Certes, selon la résolution n° 174, le mandat des Administrateurs était «d'examiner l'utilité et la possibilité d'établir sous l'égide de la Banque un mécanisme institutionnel pour le règlement par voie de conciliation et d'arbitrage des différends relatifs aux investissements internationaux»<sup>527</sup>. Toutefois, dès le début des travaux préparatoires à la mise en place de la Convention, *l'équilibre des intérêts* a émergé comme une préoccupation sous-jacente à la quête d'un encadrement juridique adapté à l'investissement étranger<sup>528</sup>. D'une part, plusieurs délégués de l'Amérique Latine ont exprimé des réserves par rapport à certaines innovations que le projet s'efforçait d'apporter à l'orthodoxie juridique internationale, et ont manifesté un certain malaise au sujet de la limitation à la souveraineté de leur pays que cela risque d'entraîner<sup>529</sup>. Tel que cela avait été rapporté:

La Convention proposée a pour but de donner un effet obligatoire international à la limitation de souveraineté qui découle du consentement donné par un État en application de la Convention de soumettre à l'arbitrage un différend avec un investisseur étranger. Comme corollaire du principe qui permet à un investisseur de s'adresser directement et efficacement à un État étranger sans l'intervention de son État national, il est proposé - et ceci est une innovation importante - que l'État national de l'investisseur ne puisse plus épouser la revendication de son national. De cette manière on s'est efforcé d'empêcher que les États n'aient à faire face à une multiplicité de demandes et de demandeurs. La Convention offre donc le moyen de régler directement, au niveau juridique, les différends relatifs aux investissements entre l'État et l'investisseur étranger, et isole ces différends du domaine de la politique et de la diplomatie.<sup>530</sup>

D'autre part, on a souligné à plusieurs reprises la crainte des investisseurs de voir leurs investissements exposés à des risques de spoliation et d'expropriation, compte tenu des agissements imputables à l'État hôte : non-observance par le gouvernement hôte des engagements contractuels,

---

<sup>527</sup> v. *Résolution n° 174 adoptée le 18 septembre 1962 par le Conseil des Gouverneurs lors de la 17<sup>e</sup> Assemblée Annuelle à Washington DC*; v. par ricochet la *Résolution n° 214, du 10 septembre 1964 portant approbation du Rapport des Administrateurs en date du 6 août 1964, CIRDI, in Convention et règlements du CIRDI, Supra n° 524, p. 38.*

<sup>528</sup> v. *Historique de la Convention CIRDI, Supra n° 525.*

<sup>529</sup> Lors notamment de la réunion de Santiago du Chili du 3 février 1964, (v. *ibid.*, p. 131).

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 61.

interventions intempestives des entités étatiques, renversement ou remise en cause de l'ordre juridique interne, instabilité juridique permanente<sup>531</sup>. Il a alors fallu que les initiateurs - par la voie du conseiller juridique principal de la BIRD - reconnaissent d'entrée de jeu que le projet doit « tenir compte aussi bien des intérêts légitimes des pays importateurs de capitaux que de ceux des investisseurs »<sup>532</sup>. Avant d'être ainsi entérinée par M. A. Broches dans sa remarque conclusive à la réunion de Genève, la nécessité d'arriver à un système *équilibré* - qui assure le respect de la souveraineté des pays importateurs de capitaux et qui accorde aux investisseurs la protection à laquelle ils ont droit - a d'abord été rappelée par la délégation française<sup>533</sup>. Elle a ensuite été relayée par le ministre des finances de Thaïlande dans son discours d'ouverture à la réunion consultative de Bangkok :

Il faut parvenir à un équilibre entre le désir légitime des investisseurs étrangers d'assurer la protection de leurs investissements et la crainte des pays importateurs de capitaux d'un empiètement sur leur souveraineté et sur leur liberté d'action<sup>534</sup>.

Toutefois, *l'équilibre des intérêts* n'apparaîtra finalement pas dans le projet de texte en discussion ni dans le texte définitif de la Convention, mais force est de constater que c'est sous le prisme de ce principe que seront élaborées les dispositions les plus importantes du projet. Cette constatation a d'ailleurs été admise et est soigneusement consignée dans le rapport des Administrateurs de la BIRD:

Bien que l'objectif de la Convention soit d'encourager l'investissement privé international, les dispositions de la Convention sont conçues en vue de maintenir *l'équilibre entre les intérêts* des investisseurs et ceux des États hôtes<sup>535</sup>.

---

<sup>531</sup> Ibid., p. 132 et s.

<sup>532</sup> Ibid., p. 362.

<sup>533</sup> Ibid., p. 136.

<sup>534</sup> Ibid., p. 248.

<sup>535</sup> Ibid., p. 41. [Italique ajoutée].

Une doctrine autorisée avait d'ailleurs pris le soin d'indiquer que ces dispositions constituaient une limite à la réciprocité des droits et obligations des parties en vue de réaliser un juste *équilibre* des intérêts en jeu<sup>536</sup>. Au nombre de ces dispositions, il y a celles relatives à la renonciation à l'exercice de la protection diplomatique à l'endroit d'un ressortissant<sup>537</sup>, le non-épuisement des recours internes<sup>538</sup>, et tout particulièrement le consentement des parties (spécifiquement de la partie étatique) à l'arbitrage<sup>539</sup>.

En effet, compte tenu des expériences antérieures (relatives notamment au fardeau de la protection diplomatique et à la désaffection des États pour la justice internationale en général, la suspicion des investisseurs étrangers à l'égard des juridictions locales des pays en développement et leur refus de s'y soumettre en particulier)<sup>540</sup>, il fallait d'abord dégager des règles et principes favorables à *l'équilibre* des relations économiques entre les deux parties. Cet ajustement était devenu nécessaire afin de sortir le contentieux d'investissement des contingences étatiques. Or, cela n'aurait pas été possible sans une double abdication : l'État hôte renonce momentanément à son *for* interne en acceptant de se soumettre à la juridiction arbitrale sous l'égide du CIRDI et l'État dont l'investisseur est le ressortissant suspend la possibilité de lui accorder la protection diplomatique. Cette constatation résume - pourrait-on dire - le soubassement sur lequel a été échafaudé le système CIRDI *d'équilibre* entre les *intérêts* de l'investisseur et ceux de l'État. Un rappel synthétique de ses traits caractéristiques permet de constater que :

---

<sup>536</sup> v. P., REUTER, *Supra* n° 20, p. 19-20; v également, A., BROCHES, « The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States », *RCADI*, 1972 (II), vol. 136, p. 375 et s.; J.-P., LAVIEC, *Supra* n° 20, p. 274.

<sup>537</sup> v. l'article 27 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, *Supra* n° 61.

<sup>538</sup> *Ibid.*, article 26.

<sup>539</sup> *Ibid.*, article 25 (1).

<sup>540</sup> v. G., AMADIO, *Supra* n° 48, p. 25 et s.; J.-P., LAVIEC, *Supra* n° 20, p. 3 et s.; Ph., KAHN, *Supra* n° 54, p. 338; Ch., LEBEN, *Supra* n° 458, p. 216 et s.

[...] la saisine du CIRDI était confiée tant à l'État hôte qu'à l'investisseur étranger; la possibilité de mettre en œuvre la sentence dans toute partie contractante était censée avoir été prévue pour favoriser l'État hôte créancier; la compétence du CIRDI était consensuelle; l'État hôte pouvait maintenir la règle de l'épuisement des recours internes<sup>541</sup>.

Sur cette base, on pouvait alors affirmer que «la *Convention CIRDI* n'était pas déséquilibrée en faveur des investisseurs étrangers »<sup>542</sup> et qu'elle « se caractérise moins par une réciprocité diplomatique formelle entre les États-parties que par un souci d'équilibre, aussi rigoureux que possible, entre les droits et obligations des parties à un différend États et investisseurs étrangers »<sup>543</sup>. Seulement voilà, le visage du contentieux international relatif à l'investissement va connaître une remarquable évolution avec l'entrée en scène de l'arbitrage transnational unilatéral. Le constat que l'on s'achemine vers «une sorte de juridiction générale»<sup>544</sup> pour les litiges mettant en cause un investisseur et un État était devenu patent - notamment avec la reconnaissance conventionnelle du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. On pourrait en rajouter qui creuse davantage le fossé du déséquilibre : l'État hôte ne peut plus être créancier mais seulement débiteur des sentences rendues à la seule initiative de l'investisseur étranger; le consensualisme qui caractérise la compétence du CIRDI est désormais remis en question; la règle de l'épuisement des recours internes est de moins en moins prise en compte par les traités d'investissement<sup>545</sup>. Tout cela semble de nouveau justifier la préoccupation de trouver une parade contre les recours «abusifs» contre l'État ainsi que la thèse d'un

---

<sup>541</sup> Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 20 à la p. 238.

<sup>542</sup> *Ibid.*

<sup>543</sup> J.-P., LAVIEC, *Supra* n° 20, p. 274.

<sup>544</sup> B., STERN, «Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires ?» in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Litec-CREDIMI, Paris, 2000, p. 242.

<sup>545</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 20 aux p. 238-239.

«Désordre normatif»<sup>546</sup> induisant la recherche d'un «équilibre perdu»<sup>547</sup> qu'il eut été gauche d'ignorer<sup>548</sup>.

### **b.- Un bouleversement des conceptions habituelles du consentement en rupture avec l'équilibre consensuel initialement mis en place par la Convention CIRDI**

Au regard de l'historique de la *Convention de Washington* et compte tenu du grand poids accordé au consentement des parties, il ressort que l'avènement de l'arbitrage transnational unilatéral marque une rupture d'avec le principe d'*équilibre* contrairement à ce qui avait été préconisé lors des travaux préparatoires. Tel que l'avait reconnu l'ancien Secrétaire général du CIRDI Antonio Parra, relayant l'un de ses prédécesseurs Aron Broches<sup>549</sup>, cela bouleverse les conceptions jadis habituelles du consentement des parties à l'arbitrage:

With the hug and still growing number of highly generalized consents by States, this puts the requirement of mutual consent in a new light, quite for removed from traditional contractual conceptions of arbitration<sup>550</sup>.

Ce point de vue est partagé par une partie de la doctrine; certains y voyant « une subversion de la souveraineté par les opérateurs économiques »<sup>551</sup>, d'autres une « banalisation de la saisine unilatérale par l'investisseur »<sup>552</sup> ou encore une sorte d'*instrument de contrôle du respect par les États de la légalité dans le domaine économique* »<sup>553</sup> plutôt que d'être l'instrument de

---

<sup>546</sup> v. F., HORCHANI (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, A. Pedone, Paris, 2007.

<sup>547</sup> v. W., BEN HAMIDA, *Supra* n° 20; et pour une confirmation de la nécessité d'une recherche d'équilibre v. C., LÉVESQUE, *Supra* n° 25, p. 64.

<sup>548</sup> v. la position contraire de D., CARREAU et P., JUILLARD, *Supra* n° 56, p. 463.

<sup>549</sup> v. *Historique de la Convention CIRDI*, *Supra* n° 525, aux p. 68, 371, 262.

<sup>550</sup> A., PARRA, «Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment», *ICSID Review/Foreign Investment Law Journal*, 1997, vol. 12, p. 287; « The role of ICSID in Settlement of Investment Disputes », *News from ICSID*, 1999, vol. 16, n 1, p. 7.

<sup>551</sup> B., STERN, *Supra* n° 544, p. 242.

<sup>552</sup> G., BURDEAU, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, p. 4.

<sup>553</sup> *Ibid.*, p. 21.

contrôle du respect des stipulations contractuelles que cela était supposé être. Certes, il faut observer que les statistiques confirment la tendance à une cristallisation du recours direct à l'arbitrage CIRDI<sup>554</sup>. Sur les 803 affaires enregistrées ou administrées par le CIRDI au 31 décembre 2020, 77 % ont été introduites sur le fondement d'un AII (comme instrument invoqué pour établir le consentement à la compétence du CIRDI) et 8 % pour les lois sur l'investissement de l'État hôte, contre seulement 15 % pour les contrats d'investissement<sup>555</sup>. Ce qui semblait être une transgression de l'esprit de la Convention en devient ainsi la règle. Selon une analyse très éclairante,

On se trouve en présence d'une situation quelque peu déséquilibré et en tout cas inhabituelles dans le cadre de l'arbitrage traditionnel, dans laquelle le déclenchement de la procédure est à la disposition d'une seule des parties (l'investisseur) et non pas des deux puisque seul l'État a accepté par le traité de se soumettre à l'arbitrage du CIRDI vis-à-vis de n'importe quel investisseur ressortissant de l'autre partie qui en ferait la demande. La rencontre des consentements, nécessaire selon la Convention de Washington, pour soumettre le différend au CIRDI, s'opère non pas par un accord entre les parties au litige, mais par la décision de l'investisseur de bénéficier d'une offre générale, permanente et non individualisée de se soumettre à l'arbitrage<sup>556</sup>.

Cette réalité est apparue pour la première fois avec l'affaire du plateau des pyramides *SPP*<sup>557</sup> mais elle a pris un tournant décisif avec l'affaire *AAPL*<sup>558</sup>. Pour un rappel des faits, le 8 juillet 1987, la société Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL), société de droit de Hong Kong, a saisi le CIRDI d'une demande tendant à voir condamner la République de Sri

---

<sup>554</sup> *Affaires du CIRDI – Statistiques, Numéro 2021-1*, p. 11, CIRDI, Groupe de la Banque mondiale, [WWW.ICSID.WORLDBANK.ORG](http://WWW.ICSID.WORLDBANK.ORG) (Consulté, le 20 avril 2021).

<sup>555</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>556</sup> G., BURDEAU, *Supra* n° 552, p. 15.

<sup>557</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte*, Décisions sur la compétence des 27 novembre 1985 et du 14 avril 1988, 3 *ICSID Report* 112 et 131 (1995); v. extraits dans E., GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, A., Pedone, Paris, 2004, p. 347-361.

<sup>558</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, 30 *ILM* 577 (1991); v. extraits dans *JDI*, 1992, p. 215, chronique E., GAILLARD; E., GAILLARD, *ibid.*, p. 323-44; v. aussi [ita1034.pdf\(italaw.com\)](http://ita1034.pdf(italaw.com)).

Lanka au paiement de la somme de 8067368 dollars US, à la prise en charge d'une garantie de 888000 dollars US et aux intérêts correspondant à ces montants. Cette demande tendait à la réparation du préjudice que AAPL aurait subi du fait de la destruction - au cours d'une opération militaire conduite le 28 janvier 1987 par les forces de sécurité du Sri Lanka contre des installations utilisées par des rebelles - du principal centre de production de la société de culture de crevettes Serendib Seafoods Ltd, société de droit local dans laquelle AAPL avait procédé à un investissement approuvé par les autorités du Sri Lanka. La saisine du CIRDI se fondait essentiellement sur le TBI conclu le 13 février 1980 entre le Royaume-Uni et le Sri Lanka et étendu à Hong Kong par un échange de notes - suivant la formule désormais classique,

Each Contracting Party hereby consents to submit to the, international Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration Convention on the Settlement of Investment Disputes between Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 march 1965 ( ) any legal disputes arising between that Contracting Party and or company of the other Contracting Party concerning an investment latter in the territory of the former<sup>559</sup>.

L'essentiel de l'argumentation des parties portant sur l'interprétation des dispositions du TBI, le Tribunal arbitral a dégagé, avant de statuer sur le fond, un certain nombre de règles d'interprétation. Et, à la question cruciale de savoir si la formule retenue par la disposition précitée (relative à la compétence du CIRDI) doit-elle être interprétée comme constituant de la part de l'État un simple engagement d'insérer une clause d'arbitrage CIRDI dans tout contrat que celui-ci serait amené à conclure avec un investisseur ou créait-elle un engagement direct pour l'État de se soumettre à l'arbitrage CIRDI dans tout litige l'opposant à un investisseur,

---

<sup>559</sup> Article 8(1) de l'*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments*, Colombo. 13 February 1980, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2293/download> .

la réponse du Tribunal arbitral a été sans équivoque: celui-ci ayant admis la recevabilité de la requête présentée à l'encontre de l'État en s'appuyant simplement sur le fait que la demande d'indemnisation présentée par AAPL aux autorités Sri Lankaises était restée sans réponse pendant le délai de trois mois prévus pour parvenir à un accord avant la soumission au CIRDI de tout différend. Cette décision est intervenue en l'absence de tout lien contractuel préalable pouvant exister entre l'investisseur et l'État du Sri Lanka et sans qu'aucun compromis d'arbitrage ait été signé par les parties.

Un parallèle avec la formule de la clause facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ permet de constater qu'il s'agit là d'une procédure de soumission à un règlement obligatoire, plus contraignante pour la partie étatique qu'elle semble tout à fait originale - comme l'est le mécanisme de recours individuel prévu par la Convention européenne des droits de l'homme <sup>560</sup>. Or, tel que précédemment rappelé, il ressort des travaux préparatoires que la plupart des PVD étaient quant à eux soucieux de leur souveraineté et ne voulaient pas accepter le risque d'être soumis à un arbitrage obligatoire sans un consentement spécifique et réciproque<sup>561</sup>. La sentence AAPL a, malgré cela, fait école auprès des tribunaux arbitraux au point de provoquer l'éclosion à laquelle nous assistons présentement en ce qui concerne la compétence du CIRDI. Certes, convient-il également de le rappeler, l'impact de l'interprétation retenue dans l'affaire AAPL découle également du fait qu'au cours des travaux préparatoires, les débats ont généré un malentendu qui n'a pas été évacué jusqu'à l'adoption de la Convention et de son article 25 relatif à la compétence du centre. Ce malentendu a, au contraire, subsisté au-delà de la confrontation de positions dont la plupart ne se recourent pas nécessairement: certains ayant à l'esprit l'exigence d'un consentement spécifique des parties, et

---

<sup>560</sup> Sur cet aspect de la discussion, v. G., BURDEAU, *Supra* n° 552, p. 15-16.

<sup>561</sup> v. *Historique de la Convention CIRDI*, *Supra* n° 525, aux p. 131-136, 362, 371 et s.



miseraient sur la probabilité d'un contentieux contractuel essentiellement soumis à l'arbitrage CIRDI sur la base d'un compromis entre un État et un investisseur; d'autres prônant l'idée d'une acceptation ouverte de l'État relativement à des litiges prédéterminés, avec la possibilité que ceux-ci soient les seuls litiges contractuels ou qu'ils s'étendent à tous les litiges relatifs à un investissement<sup>562</sup>.

### **Conclusion du Chapitre 3**

Tel que cela ressort des paragraphes qui précèdent, ce sont les caractéristiques propres du droit international des investissements qui commandent de faire émerger un principe modérateur qui lui soit consubstantiel; c'est-à-dire un principe qui est à la fois une émanation du droit et qui est de nature suffisamment souple pour que sa mise en œuvre puisse être inférée pour des raisons de politique juridique ou différée pour des raisons de politique juridictionnelle. Dans le premier cas, le recours à *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements s'accompagne nécessairement d'une préoccupation majeure: l'urgence d'une démarcation d'avec la protection asymétrique des *intérêts* et la recherche d'un corps de règles à vocation universelle en vue de l'apaisement des relations d'investissement. À cet égard, il est à noter que l'une des contributions majeures de la *Convention de Washington* aura surtout été d'avoir mis en place un système qui se démarque nettement de « l'arbitrage commercial international » au sens classique du terme en ménageant la souveraineté de l'État et en donnant à l'investisseur un accès direct à une juridiction arbitrale internationale. Dans le second cas toutefois, le fait d'exercer ce droit en passant outre l'acceptation de l'État d'accueil ne semble guère impliquer une conséquence immédiate malgré sa contradiction avec l'esprit de la Convention. En d'autres termes et plus

---

<sup>562</sup> Ibid., p. 371 et s.

amplement lorsqu'on prend en considération le réseau particulièrement dense de TBI, l'insertion généralisée de la clause d'arbitrage CIRDI dans les AII donne un cachet irréversible à ce qu'on a pu qualifier de « banalisation du droit pour l'investisseur de recourir de manière unilatérale à l'arbitrage contre l'État d'accueil »<sup>563</sup> et qui, davantage, constitue une remise en cause sur le plan pratique du système d'équilibre initialement voulu et mis en place par les initiateurs de la Convention du CIRDI. Cette extension du phénomène au niveau des règles de fond comporte certes une dimension symétrique mais, à l'analyse, elle se traduit par une asymétrie des droits et intérêts des parties dans les AII.

---

<sup>563</sup> v. G., BURDEAU, *Supra* n° 552, p. 20.

## Chapitre 4

# L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET LA BILATÉRALISATION DES AII

Aussi bien en droit interne, en droit international général, qu'en droit international des investissements, l'opérationnalisation de l'*équilibre des intérêts* peut exiger l'abandon de la réciprocité-égalité et se traduire par l'édiction de règles particulières en vue de réduire les inégalités systémiques<sup>564</sup>. Il faut à cet égard observer que c'est mues par le besoin d'*équilibre* entre les droits et obligations des parties que les dispositions de la *Convention de Washington* ont finalement été édictées de manière à constituer une limitation au libre jeu de la réciprocité formelle entre les États-parties. On pouvait alors s'attendre à voir l'une des parties renoncer à l'exercice de la protection diplomatique à l'endroit de son ressortissant<sup>565</sup> tandis que l'autre abdique la règle du *for*<sup>566</sup> ou encore accepte le non-épuisement des recours internes par l'investisseur<sup>567</sup>. Toutefois, la vigueur de ces dispositions sera atténuée, amoindrie sur le plan de la pratique par une interprétation audacieuse (puisque contraire à l'esprit de la Convention) de la clause d'arbitrage CIRDI habituellement insérée dans les TBI et dont la conséquence directe a été la généralisation de « *l'Arbitration without privity* » (l'arbitrage transnational unilatéral). Plus préoccupant à cet égard est le résultat plutôt paradoxal de l'expansion de la clause d'arbitrage CIRDI dans les AII : celui de ne pas réussir à transformer en un régime plus équilibré le faisceau de TBI alors en place et qui constituait la première génération d'AII. Non seulement la protection asymétrique des droits et intérêts qui caractérisait les TBI demeure, mais

---

<sup>564</sup> v. nos développements antérieurs, notamment aux sous-sections 1.2.2.; 2.1.3. et 3.2.2.

<sup>565</sup> v. l'article 27 de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, *Supra* n° 61.

<sup>566</sup> *Ibid.*, article 42.

<sup>567</sup> *Ibid.*, article 26.

également le contrepoids à cette asymétrie que semblait représentée l'extension des dispositions d'une convention plus équilibrée (la *Convention de Washington*) dans celles qui le sont moins (les TBI) n'aura été qu'un mirage **(4.1.)**.

Parallèlement, un examen des principales caractéristiques de l'univers des AII laisse entrevoir quelques difficultés au niveau de l'encadrement actuel:

Le système des AII devient *de plus en plus atomisé, complexe et hétérogène*. Il représente des milliers d'accords pour lesquels aucune coordination à l'échelle du système n'a été prévue. [...] Le système montre une certaine uniformité au centre, mais une hétérogénéité croissante à la périphérie<sup>568</sup>.

Il serait dès lors intéressant de chercher à savoir en quoi une prise en compte analogue des objectifs de promotion et de facilitation - en vue d'une plus grande compatibilité entre les obligations souscrites et la capacité réelle des États à les assumer - permet-elle de mieux cerner la réalité de l'équilibre effectif entre les *intérêts* en présence dans une relation d'investissement **(4.2.)**.

#### **4.1.- La prépondérance conventionnelle du système des AII et l'asymétrie des droits et obligations conventionnels**

Ni la prépondérance conventionnelle du système, ni la réciprocité-identité comme base à la modulation des droits et obligations conventionnels ne sont plus à démontrer. Selon la CNUCED qui distingue entre les accords de première génération (1959-2010) et ceux de la génération récente (depuis 2011)<sup>569</sup>, les premiers perpétueraient les incohérences du système compte tenu de leur effectif (plus de 2432 contre

---

<sup>568</sup> CNUCED, *Définition de règles internationales en matières d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, *Supra* n° 65 à la p.1-2 ; v. aussi BURDEAU, *Supra* n° 552, p. 20 et s.; C., HENCKELS, "Balancing Investment Protection and the Public Interest : The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration", 4 *Journal of International Dispute Settlement* 197 (2013).

<sup>569</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2017, p. 122 (et plus précisément voir le tableau des réformes: « *Table III.4. Reform-oriented elements in IIAs – comparison of "old" and "new" BITs* »).

seulement 110 pour les seconds)<sup>570</sup> et compte tenu de l'intensification du contentieux ainsi que des inquiétudes qu'elle suscite<sup>571</sup>. Même si le besoin d'une systématisation de l'analyse se fait surtout ressentir dans le domaine du contentieux d'investissement relatif à l'environnement, il convient d'admettre que celui-ci procède également du fait que,

Si presque tous les pays sont parties à un ou plusieurs AII, nombre d'entre eux sont mécontents du régime actuel. Leurs motifs d'inquiétude portent essentiellement sur la contribution de ces accords au développement, sur *l'équilibre entre les droits et les obligations des investisseurs et des États* et sur la complexité systémique du régime des AII <sup>572</sup>.

L'appel à la refonte du régime lancé à la suite de cette constatation<sup>573</sup> ne semble guère excessif à l'effet de contrer une perte éventuelle de la perspective globale du droit international des investissements<sup>574</sup>. Généralement perçue comme une source d'instabilité, la prépondérance conventionnelle du système est également considérée comme son premier facteur de déséquilibre<sup>575</sup> et recouvre un élément nouveau qu'il convient de signaler. Au cours des trente dernières années, les accords internationaux sur l'investissement entre pays en développement ont considérablement augmenté, tant en chiffre absolu qu'en extension géographique. Le nombre de traités bilatéraux d'investissement entre pays en développement est passé de 47 en 1990 à 603 à la fin de 2004 intéressant 107 pays<sup>576</sup>. Les accords de libre-échange, de commerce et d'investissement ont également

---

<sup>570</sup> Ibid. p. 122.

<sup>571</sup> v. CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2. Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entreprenariat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable*, Cinquième session, Genève, 9-11 octobre 2017, Document TD/B/C.II/MEM.4/14, p. 3.

<sup>572</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2014, Vue d'ensemble. L'investissement au service du développement durable: un plan d'action*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2014, p. 25 [Italique ajoutée].

<sup>573</sup> Ibid.

<sup>574</sup> v. *Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, *Supra* n° 177, p. 11.

<sup>575</sup> v. S., BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 17 et s.

<sup>576</sup> v. CNUCED, *Coopération Sud-Sud dans le domaine des accords internationaux d'investissement*, NATIONS UNIES, NY & Genève 2005, p. 1-4.

augmenté dans les années 90 pour dépasser le chiffre de 367 en 2016<sup>577</sup> contre 73 en 2004<sup>578</sup>. En somme, les TBI représentent aujourd'hui environ 90% de l'effectif total des AII, soit 2943 TBI sur 3360 AII<sup>579</sup>. Même si depuis 2012, la tendance va en s'atténuant au profit des accords régionaux<sup>580</sup>, la bi-latéralisation des traités d'investissement demeure une donnée constante de l'analyse. Il y a ensuite, le fait que la nécessité de la coopération internationale dans le développement et le rôle joué dans ce domaine par les investissements privés, tirent leur justification non seulement de la disparité des parties mais également des buts divergents qu'elles poursuivent. Il est difficile à cet égard de parvenir à construire un modèle unique de traité pouvant répondre à la fois aux besoins de toutes les parties impliquées dans une relation d'investissement. Cela explique en partie les tentatives infructueuses dans la mise en place d'un accord multilatéral sur l'investissement et, par ricochet, l'essor des TBI. À cela s'ajoute le fait que, de par leur nature synallagmatique et au-delà du cadre de négociation de ces accords, le libre jeu de la réciprocité peut s'en trouver exacerbé. Toutefois, c'est l'effet condensé de ces deux considérations sur la balance des intérêts qui retiendra premièrement notre attention (4.1.1.).

Ensuite, il faut observer que l'expansion de la clause d'arbitrage CIRDI dans les AII n'étant pas un phénomène isolé, l'extension subséquente des dispositions de la *Convention de Washington* dans ces accords révèle une contradiction. Celle-ci tient essentiellement au fait que les TBI prévoient généralement une réciprocité formelle par identité de

---

<sup>577</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 110.

<sup>578</sup> v. *Coopération Sud-Sud dans le domaine des accords internationaux d'investissement*, *Supra* n° 576, p. 1-4.

<sup>579</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2021. Investing in sustainable recovery*, UNCTAD/WIR/2021, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2021, p.122-3. Ce rapport était sensiblement le même en 2017, soit 2957 TBI sur 3324 AII (v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p.110).

<sup>580</sup> L'année 2012 a enregistré le plus petit nombre annuel d'accords signés en un quart de siècle (v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2013, Vue d'ensemble, Les chaînes de valeurs mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2013, p.17).

droits et obligations entre les États-parties alors que les dispositions de la *Convention de Washington* sont plutôt formulées de manière à aboutir à un abandon de cette réciprocité par la mise en place de concessions diverses en vue d'un plus juste *équilibre*. Cette adjonction de deux types de dispositions en un instrument unique (un TBI) ne s'est pas soldée par une fusion de l'esprit et de la lettre des principes et règles incorporés. La métamorphose au niveau de l'instrument initial – et au détriment de ses dispositions asymétriques – ne s'est pas réalisée. Au lieu d'un abandon de la réciprocité-identité se traduisant par l'admissions de règles préférentielles, on assiste plutôt à une sorte de captation artificielle sans une réelle altération des inégalités réelles induites par le formalisme du jeu de la réciprocité au niveau des dispositions existantes (4.1.2.).

#### **4.1.1.- Le *synallagma* des AII et la réciprocité des droits et obligations conventionnels : effets cumulatifs sur l'*équilibre* interne des TBI**

Comme c'est le cas au niveau mondial avec les accords économiques et commerciaux, les droits et obligations des parties sont modulés sur la base du *do ut des* dans la grande majorité des traités de promotion et de protection réciproque des investissements. Outre la nature synallagmatique de ces accords, leur structure générale demeure la réciprocité-égalité s'insérant dans un cadre essentiellement bilatéral et pouvant s'illustrer par les TBI de la première génération. Or, tel que nous l'avons souligné et longuement démontré<sup>581</sup>, dans un contexte d'inégalité de fait entre les parties, la réciprocité peut devenir une source de déséquilibre et d'inégalité juridique radicale lorsqu'elle est conçue de manière formelle, se traduit par une transposition pure et simple de droits et obligations des parties, et aboutit à une identité des prestations donc, au maintien des privilèges mutuels sans une réelle compensation entre les situations de départ. *A contrario*, une prise en compte simultanée de

---

<sup>581</sup> v. notre développement antérieur à la première section du chapitre 2<sup>ème</sup> (Section 2.1.).

l'égalité dans les droits et obligations des parties et de l'inégalité de leurs conditions d'exercice - se traduisant par la modulation des droits et obligations conventionnels en fonction du niveau et des besoins de développement économique des États-parties - permet une réalisation concrète de l'équilibre entre les intérêts en présence. Le principe d'équilibre apparaît à cet égard comme un principe moralisateur des AII et son rôle dans l'apaisement de l'atmosphère de tension qui a toujours caractérisé les relations d'investissement invite davantage à en saisir le lien avec la nature et l'essor de ces accords - en particulier des TBI. Autrement dit, après avoir longtemps soutenu que les TBI seraient « une garantie efficace des investisseurs contre les abus et excès de pouvoir d'autorités publiques dont les marges d'appréciation et de discrétion ne font l'objet que d'un contrôle trop restreint de la part des tribunaux locaux »<sup>582</sup> - certains allant jusqu'à y voir le gage d'une « bonne gouvernance », un moyen de « pression utile » sur les États<sup>583</sup> - peut-on aujourd'hui concevoir qu'il existe un bilatéralisme éclairé et d'utilité constante pour l'équilibre des intérêts en droit international des investissements ?

Quoi que de manière brusque, la réponse à cette interrogation avait été formulée par le professeur Juillard dans son cours à l'Académie de droit international: « Un usage judicieux du bilatéralisme, surtout s'il est concerté et « modélisé » dans un cadre restreint sert mieux la communauté des intérêts qu'une action irréfléchie à l'échelle mondiale »<sup>584</sup>. Cette conjecture semble encore d'actualité mais pour des raisons autres que celles qui viennent d'être évoquées<sup>585</sup>. Partons de la perception originelle de la question selon laquelle, une convention réciproque est « un accord

---

<sup>582</sup> v. B., POULAIN, « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *RGDIP*, 2007-4, p. 805.

<sup>583</sup> v. Th., WÄLDE, « The Specific Nature of Investment Arbitration », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph., KAHN et Th., WÄLDE (dir.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 47.

<sup>584</sup> P., JUILLARD, « L'évolution des sources du droit des investissements », *RCADI*, 1994 (VI), 250, p. 106. [Italiques ajoutées].

<sup>585</sup> Ibid.



interétatique, conclu entre un pays développé, exportateur d'investissements, et un pays en développement, importateur d'investissements »<sup>586</sup>. Le présupposé derrière cette conception est que la convention d'investissement repose « sur un équilibre des prestations et de contre-prestations, sur un *do ut des* » qui est nécessairement différent de celui que l'on trouve dans les instruments non réciproques<sup>587</sup>. À quel niveau se situerait alors la différence entre une convention de promotion et de protection réciproque des investissements et un TBI non réciproque. Selon cet auteur, « La rédaction des instruments réciproques tient compte [...] du glissement qui se produit d'une forme *d'équilibre* à une autre forme *d'équilibre* »<sup>588</sup>. Cette conception de la notion *d'équilibre* comme étant la base immuable de la réciprocité n'a peut-être rien de révolutionnaire, mais elle mérite d'être clarifiée. Il faut en effet rappeler que dans le cadre des relations bilatérales, c'est le *quid pro quo* de la réciprocité qui fonde l'accord entre les parties et qui marque l'unité fondamentale du traité. La nature synallagmatique des conventions bilatérales d'investissement repose dès lors sur la notion de réciprocité: réciprocité dans les concessions, mais réciprocité également des engagements. Seulement, lorsqu'on prend en considération le contexte de réalisation des obligations conventionnelles, ainsi que la situation économique de chaque partie, il devient difficile de ne pas entrevoir une asymétrie pouvant induire une modification de la balance aussi bien dans le temps que d'un instrument à un autre. *L'équilibre réciproque* à la base d'un accord d'investissement est dès lors sujet à plusieurs types de variations du fait notamment: des inégalités naturelles entre les parties, des amendements au traité, une dilution du lien contractuel à travers le jeu des réserves, ... etc. En considérant le fait que ces variations peuvent se particulariser à un rythme élevé, il semble malaisé pour le juriste de garantir la cohésion interne de ces traités. Le

---

<sup>586</sup> Ibid., p. 115.

<sup>587</sup> Ibid.

<sup>588</sup> Ibid., p. 116.

professeur Reuter écrivait dans son cours à l'Académie de droit international que:

La condition de réciprocité qui est de l'essence même de l'engagement contractuel soulève aussi certaines difficultés. Si par réciprocité on entend simplement la règle aux termes de laquelle une partie ne peut exiger l'exécution d'un contrat qu'elle a violé ou qu'elle n'a pas l'intention d'exécuter elle-même, elle n'est pas discutable et répond alors plus simplement à ce que l'on appelle l'exception *non adimpleti contractus*. Mais si elle proclame sous une forme indéterminée une règle d'équivalence dans les avantages, ses effets sont nécessairement sujets à controverse <sup>589</sup>.

La précaution est donc utile de considérer que la forme des AII correspond davantage à l'état d'avancement des relations économiques internationales que ces accords sont devenus la source principale du droit international des investissements. Autrement dit, entre les traités synallagmatiques et les rapports « égalitaires » des États, il y a une « parfaite adéquation liée à l'idée de réciprocité »<sup>590</sup>; celle-ci constituant, à la fois, le moteur en même temps que le régulateur des mécanismes d'*équilibre* d'un cadre juridique à un autre. Aussi, peut-on aujourd'hui observer que, même dans l'hypothèse d'un partenariat régional, transatlantique voire plurilatéral, le caractère mutuel des engagements entre États subsiste-t-il toujours. Du point de vue purement théorique, l'égalité souveraine des États transforme ces rapports mutuels en rapports réciproques en vue de l'*équilibre* non seulement entre les droits et obligations de chacun, mais aussi, entre les droits des uns et ceux des autres. Certes, dans la pratique, des distorsions naturelles, géographiques ou économiques peuvent rendre cette construction infructueuse surtout lorsqu'il s'agit de s'appuyer sur une réciprocité formelle pour arriver à un *équilibre* réel. Les péripéties autour de la renégociation de l'ALENA – et qui ont donné naissance à l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*<sup>591</sup> – tout comme la dénonciation récente du PTP par les États-Unis d'Amérique sont une illustration de cette

---

<sup>589</sup> P., REUTER, *Supra* n° 98 à la p. 568.

<sup>590</sup> v. E., DECAUX, *Supra* n° 291 à la p. 54.

<sup>591</sup> v. *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, *Supra* n° 33.

constatation<sup>592</sup>. Dans ces conditions, il semble judicieux de rechercher un *équilibre* par l'équivalence des droits et obligations en tenant compte de l'absence de symétrie entre les parties. On cite souvent comme exemple la situation des États dépourvus de littoral. Parfois, la dissymétrie peut résulter d'un cumul de facteurs. C'est le cas de nombreux accords bilatéraux de pêche conclus entre la Communauté européenne et certains pays d'Afrique. Il s'agit des accords APP de partenariat dans le secteur de la pêche qui résultent de la réforme de 2002 relative à la politique commune de la pêche (PCP) et du sommet de Johannesburg sur le développement durable<sup>593</sup>. La plupart de ces accords ont été adoptés sur la base des *conclusions 11485/1/2004 du Conseil sur la communication de la Commission relative à un cadre intégré applicable aux accords de partenariat dans le domaine de la pêche conclus avec les pays tiers*<sup>594</sup>. En vertu de ces accords, la flotte européenne a obtenu un accès à l'excédent de pêche dans une « zone économique exclusive » (ZEE) de la plupart des pays d'Afrique (Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gabon, Gambie, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Madagascar, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mozambique, Sénégal), des Caraïbes et du Pacifique (ACP), ainsi que du Groenland<sup>595</sup>. On peut se demander quelle contrepartie effective il y aurait pour ces pays à obtenir un accès dans les eaux territoriales européennes pour des flottilles de pêche qu'ils n'ont pas encore, alors même que leurs eaux sont plus poissonneuses que celles des pays européens. Certes, l'Union européenne a assuré qu'elle verserait une contribution financière pouvant être déduite des redevances payées par les armateurs et qui ne serait pas « un simple paiement pour des droits d'accès » mais qui se

---

<sup>592</sup> v. l'acte de retrait, *H.R.596 - TPP Withdrawal Act*, *Supra* n° 171. Et pour le nouvel *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)* qui a été signé en remplacement du *Partenariat transpacifique (PTP)*, v. *Supra* n° 170.

<sup>593</sup> v. Site officiel de l'Union européenne, date d'accès, le 25/09/2014, [http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.3.6.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.3.6.html)

<sup>594</sup> *Ibid.*

<sup>595</sup> *Ibid.*

justifie, selon elle, par « un intérêt mutuel des deux parties à investir dans une politique durable en matière de pêche »<sup>596</sup>.

Au demeurant, il convient de faire en sorte que toute réciprocité bilatérale, aussi formelle soit-elle, puisse se traduire par une compensation sans qu'il y ait éclatement du cadre juridique de base. Ainsi pourra s'établir un véritable *équilibre* qui garantisse l'unité du traité en le faisant passer d'un accord du simple parallélisme de dispositions juxtaposées à un ensemble de clauses équivalentes et solidaires à l'échelle d'une relation économique internationale. Cela implique de la part de chaque partie de respecter et de considérer le traité comme un « tout » à ne pas exécuter de manière dissociée par rapport aux différentes clauses. Le constat ultime demeure donc que *l'équilibre* d'un AII ne peut être sauvegardé que lorsque grâce à la divisibilité des clauses, une réciprocité par équivalence des droits et obligations subsiste entre les parties. Ainsi, la bi-latéralisation apparaîtra plus comme une option en vue de préserver l'unité du traité plutôt qu'une tare irrémédiable à la source de tout déséquilibre systémique; même si malgré tout, *l'équilibre* bilatéral des AII semble encore un objectif à long terme.

#### **4.1.2.- L'extension de la clause d'arbitrage CIRDI aux règles de fond**

La difficulté à appréhender *l'équilibre* bilatéral des AII est surtout tangible au niveau des règles de fond et se confirme malgré l'incorporation dans ces accords de dispositions aptes à transformer en obligations juridiques les conceptions non réciproques (jadis considérées comme étant de nature politique) dans les règles de procédure. Certes, cette tendance sera freinée à partir de la décennie 2010 avec les AII de la seconde génération dont la plupart comporte des dispositions conçues sur une

---

<sup>596</sup> Ibid.

base préférentielle (donc non réciproque) à travers des clauses indirectes et/ou les clauses de réserve en vue d'un plus juste *équilibre*<sup>597</sup>.

En effet, nombre de TBI conclus dans une période relativement récente prévoient la possibilité de recours unilatéral à l'arbitrage, qu'il s'agisse du CIRDI, du mécanisme supplémentaire, ou encore d'un arbitrage CNUDCI, au profit de l'une ou l'autre des parties. C'est l'exemple du TBI Canada-Costa-Rica du 18 mars 1998<sup>598</sup> ou encore le TBI France-Ghana du 26 mars 1999<sup>599</sup>. Dans ces accords, c'est plus le souci de réciprocité formelle qui animait les rédacteurs dans le but premier d'organiser un droit de recours systématique en faveur de l'investisseur. Quant à la partie étatique dont les agissements étaient le plus généralement visés, la possibilité d'un recours direct contre l'investisseur demeure une hypothèse peu probable dans la mesure où le consentement à l'arbitrage d'un particulier ne peut être réputé acquis malgré les obligations créées à la charge de l'investisseur étranger par les AII. On peut donc s'apercevoir qu'au regard du droit de l'arbitrage, le pas ainsi franchi dans la mise en œuvre de l'article 25 de la Convention de Washington (amplement relayé par les AII) par rapport au consentement des parties à l'arbitrage semble manifestement hardi. Advenant le cas où un État d'accueil saisit le CIRDI contre un investisseur étranger et que ce dernier invoque son absence de consentement écrit, il serait difficile pour un tribunal arbitral de ne pas tenir compte de cet argument. Le caractère symétrique du droit de recours des parties à l'arbitrage CIRDI apparaît dès

---

<sup>597</sup> Sous réserve toutefois que les concessions préférentielles ne soient pas elles-mêmes sur la base d'une réciprocité-égalité.

<sup>598</sup> v. l'article XII de l'*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Costa Rica pour l'encouragement et la protection des investissements*, du 18 mars 1998, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/602/download> .

<sup>599</sup> v. l'article 9 de l'*Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Ghana sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 26 mars 1999*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5871/download> .

lors comme un mirage, puisque ne pouvant aller dans les deux sens sauf à considérer les demandes reconventionnelles de l'État<sup>600</sup>. L'extension généralisée de la clause d'arbitrage CIRDI dans les AII ne semble plus qu'une sinécure compte tenu de l'écart entre les termes précis de l'article 25 de la Convention de Washington et la pratique que cela suscite. À cet égard, la constatation ci-après de Geneviève Burdeau nous semble parfaitement justifiée : « C'est en réalité la banalisation du droit pour l'investisseur de recourir, de manière unilatérale, à l'arbitrage contre l'État d'accueil qui constitue l'élément vraiment important et utile en pratique »<sup>601</sup>. Il convient alors de se demander si, malgré l'espérance suscitée par l'expansion de la clause d'arbitrage CIRDI dans les AII, l'équilibre bilatéral subsiste-t-il toujours lorsque prévalent le souci d'attrait des investissements ainsi que l'octroi d'avantages spécifiques aux détenteurs du portefeuille d'investissement ? La réponse à cette interrogation doit également prendre en considération le fait que, dans certains modèles de traité, l'objectif de promotion s'accompagne désormais des considérations de facilitation en vue notamment d'une plus

---

<sup>600</sup> Sur cet aspect de la question v. F., LATTY, « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'État », in *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ? – The Protection of Foreign Investments : A Réaffirmation of the State?*, T., EL GHADBAN, Ch.-M., MAZUY, A., SENEGACNIK (dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 161-178; W., Ben HAMIDA, « Les Demandes Reconventionnelles dans la Jurisprudence Arbitrale Récente Relative aux Investissements », *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 10 (37) – Mar 1, 2013; « L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé? », *Supra* n° 20, aux p. 261-272; S., LEMAIRE, « Les demandes reconventionnelles de l'Etat. Affaire Urbaser S.A. (Urbaser) et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (CABB) c/ Argentine, CIRDI, ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016. Affaire Burlington Resources Inc. c/ Equateur, CIRDI, ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017 », *Revue de l'arbitrage*, 2017, vol. 2, p. 682-698; H. E., VEENSTRA-KJOS, « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity" » in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph., KAHN, Th., W. WÄLDE, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 597-628; A. K. HOFFMANN, « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review*, vol. 28/2, 2013, p. 438-453 ; Y. KRYVOI, « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21, n° 2, 2012, p. 216-252.

<sup>601</sup> BURDEAU, *Supra* n° 552, p. 20.

grande compatibilité entre les obligations souscrites et la capacité réelle des États à les assumer.

#### **4.2.- L'équilibre bilatéral sous le prisme de la promotion et la facilitation des investissements**

Jusqu'à la fin des années 2000, « promotion » et « facilitation » étaient considérées comme les deux faces d'une même pièce. Les mesures de promotion et de facilitation de l'investissement pouvaient alors être traitées indistinctement<sup>602</sup> et considérées comme des instruments efficaces pour attirer l'investissement, à condition toutefois qu'elles soient conçues de façon à revaloriser le potentiel économique des pays qui y ont recours<sup>603</sup>. Seulement, depuis la signature du premier Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) par le Brésil en mars 2015<sup>604</sup> et à la faveur d'une transposition du débat du sein de l'OMC sur la facilitation des échanges<sup>605</sup>, l'OCDE d'abord<sup>606</sup> et la CNUCED

---

<sup>602</sup> OCDE, *Cadre d'action pour l'investissement*, OCDE, 2006, p. 14, 34 et s.; CNUCED, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, NATION UNIES, NY & GE, 2009, p.5 et s., 95.

<sup>603</sup> Ibid.

<sup>604</sup> v. *Brazil - Mozambique BIT (2015)* [Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) entre le Brésil et le Mozambique du 30 mars 2015], <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4717>. Le deuxième accord brésilien du même genre a été signé le 1er avril 2015 avec l'Angola, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4720>. Pour une analyse descriptive de ces deux premiers accords, v. M. D., BRAUCH, «Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola: aperçu et description», *Investment Treaty News*, vol. 6, n° 2, mai 2015, p. 14-16, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf>.

<sup>605</sup> Pour un bref rappel de ce processus, v. OMC, *Facilitation de l'investissement. Relation entre commerce et investissement*, site officiel de l'OMC, [https://www.wto.org/french/thewto/f/ministf/mc11f/briefing\\_notes/f/bfinvestfac\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto/f/ministf/mc11f/briefing_notes/f/bfinvestfac_f.htm) (consulté le 07/02/2019); v. également J., ZHANG, *Investment Facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes, Background Note to the IISD Investment Law and Policy Webinar on Investment Facilitation*, Publié par l'Institut international du développement durable (IISD), 10 juillet 2018, p. 1 et s.; v. également ICTSD, «Le débat est relancé sur les cadres de gouvernance mondiaux du commerce et de l'investissement», *Passerelles*, Vol. 18, N° 9, du 7 Décembre 2017, <https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/le-d%C3%A9bat-est-relanc%C3%A9-sur-les-cadres-de-gouvernance-mondiaux-du> (consulté, le 11/02/2019).

<sup>606</sup> *Cadre d'action pour l'investissement Édition 2015*, *Supra* n° 602, aux p. 43 et s.

ensuite<sup>607</sup> vont opérer un glissement sémantique visant à distinguer entre les deux types de mesures :

Promotion et facilitation des investissements vont de pair. Cependant, il s'agit de deux types d'activités distinctes. La promotion vise à promouvoir une localisation en tant que destination d'accueil de l'investissement (c'est une activité spécifique au pays et concurrentielle par nature), tandis que la facilitation consiste à rendre plus aisé l'établissement ou le développement des investissements, et la conduite quotidienne des affaires dans le pays d'accueil<sup>608</sup>.

L'une comme l'autre présente à cet égard un intérêt certain pour notre étude en ce sens qu'elles structurent les politiques d'investissement et façonnent le paysage juridique relatif à l'investissement étranger, aussi bien sur le plan international que sur le plan interne des Etats.

#### **4.2.1.- La promotion des investissements**

L'un des facteurs récemment identifiés à l'encontre de l'idée de trouver un contrepois aux droits accordés à l'investisseur au détriment du pays d'accueil est le fait même que cela puisse être perçu par certains pays d'accueil comme incompatible avec les politiques de promotion des investissements mises en place dans ces pays<sup>609</sup>. Pour ceux-ci, le principal enjeu est de concevoir l'AII comme étant un cadre stratégique de promotion des investissements qui permet à la fois de garantir la stabilité de l'environnement juridique de l'investissement étranger et d'octroyer des avantages financiers ou fiscaux aux investisseurs dans le but de les attirer. Si l'enjeu semble si clairement cerné, ses implications sont en revanche de nature ambivalente, notamment lorsque l'objectif de promotion vient à se confondre avec celui plus controversé de la protection de l'investissement étranger.

---

<sup>607</sup> *Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements*, CNUCED, Septembre 2016, p. 3 et s.

<sup>608</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>609</sup> v. CNUCED, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, *Supra* n° 65 aux p. 62-63.



En effet, les TBI sont en général conclus sur une base de réciprocité et visent à promouvoir un flux croisé d'investissements entre les parties. Or lorsqu'on confronte les stipulations conventionnelles avec la portée réelle des engagements souscrits par les contractants, l'on s'aperçoit qu'il s'agit plus de promouvoir les investissements de l'une des parties sur le territoire de l'autre. En citant l'exemple d'accords de « promotion et de protection réciproques des investissements » conclus par la France avec certains pays en développement dans les années 70, le professeur Juillard y notait une source manifeste de déséquilibre, d'une part à cause du « caractère allusif des engagements souscrits en matière de protection » et d'autre part, compte tenu du « caractère précis des garanties »<sup>610</sup>. Cette réalité demeure persistante qui n'est pas de nature à favoriser l'éclosion de politiques plus efficaces et plus équilibrées entre les pays du Nord et les pays du Sud. Il ne faudrait toutefois pas occulter le fait que le libre exercice du droit d'admission des investissements étrangers est une pratique courante notamment en ce qui concerne le filtrage des investissements par certains pays. À des règles d'admission plus souples, plus ouvertes et à caractère promotionnel, peuvent se substituer des règles plus restrictives, plus contraignantes et par conséquent moins encourageantes pour les investisseurs<sup>611</sup>. Rappelons à cet égard l'exemple du Canada qui a longtemps restreint les investissements étrangers grâce à un mécanisme de filtration des investissements se traduisant par un test de l'avantage appréciable par rapport à l'économie canadienne. L'effet inhibiteur de ce mécanisme sur le développement économique du pays a conduit à un assouplissement du système en 1985 avec la *Loi sur*

---

<sup>610</sup> P., JUILLARD, « Les conventions bilatérales d'investissement conclus par la France », *J.D.I.*, 1979, p. 300.

<sup>611</sup> v. J.-P., LAVIEC, *Supra* n° 20, §. 15-20; CNUCED, *Admission and Establishment, UNCTAD Series, on Issues in International Investment Agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol.II), UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2002, pp. 1-58, [http://unctad.org/en/Docs/iteiit10v2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit10v2_en.pdf) (consulté le 22/03/2018).

*Investissement Canada*<sup>612</sup> dont les objectifs semblent présentement en deçà des attentes<sup>613</sup>. Les dispositions d'admission évoluant bien plus souvent à raison inverse avec celles relatives à la promotion des investissements, la recherche *d'équilibre* relève alors d'un défi permanent tant en ce qui concerne les législations nationales que la réglementation internationale.

#### **a.- Les dispositions relatives à la promotion des investissements dans les AII et dans les législations nationales**

Une étude relativement récente consacrée à la question confirme que seule une petite minorité des AII en vigueur contient des dispositions explicites en matière de promotion des investissements<sup>614</sup>. De nature diverse, ces dispositions portent essentiellement sur : la transparence et l'échange d'information, l'accès préférentiel aux marchés, l'amélioration du cadre institutionnel pour le suivi des mesures de promotion de l'investissement, la coopération en général et les activités communes, le renforcement des liens, le transfert de technologie, l'assistance technique et le renforcement des capacités, les incitations offertes par le pays d'accueil, la réduction des obstacles informels à l'investissement, l'accès au marché des capitaux, l'aide financière au pays d'accueil, la garantie des investissements, la coopération entre les agences de promotion de l'investissement<sup>615</sup>. L'éventail des formules envisagées est beaucoup plus restreint et varie en fonction des interactions entre les activités, leur

---

<sup>612</sup> v. *Loi sur Investissement Canada (L.R.C. (1985), ch. 28 (1<sup>er</sup> suppl.))*, dont la dernière version est du 2017-09-21 au 2018-03-05, <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-21.8.pdf> (consulté le 22/03/2018).

<sup>613</sup> H., A., PRINCE, et S., ROUSSEAU, «La Loi sur investissement Canada à l'épreuve de l'attractivité: contribution à la modernisation du cadre juridique canadien de l'investissement étranger», *La revue du barreau canadien*, vol. 94, 2016, p. 112-147.

<sup>614</sup> v. CNUCED, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, UN, New York & Genève, 2008, p. 65.

<sup>615</sup> *Ibid.*, p. 1-66.

champ d'action ainsi que le caractère volontaire ou contraignant de la disposition.

En effet, lorsqu'on considère l'historique de ces politiques, on remarque que leur courbe d'évolution est fonction soit de la conjoncture économique, donc du contexte général de l'investissement international, soit de la position de faiblesse de l'économie du pays auteur de la politique. La tendance est à la récupération d'un maximum de profit quand la conjoncture est bonne, puis elle se reverse face à la nécessité d'accorder des incitations fiscales de plus en plus élevées en vue de conserver des flux antérieurs. Dans le premier registre on peut citer les taxations lourdes infligées à certaines entreprises multinationales dans les années 70 lorsque leur taux de profit dépassait entre 15 et 20 % de l'investissement<sup>616</sup>. Les changements récents observés au niveau de certaines politiques minières à l'échelle mondiale témoignent également d'un certain désir d'accroître les bénéfices générés par les activités extractives. C'est le cas notamment en Algérie, en Bolivie, au Chili, en Chine, en République Démocratique du Congo, en Équateur, en Mongolie, au Pérou, en Afrique du Sud, au Venezuela, et en Zambie.<sup>617</sup> C'est également le cas en Argentine, au Tchad, en Mauritanie et dans certains pays développés comme l'Australie qui a introduit une redevance sur la production d'or au moment où des redevances fédérales sur l'industrie minière ont été réclamées aux États-Unis et que le Royaume-Uni instituait une taxe exceptionnelle sur les bénéfices des entreprises pétrolières en mer du Nord, pour tenir compte de la tendance structurelle au renchérissement du pétrole en 2006<sup>618</sup>. L'illustration la plus significative des mécanismes de promotion étant la

---

<sup>616</sup> Voir notamment l'*Equatorial Guinean Petroleum Taxes* de 1982, l'*Income Tax (Mining and Petroleum) Act* de la Papouasie-Nouvelle-Guinée de 1977, (v. Th., WÄLDE, *Mining Legislation and Mineral Development Agreements*, Bangkok, 1983, p. 308-311, note 76-78; et sur les embarras des politiques fiscales de cette époque, v. Ch., LEBEN, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986), *J.D.I.*, 1986, n° 4, p. 931-932).

<sup>617</sup> *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, *Supra* n° 66 aux p. 90-92.

<sup>618</sup> *Ibid.*, p. 92.

réglementation fiscale des pays d'accueil de l'investissement étranger, il serait éclairé d'insister davantage sur cet aspect de la question.

### **b.- Les spécificités relatives à l'encadrement fiscal**

La tendance ici est au regroupement de plusieurs types d'avantages fiscaux: période d'exemption fiscale, suspension de paiement des impôts et taxes en cas de chute trop importante des cours, taux d'imposition réduits, report des pertes des exercices déficitaires, restitution des droits de douane et exemption de droits, modalités avantageuses d'amortissement des investissements, amortissement accéléré, réalisation de provisions par reconstitution de gisement, crédits d'impôt pour les bénéficiaires réinvestis sur place ... etc. Il faut ensuite observer que les dispositions relatives à l'encadrement fiscal dans les AII sont souvent libellées en termes généraux, sans précisions suffisantes quant aux conditions de mise en œuvre<sup>619</sup> et opèrent à cet effet un renvoi systématique à la législation de l'État d'accueil de l'investissement<sup>620</sup>. Intéressantes à cet égard sont les dispositions qui excluent le domaine fiscal de leur champ d'application. L'article 14 du TBI conclu entre la Chine et le Canada indique par exemple que:

1. Sous réserve des dispositions du présent article, le présent accord ne s'applique pas aux mesures fiscales.
2. Le présent accord ne modifie pas les droits et obligations des Parties contractantes découlant d'une convention fiscale. En cas d'incompatibilité entre les dispositions du présent accord et une telle convention, les dispositions de celle-ci prévalent dans la mesure de l'incompatibilité.
3. Le présent accord n'a pas pour effet d'obliger une Partie contractante à communiquer ou à rendre accessibles des renseignements dont la divulgation enfreindrait son droit en matière de protection des informations relatives à la situation fiscale d'un contribuable.  
[...]<sup>621</sup>.

---

<sup>619</sup> v. *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, *Supra* n° 614 à la p. 29.

<sup>620</sup> v. P., JUILARD, *Supra* n° 584, à la p. 59 et s.

<sup>621</sup> v. *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements* du 09 septembre 2012 et entré en vigueur le 1er octobre 2014,

S'inscrivant dans la même direction, l'article 3(4) du TBI Bénin–Burkina Faso du 18 mai 2001 - tout comme l'accord conclu entre la Corée et la Mongolie en 1991<sup>622</sup> - précise que:

Le traitement accordé par le présent article ne s'étendra pas aux avantages accordés par une Partie Contractante aux ressortissants ou sociétés d'un État tiers en vertu d'un accord sur la double imposition, de tout autre arrangement dans le domaine fiscal<sup>623</sup>.

Malgré cette tendance à exclure totalement ou partiellement la matière fiscale du champ d'application des AII, il demeure qu'en tant qu'outils de promotion, certains de ces accords contiennent des dispositions d'incitation en support des législations fiscales auxquelles ils renvoient. Telle est la lecture que l'on peut faire de l'article 4 de l'Accord adopté en juin 1981 par les États-membres de la Conférence islamique:

Les parties contractantes s'efforcent d'offrir diverses incitations et facilités pour attirer les capitaux étrangers et encourager leur investissement sur leur territoire, par exemple au moyen d'avantages commerciaux, douaniers, financiers, fiscaux ou de facilités de conversion de devises, particulièrement durant les premières années de l'investissement [...]<sup>624</sup>.

Dans le même sens, le TBI conclu entre la Chine et le Koweït en 1985 indique expressément que,

---

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/600>; *L'Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République des Philippines pour l'encouragement et la protection des investissements* signé le 10 novembre 1995 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1996 comporte une disposition semblable (v. l'article XII (I) de l'accord, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/628>).

<sup>622</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Mongolian People's Republic on the Mutual Promotion and Protection of Investments*, v. UNCTAD (1998), *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, article 7 (b), p. 63.

<sup>623</sup> *L'Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République du Bénin concernant la promotion et la protection réciproques des investissements* du 18 mai 2001, article 3, al. 4, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/437>; v. également l'article 11 *in fine* de *L'Accord entre la République du Bénin et l'Union économique Belgo-Luxembourgeoises concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements* du 18 mai 2001, entré en vigueur le 30 août 2007, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/327>.

<sup>624</sup> v. *Agreement on promotion, Protection and a Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference*, 1-5 June 1981, entered into force on 23 September 1986 (v. *A Compendium, Supra* n° 44, vol. II, p. 244).

1. En ce qui concerne l'article 2 : les investisseurs des deux parties contractantes ont le droit de demander aux autorités compétentes du pays d'accueil à bénéficier des facilités, incitations et autres formes d'encouragements (notamment les abattements fiscaux) dans la mesure et aux conditions qui seront à l'occasion déterminées par la législation et la réglementation du pays d'accueil ou par convention entre les parties contractantes s'il y a lieu<sup>625</sup>.

Une approche similaire a été adoptée par une série d'accords régionaux dont notamment *l'Accord conclus à Yaoundé le 14 décembre 1965 entre les États de l'Union douanière et économique de l'Afrique Centrale (UDEAC)* devenu Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) en 1988<sup>626</sup>, *l'Accord d'Amman du 26 novembre 1980* (entré en vigueur le 7 septembre 1981) *sur l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes*<sup>627</sup>, le *Traité d'Asunción du 26 mars 1991 créant le Marché commun du sud - MERCOSUR*<sup>628</sup>, l'Accord pour l'harmonisation des incitations fiscales relatives à l'industrie (*The Agreement on the Harmonisation of Fiscal Incentives to Industry*) dans la zone du Marché commun caribéen (CARICOM) de juin 1973 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août de la même année)<sup>629</sup>, l'Accord global de l'ASEAN sur l'investissement (*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*) qui est l'aboutissement en 2009 de deux autres accords<sup>630</sup>, la quatrième *Convention ACP-CEE de Lomé de 1990*<sup>631</sup>.

---

<sup>625</sup> *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the State of Kuwait for the Promotion and Protection of Investments*, 23 Nov. 1985, article 2 du protocole, (v. *A Compendium, Supra* n° 44).

<sup>626</sup> *A Compendium, Supra* n° 44, vol. II, p. 89, (partie III de l'Accord).

<sup>627</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 454.

<sup>629</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>630</sup> Il s'agit de l'Accord sur la promotion et la protection des investissements, *l'Asean Investment Guarantee Agreement - IGA*, qui a été adopté en 1987 et l'Accord sur la création de la zone ASEAN, *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area - AIA*, adopté en 1998 et amendé en 2001, (v. *A Compendium, Supra* n° 44, vol. IV, p. 227 et vol. IX, p. 281).

<sup>631</sup> *Convention de Lomé*, in *A Compendium, Supra* n° 44, vol. II, 1996, p. 385; *ILM*, 1990, v. notamment Partie III, Titre III, chap. 5 section 6 de l'Accord ; v. également la Base de données de la CNUCED (*IIA Navigator, Supra* n° 44) pour la plupart des accords ci-dessus référencés.

Lorsqu'on prend en considération la présence simultanée des dispositions fiscales dans les AII et dans les législations internes des pays d'accueil, l'on s'aperçoit après analyse que les codes d'investissement ont des « prolongements internationaux » dans les traités auxquels ils peuvent être rattachés. Considéré comme la base d'un « rapport juridique de droit international »<sup>632</sup>, ce lien de rattachement transforme de par ses destinataires, des incitations fiscales de portée juridique limitée en instruments de politique internationale. Cela n'est pas sans poser quelques difficultés sur le plan du contentieux, notamment lorsqu'un État bénéficiaire voit par la suite ses attentes légitimes déçues du fait de l'abrogation subite de la législation qui a pu déterminer son engagement au niveau international. De nombreux exemples de codes comportent aujourd'hui le même germe de contestation. Une observation effectuée sur une longue période et en rapport avec divers types de mesures incitatives montre le caractère constant du phénomène<sup>633</sup>. Lorsqu'on se limite au secteur de l'industrie extractive, on peut constater qu'au bout de trois générations de réformes des cadres législatifs et réglementaires en Afrique, les « allégements fiscaux démesurés » sont persistants, parallèlement avec d'autres mesures incitatives qui sont sans incidences notables sur le développement économique du continent<sup>634</sup>. En comparant le système de taxation minière guinéen avec ceux d'autres pays miniers à l'échelle mondiale, le professeur Otto a pu observer que non seulement celui-ci n'était pas compétitif, mais également le Code minier de 1995 et le TBI modèle de 1996 n'organisent pas un « juste équilibre » entre les droits et

---

<sup>632</sup> v. P., JUILLARD, *Supra* n° 584.

<sup>633</sup> v. B., CAMPBELL (dir.), *Ressources minières en Afrique, Quelle réglementation pour le développement?*, Presses de l'Université du Québec (PUQ), 2010, p. 1 et s.

<sup>634</sup> Voir notamment les cas du Ghana, de la Guinée, du Mali, de Madagascar et de la République démocratique du Congo, (v. B., CAMPBELL (dir.), *Ibid.* ; et de la même auteure, *Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique*, document de recherche n° 3, Uppsala, Nordiska Afrikainstitutet, 2004).

obligations des investisseurs et ceux de l'État<sup>635</sup>. Selon lui, l'octroi d'exemption fiscale présente le danger d'ouvrir le champ à un précédent par rapport à d'autres investisseurs qui pourraient demander à bénéficier des mêmes avantages sans une réelle contrepartie<sup>636</sup>.

Entre les deux tendances ci-dessus examinées, il doit y avoir une approche plus idoine qui, tout en anticipant la perspective de gain chez l'investisseur, prévoit néanmoins de préserver un certain standard dans le traitement fiscal. Du point de vue de l'analyse prospective, cela permettrait d'organiser une meilleure prise en compte de la dimension réelle de l'équilibre des droits, intérêts et obligations des parties.

Quant à l'effet des incitations fiscales sur le flux d'investissement, le résultat est plutôt nuancé<sup>637</sup>. Même si cela semble en dehors des préoccupations qui nous intéressent ici, nous pouvons néanmoins observer que la fiscalité incitative n'est pas unanimement acceptée. Pendant que la CNUCED recommande à son égard un usage modéré<sup>638</sup>, la Banque mondiale lui est carrément défavorable. L'article III (9) des *Directives* de 1992 est ainsi stipulé:

Nothing in this Guideline suggests that a State should provide foreign investors with tax exemptions or other fiscal incentives. Where such incentives are deemed to be justified by the State, they may to the extent possible be automatically granted, directly linked to the type of activity to be encouraged and equally extended to national investors in similar circumstances. Competition among States in providing such incentives, especially tax exemptions, is not recommended. Reasonable and stable tax rates are deemed to provide a better incentive than exemptions followed by uncertain or excessive rates<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> v. J., M., OTTO, *Gunean Mining Taxation System : Analysis and Recommendations for Reform*, Rapport final, préparé pour le ministère des mines et de la géologie, août 2005, p. 6 et s. (inédit), cité par B., CAMPBELL, « Bauxite, aluminium : Les défis du développement et de la réduction de la pauvreté en Guinée », in CAMPBELL (dir.), *Ressources minières en Afrique, Quelle réglementation pour le développement?*, Presses de l'Université du Québec (PUQ), 2010, p. 103 et s.

<sup>636</sup> v. J., M., OTTO, *ibid.*, p. 43; v. B., CAMPBELL, *Supra* n° 633, p. 104.

<sup>637</sup> v. *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, *Supra* n° 614 à la p. 29.

<sup>638</sup> UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, UN, NV & GE, 2004, vol. II, chap. 21, à la p. 220.

<sup>639</sup> *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, in *World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, Washington DC: The World



Cette mise en garde est valable aussi bien pour les pays riches que pour les pays pauvres. Par exemples, des pays miniers riches et ressentis comme politiquement sûrs par les investisseurs comme l'Australie, le Canada et l'Afrique du Sud ont pu, pendant longtemps, assurer un développement minier important avec une fiscalité peu incitative<sup>640</sup>. Ce qui confirme le caractère relatif de la question<sup>641</sup>.

Au total, comme on a pu le souligner, le problème de fond posé par la politique fiscale d'un État d'accueil s'apparente quelque peu à la quadrature du cercle<sup>642</sup>. Le système doit à la fois encourager les investissements, donner à l'État des gains importants en cas de haute conjoncture et limiter les pertes en cas basse conjoncture, tout en se gardant de défavoriser dans les deux hypothèses les entreprises<sup>643</sup>. Le cas du Chili résume à lui seul cette dichotomie. Alors que le régime fiscal était des plus attrayants pour l'investissement dans les industries extractives (absence totale de redevance, autorisation de l'amortissement accéléré, possibilité d'accumuler indéfiniment des pertes déductibles de l'impôt, des ratios d'endettement extrêmement élevés, une imposition des versements d'intérêts à un taux beaucoup plus faible que celui des bénéfices), les recettes fiscales tirées de l'extraction du minerai de cuivre n'ont été acquittées sur une période d'environ 20 ans (1985-2002) que par une seule des grandes sociétés minières privées de la place. Le fait que la contribution de la seule entreprise d'État dépassait largement celle des sociétés minières étrangères prises ensemble - malgré le faible volume de sa production - a suscité de vifs débats. Comme réponse à cette situation

---

Bank, 1992, 31 *ILM* 1379; *AFDI*, 1992, vol. 38, p. 801-807 (traduction officieuse et commentaire de P., JUILLARD, *AFDI*, 1992, vol. 38, p. 779-800).

<sup>640</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 616 à la p. 932.

<sup>641</sup> Dans son rapport de 2015, la CNUCED examine la question de la cohérence entre les politiques internationales en matière de fiscalité et d'investissement et s'interroge sur les mesures à adopter (v. *Rapports sur l'investissement dans le monde 2015, Vue d'ensemble*, *Supra* n° 66, p. 34).

<sup>642</sup> v. Ch., LEBEN, *Supra* n° 616 à la p. 932.

<sup>643</sup> *Ibid.*

et pour tenir compte d'une augmentation sensible des recettes provoquée par la hausse du cours du cuivre sur le marché mondial, le Gouvernement chilien a dû instituer en février 2006 un impôt minier spécifique assorti d'un taux progressif et calculé en fonction du chiffre d'affaires brut de l'entreprise exploitante<sup>644</sup>. Pour rester dans le même registre, il semble incontestable que la réforme fiscale initiée aux États-Unis par l'administration Trump<sup>645</sup> aurait affecté de manière significative les flux mondiaux d'IDE<sup>646</sup>. Non seulement, les distorsions sur le marché international relatif à l'acier vont s'intensifier, mais également, l'introduction d'un changement dans les règles d'imposition des sociétés entraînerait une réduction des passifs d'impôt sur les bénéfices des multinationales américaines à l'étranger, et provoquerait le rapatriement des gains accumulés vers les États-Unis<sup>647</sup>.

Le risque qu'une utilisation maladroite de la fiscalité, et plus généralement des mesures de promotion n'aboutisse à une perte sur les deux tableaux - soit pour le pays promoteur ou soit pour ses investisseurs étrangers - ne peut donc être définitivement éliminé. À cela s'ajoute le fait que l'essentiel de la teneur des dispositions incitatives vise également à garantir une protection juridique aux investissements<sup>648</sup>. Ce qui pourrait avoir comme conséquence d'accentuer l'asymétrie entre les *intérêts* en présence et nécessité davantage d'initiatives d'*équilibre*.

---

<sup>644</sup> v. *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, *Supra* n° 66, p. 91.

<sup>645</sup> v. *Tax Cuts & Jobs Act (TCJA)* du 22 décembre 2017, texte disponible sur le site officiel du Congrès américain <https://www.congress.gov/115/bills/hr1/BILLS-115hr1enr.pdf>, (consulté le 28/01/2019).

<sup>646</sup> DELOITTE, *Alerte en fiscalité canadienne - Réforme fiscale américaine – Incidences sur les opérations de fusion et acquisition et le secteur du capital-investissement*, Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., 24 janvier 2018, p. 4, [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/tax/fr\\_US\\_Tax\\_Reform\\_Impact\\_on\\_MA\\_and\\_PE\\_AODA.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/tax/fr_US_Tax_Reform_Impact_on_MA_and_PE_AODA.pdf), (consulté le 28/01/2019).

<sup>647</sup> v. Un parallèle avec la situation mondiale en 2006 (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, *Supra* n° 66, p. 78).

<sup>648</sup> v. *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, *Supra* n° 614, à la p. 65.

#### 4.2.2.- La facilitation de l'investissement

Il faut rappeler qu'après plus d'une décennie de négociations, les États membres de l'OMC ont conclu, en décembre 2013, un *Accord sur la facilitation des échanges* (AFE)<sup>649</sup> qui est entré en vigueur le 22 février 2017. L'AFE contient des dispositions relatives à l'administration douanière, son accélération, son efficacité ou son efficience ainsi que des mesures d'assistance technique et de renforcement des capacités en vue de garantir une bonne coopération entre les douanes et les autres institutions impliquées dans la libéralisation des échanges et le respect des procédures douanières<sup>650</sup>.

Considérant qu'il s'agit d'un exemple réussi pouvant être adapté à l'investissement, certains membres de l'OMC ont proposé d'explorer les possibilités qui s'offrent en vue de la mise en place d'un instrument multilatéral sur la facilitation de l'investissement. Lors de la 11<sup>e</sup> Conférence ministérielle de l'OMC à Buenos Aires, plus de 70 membres (dont l'Union européenne et chacun de ses États membres) ont publié une déclaration conjointe appelant à « des discussions structurées dans le but d'élaborer un cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement »<sup>651</sup>.

##### a.- Un cadre multilatéral pour la facilitation de l'investissement

Depuis mars 2017, au moins six propositions ont été soumises à l'OMC par les groupes de négociation et qui avaient quelque mal à fusionner, malgré une relative convergence autour de la transparence, l'efficacité administrative et la coopération internationale, comme principes de base du futur cadre multilatéral pour la facilitation de

---

<sup>649</sup> *Accord sur la facilitation des échanges*, WT/L/940, 28 novembre 2014, [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/tfa-nov14\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tfa-nov14_f.htm) (consulté, le 11/02/2019).

<sup>650</sup> OMC, *Facilitation des échanges*, [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/tradfa\\_f/tradfa\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/tradfa_f/tradfa_f.htm) (consulté, le 11/02/2019).

<sup>651</sup> v. le paragraphe n° 4 de la *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, WT/MIN(17)/59, 13 décembre 2017.

l'investissement<sup>652</sup>. Pour certains États-membres, il est crucial d'éviter les écueils qui ont, par le passé, conduit à une impasse: la libéralisation des investissements, l'accès aux marchés et la protection des investissements<sup>653</sup>. La préoccupation, selon eux, demeure donc entière à savoir quelles influences exerceraient les discussions relatives à la facilitation des investissements sur les négociations en cours à l'OMC et comment envisager les liens entre les régimes du commerce et investissement avec les objectifs de développement durable (ODD)<sup>654</sup>. Par ailleurs, la portée large et vague des propositions jusqu'alors soumises, ainsi que le fait qu'elles soient principalement axées sur les obligations des États hôtes, n'est pas sans susciter quelques inquiétudes quant à leur mise en œuvre ultérieures<sup>655</sup>. Plus fondamentalement, pendant que les discussions se poursuivent dans les différents *fora*<sup>656</sup>, les positions vont achopper sur la pertinence même de l'idée de mettre en place un cadre multilatéral sur la facilitation de l'investissement. Selon la CNUCED, il n'est pas indispensable de mettre en place une nouvelle réglementation en plus de la multitude qui existe déjà<sup>657</sup> - et surtout, après cinquante années de vaines tentatives visant à créer un instrument multilatéral contraignant en matière d'investissement<sup>658</sup>. Différente à cet égard est la position de l'OCDE qui se montre plutôt favorable à l'idée d'un cadre multilatéral dont

---

<sup>652</sup> Sur le détail de ces propositions, v. J., ZHANG, *Supra* n° 605, p. 1 et s.; v. également ICTSD, « Le débat est relancé sur les cadres de gouvernance mondiaux du commerce et de l'investissement », *Supra* n° 605.

<sup>653</sup> Ibid.

<sup>654</sup> Ibid.

<sup>655</sup> Ibid.

<sup>656</sup> Outre OMC, l'OCDE et la CNUCED, le G20 a mentionné pour la première fois la facilitation des investissements lors de la présidence chinoise en 2016. Cette année-là, le groupe a adopté les *Principes directeurs du G20 pour les investissements mondiaux* (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Annex%20III%20G20%20Guiding%20Principles%20for%20Global%20Investment%20Policymaking.pdf>). L'année suivante, sous la présidence allemande, un projet de cadre sur la facilitation des investissements était déposé et discuté entre les membres (v. J., ZHANG, *Supra* n° 605, p. 5).

<sup>657</sup> v. UNCTAD, *Global action menu for investment facilitation*, UNCTAD, 2017, p. 11, [https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Action%20Menu%2023-05-2017\\_7pm\\_print.pdf](https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Action%20Menu%2023-05-2017_7pm_print.pdf).

<sup>658</sup> v. J., ZHANG, *Supra* n° 605, p. 6.

elle se propose de surveiller la mise en œuvre<sup>659</sup> et dont elle a pris le soin de dessiner les premiers contours<sup>660</sup> - ralliant de ce fait les propositions antérieurement entrevues par certains universitaires regroupés sous la bannière du Centre international pour le commerce et le développement durable (ICTSD) et le Forum économique mondial (WEF)<sup>661</sup>.

#### **b.- La coopération réglementaire comme principal enjeu de la facilitation de l'investissement**

La question de la facilitation de l'investissement connaît manifestement un véritable succès d'estime aussi bien auprès des organisations internationales que des États. Il faut toutefois observer que l'essentiel de la démarche tout comme certaines des propositions qui l'ont accompagné ont quelque mal à s'affranchir du clivage Nord-Sud. Selon l'OCDE, bien que le programme proposé par Sauvants et Hamdani soit l'approche la mieux élaborée à ce jour pour la mise en place d'un cadre multilatéral de facilitation de l'investissement<sup>662</sup>, celui-ci aurait également pu prendre en considération les pays développés plutôt que de mettre exclusivement l'accent sur les pays en développement et en particulier les PMA<sup>663</sup>. Parallèlement, on a beaucoup fait valoir les innovations apportées à la réglementation internationale par les accords de coopération et de

---

<sup>659</sup> OECD, *Towards an international framework for investment facilitation*. Retrieved from, OECD, 2018, p. 9, <https://www.oecd.org/investment/Towards-an-international-framework-for-investment-facilitation.pdf>.

<sup>660</sup> En termes notamment de principes communs (transparence, prévisibilité, efficacité), de responsabilités et d'engagements spécifiques pour les parties prenantes (États-parties, investisseurs, organisations internationales et société civile), et de gouvernance et mise en œuvre (v. *Ibid.*, encadré n° 2, p. 10).

<sup>661</sup> K., SAUVANT & K., HAMDANI, *International Support Programme for Sustainable Investment Facilitation*, Document de travail présenté dans le cadre de l'Initiative E15, ICTSD/World Economic Forum, juillet 2015, disponible sur le site de l'ICTSD: <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/E15-Investment-Sauvant%20and%20Hamdani-FINAL.pdf> / [http://ccsi.columbia.edu/files/2015/08/KPS\\_KH-SIFU-published-July-15.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2015/08/KPS_KH-SIFU-published-July-15.pdf) .

<sup>662</sup> *Towards an international framework for investment facilitation*, *Supra* n° 659, p. 9.

<sup>663</sup> *Ibid.*

facilitation de l'investissement (ACFI)<sup>664</sup> et on a oublié de relever que cela influence de différentes manières l'univers des AII<sup>665</sup> selon la sphère économique considérée. En effet, le modèle brésilien d'ACFI se veut être un système dynamique dont les dispositions visent à mettre l'accent sur la coopération et la facilitation des investissements plutôt que la protection des investissements<sup>666</sup>. Ce qui, à l'analyse, peut être interprété comme un changement de paradigme<sup>667</sup>. À cet égard, les ACFI ne représentent pas un système de protection des investissements, mais « [...] un nouveau mode de coopération réglementaire impliquant une tendance à l'harmonisation et à la redevabilité des systèmes et procédures réglementaires »<sup>668</sup>. Ce nouveau mode s'emploie plutôt à répertorier une série de changements que les États doivent apporter à leurs

---

<sup>664</sup> v. notamment L., GHIOTTO, «Examen critique du débat sur la facilitation des investissements», *Investment Treaty News*, vol. 9, n° 3, octobre 2018, p. 4-6; J. H., VIEIRA MARTINS, «Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux», *Investment Treaty News*, 12 juin 2017, <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins> ; F., MOROSINI, & M. R., SÁNCHEZ BADIN, «L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ?», *Investment Treaty News*, vol. 6, n° 3, 2015, p. 3-5, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-aout-2015-francais.pdf> ; N., BERNASCONI-OSTERWALDER, & M. D., BRAUCH, *Brazil's innovative approach to international investment law*, 2015, <https://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>; N., BERNASCONI-OSTERWALDER, & M. D., BRAUCH, «Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi», septembre 2015, <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas>; M. D., BRAUCH, *Supra* n° 604, p. 14-16.

<sup>665</sup> Sauf à considérer les orientations suggérées à l'effet de son amélioration par N., BERNASCONI-OSTERWALDER, & M. D., BRAUCH, «Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi», *ibid.*, p. 1-17 et plus spécialement p. 15-16.

<sup>666</sup> v. L., GHIOTTO, *Supra* n° 664, p. 4-6; J. H., VIEIRA MARTINS, *Supra* n° 664; F., MOROSINI, & M. R., SÁNCHEZ BADIN, *Supra* n° 664, p. 5; N., BERNASCONI-OSTERWALDER, & M. D., BRAUCH, *Brazil's innovative approach to international investment law*, *Supra* n° 664; N., BERNASCONI-OSTERWALDER, & M. D., BRAUCH, «Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi», *ibid.*, p. 16; M. D., BRAUCH, *Supra* n° 604, p. 14.

<sup>667</sup> v. BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & BRAUCH, M. D., *Brazil's innovative approach to international investment law*, *ibid.*

<sup>668</sup> v. L., GHIOTTO, *Supra* n° 664, p. 5.

réglementations internes relatives à l'investissement<sup>669</sup>. Il favorise également le règlement à l'amiable pour prévenir et régler les différends tout en faisant de la procédure contentieuse un mécanisme de dernier recours<sup>670</sup>. Toutefois, en se positionnant comme « une alternative au régime international actuel de l'investissement »<sup>671</sup> qui est plutôt basé sur un faisceau de TBI étroitement protecteurs de l'investissement, le modèle brésilien démontre un plus grand attachement à la recherche *d'équilibre* et adopte par la même occasion une posture de réactionnaire vis-à-vis de l'Occident. Pour le moment, aucun des ACFI actuellement conclus par le Brésil n'implique un pays développé<sup>672</sup>. En se limitant ainsi aux relations Sud-Sud, le modèle brésilien risque de ne pas tenir ses promesses de s'imposer comme l'alternative - la plus attendue - au régime traditionnel de TBI.

En revanche la tendance dominante affiche une nette préférence pour l'intégration d'un mécanisme de facilitation dans les AII<sup>673</sup>, que ceux-ci soient Sud-Sud, Nord-Nord ou Nord-Sud<sup>674</sup>. La présence des clauses de facilitation dans les AII est en chiffre croissant pour ce qui concerne les TBI de la nouvelle génération<sup>675</sup>. Elles apparaissent de manière constante

---

<sup>669</sup> Ibid.

<sup>670</sup> v. BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & BRAUCH, M. D., *Brazil's innovative approach to international investment law*, *Supra* n° 664.

<sup>671</sup> F., MOROSINI, & M. R., SÁNCHEZ BADIN, *Supra* n° 664, p. 4.

<sup>672</sup> Il s'agit des accords conclus respectivement avec le Mozambique (30/03/2015), l'Angola (01/04/2015), le Mexique (26/05/2015), le Malawi (25/06/2015), la Colombie (09/10/2015), le Chili (24/11/2015), l'Éthiopie (11/04/2018), le Suriname (02/05/2018), la Guyane (13/12/2018), les Émirats Arabes Unis (15/03/2019), le Maroc (13/06/2019), l'Équateur (25/09/2019), l'Inde (25/01/2020), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil> (Consulté le 05 août 2021).

<sup>673</sup> v. UNCTAD, *Global action menu for investment facilitation*, *Supra* n° 657, p. 12 et s.

<sup>674</sup> Ibid., Figure 5, p. 14.

<sup>675</sup> Ibid., p. 13-14. En termes de contenu, v. plus généralement les dispositions relatives à la transparence qu'il convient de ne pas confondre avec celles qui traitent spécifiquement de la transparence de la procédure arbitrale. Par exemples, l'article 12 de l'*Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between Canada and the Republic of Guinea*, 27/05/2015, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'article 11 de l'*Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, 26/01/2015, *UNCTAD IIA Navigator*; l'article 22



dans les accords de libre-échange (FTA) et dans les nouveaux accords méga-régionaux<sup>676</sup>. Enfin, il existe manifestement un lien direct entre ce que l'OCDE considère comme les « Pratiques du mieux légiférer » ou encore les « Principes de bonnes pratiques » pour la réglementation<sup>677</sup> et leur convergence avec les clauses de facilitation qui, elles, découlent du mouvement de réforme des AII actuellement en cours – et dont le but est d'amener à rendre ces accords moins asymétriques, donc plus équilibrés.

#### Conclusion du Chapitre 4

En conclusion à ce quatrième chapitre de notre étude, il convient de noter que non seulement la prépondérance conventionnelle du système favorise la tendance asymétrique observée au niveau des droits et obligations des parties, mais également, le souci de promotion dicté par le besoin de capitaux privés chez les pays d'accueil, a pu les conduire à moduler les TBI de la première génération en fonction des intérêts de l'investisseur et générer le déséquilibre constaté au niveau du système<sup>678</sup>; celui-ci se traduisant non seulement par une absence de clauses spécifiques visant à saisir les écarts de développement économique entre les parties, mais également par un renoncement à la réciprocité réelle par équivalence des droits et obligations conventionnels au profit d'une

---

de l'*Agreement between Japan and Ukraine for the Promotion and Protection of Investment*, 05/02/2015, UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>676</sup> v. Par exemple le *Protocole de facilitation des investissements intra-MERCOSUR* du 07 avril 2017, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5548> ; v. également les articles 15 et 20 du *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, du 14 juin 2017 entre Australia, Cook Islands, Kiribati, Marshall Islands, Micronesia, Federated States of, Nauru, New Zealand, Niue, Palau, Samoa, Solomon Islands, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5587>.

<sup>677</sup> v. OCDE, *Politique de la réglementation : Perspectives de l'OCDE 2018*, Éditions OCDE, Paris, Encadré 4.3, p. 122, <https://doi.org/10.1787/9789264305458-fr> ; v. également OCDE, *Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation: Contrôle et mise en œuvre de la réglementation*, Éditions OCDE, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208926-fr>.

<sup>678</sup> v. AMADIO, *Supra* n° 48.



réciprocité-égalité par identité. Or, il demeure constant que celle-ci est de nature à exacerber les inégalités de fait entre les parties et que l'absence de clauses préférentielles pouvant appréhender ces disparités rend illusoire toute perspective d'*équilibre des intérêts* dans ces premiers AII et compromet l'objectif de développement économique qui se trouve attaché à l'investissement étranger. À cela s'ajoute le fait que la généralisation d'une formulation symétrique de la clause d'arbitrage CIRDI dans les TBI s'est traduite par une captation artificielle sans une réelle altération des droits et obligations des parties et a plutôt servi de catalyseur à une confirmation - dans la pratique - du droit pour l'investisseur de recourir de manière unilatérale à l'arbitrage contre l'État d'accueil.

## **Conclusion du Titre II**

Cet examen en deux étapes des caractéristiques propres du droit international des investissements complète avec à-propos notre analyse sur la nature juridique de *l'équilibre des intérêts*. Il souligne tout particulièrement la causalité entre la nécessité d'un recours au principe d'*équilibre* et le besoin propre à ce droit de faire émerger une source amphibie; c'est-à-dire une norme qui soit une émanation du droit et qui est, en même temps, de nature extra-juridique. Cela confirme et justifie le fait que le principe d'*équilibre* ait pu compter en tant que politique juridique à travers aussi bien sa fonction modératrice et non contraignante - dans l'apaisement des relations d'investissement - que son adéquation avec l'exigence d'une réconciliation des intérêts parfois contradictoires des parties. *L'équilibre des intérêts* conserve à cet égard sa première forme d'expression en droit international des investissements malgré le besoin constant de faire prévaloir en la matière un principe de portée juridique. Ici également on réalise - comme en droit interne et en droit international général - que *l'équilibre des intérêts* est un principe référentiel qui a gouverné et qui gouverne encore aujourd'hui la mise en place de

dispositions spécifiques ou l'édiction de règles particulières relatives à la réduction des inégalités systémiques, aussi bien et davantage au niveau des règles de forme que des règles de fond en droit international des investissements. Sa mise en œuvre exige cependant l'abandon de la réciprocité-égalité comme le gage d'une transformation de l'ensemble des AII en un système plus équilibré.

### **Conclusion de la première Partie**

Cette première partie de l'analyse confirme la prétention totalitaire de *l'équilibre des intérêts* à travers aussi bien son enracinement juridique en droit général que ses spécifications particulières en droit international des investissements. Ses voies d'emprunt formelles sont aussi clairement définies que l'issue de sa mise en œuvre demeure pondérable en fonction de la dimension du principe qui est sollicitée: politique, juridique ou les deux. Et c'est dans cette conjecture que réside l'ambivalence structurelle de *l'équilibre des intérêts*. Plutôt que de ternir, voire s'éclipser faute d'activation permanente, celle-ci s'est accentuée au fil du développement du droit international des investissements de ces soixante dernières années. Dans un premier temps, l'option de mettre en place une politique juridique de *l'équilibre des intérêts* est apparue plus réaliste que celle de faire prévaloir un principe juridique face à l'atmosphère de tension qui a toujours caractérisé les relations d'investissement. Toutefois, si la portée politique du principe d'*équilibre* demeure réursive, celle-ci risque de perdre momentanément de son acuité pour laisser la place à un processus de raffermissement juridique prenant en compte le caractère évolutif de *l'équilibre des intérêts* en tant que PGD. Ainsi, avec ses variations dans le temps, ses spécifications *lato sensu*, ses conditions de réalisation, sa nécessaire adaptation aux changements de situations, la dimension globale de ces changements ainsi que leurs répercussions juridiques, *l'équilibre des intérêts* pourra conserver son caractère juridique et se

traduire *in fine* par la sauvegarde à la fois des *intérêts particuliers* et des *intérêts* propres à la communauté. Bien qu'il demeure constant que son existence en tant que PGD n'est pas à remettre en cause, il reste préoccupant de savoir que certains hésitent encore à l'appliquer ou à s'y référer. Il serait intéressant de s'interroger sur la source de cette aversion à l'égard du principe. Advenant à cet effet que les tribunaux internes précisent que le principe est reconnu par l'État auquel il est appliqué et que la mention de l'admission du principe par les parties au litige se confirme, relayée par la communauté des juristes, alors il serait difficile de continuer à faire prévaloir une application partielle visant seulement à mettre en exergue son caractère souple et médiatisant, au détriment d'une application générale intégrant la prise en compte de sa dimension évolutive.

Au total, il convient de retenir au terme de cette première partie que l'avènement à la qualité de PGD de la politique juridique de *l'équilibre* et de *l'équité des intérêts* suspend sa fonction originelle en droit international des investissements pour que soit établi le droit de *l'équilibre des intérêts*. Car, en faisant prévaloir sa dimension politique, il apparaît inconfortable, voire utopique de faire prévaloir en même temps son caractère évolutif en tant que PGD. Celui-ci demeure et, plus fondamentalement, est la seule dimension du principe qui soit susceptible d'appréhender les conséquences socio-environnementales des opérations d'investissement à travers l'intégration des valeurs nouvelles, fondamentales dans les AII.

**Deuxième Partie**

*L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS* ET SA  
STRUCTURATION DE L'INTERRELATION  
INVESTISSEMENT/ENVIRONNEMENT/DROITS  
FONDAMENTAUX ET SOCIAUX

Si jusqu'à présent, notre approche analytique a plutôt été synchrétique - allant de l'examen du caractère normatif intrinsèque du principe d'*équilibre* à sa mise en œuvre pratique en termes de politique juridique - la suite de notre analyse s'inscrira davantage dans une démarche à la fois diachronique et téléologique. Il convient à cet égard de rappeler que le fait d'avoir mis en exergue la dimension politique de cette source de droit ne signifie nullement une remise en cause de son caractère juridique. En tant que réponse à une attente légitime, son importance pratique s'est accrue au-delà du cadre strict des *intérêts* contradictoires relatifs à l'investissement et de son champ théorique habituel. Et, c'est finalement dans sa complétude, et plus singulièrement grâce à son caractère évolutif en tant que PGD, que l'on réalise que l'*équilibre des intérêts* possède une efficacité opérationnelle qui lui permet de prendre en compte simultanément des considérations anciennes et nouvelles. Il démontre à cet égard une réelle adéquation par rapport à l'exigence actuelle d'une réforme des AII. Avec la concrétisation des normes sociales et environnementales, leur intégration dans les AII ainsi que la transformation du contenu normatif de ceux-ci, l'*équilibre des intérêts* se détermine plus comme un principe référentiel, structurant et générant d'autres normes de protection en droit international des investissements. Quelles sont les manifestations premières des exigences nouvelles d'où découle la juridicité aussi bien foisonnante que transversale des dispositions et règles particulières relatives à la mise en œuvre du principe d'*équilibre*, d'abord pendant la création des droits et obligations conventionnels (Titre III) puis devant les instances de règlement des différends (Titre IV) ?

### TITRE III

## L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ET LA RÉFORME DES AII : L'ARCHÉTYPE D'UNE JURIDICITÉ TRANSVERSALE

L'impact environnemental des opérations d'investissement, la prise de conscience généralisée des problèmes environnementaux et leurs effets contrastés sur les différentes branches du droit international ont induit un processus de changement qui, lui-même, est porté par le souci d'aménager une place à *l'intérêt général* dans la balance des droits et *intérêts* en présence. L'idée de mettre en place un cadre multilatéral va alors conduire à l'élaboration de nouveaux mécanismes d'*équilibre* et suscité l'espoir d'une nouvelle orientation au droit international des investissements<sup>679</sup>. À la préoccupation initiale visant la mise en place d'une politique juridique de *l'équilibre des intérêts* en vue de l'apaisement des relations d'investissement, viendra alors s'ajouter l'exigence du respect d'un PGD. Sur le double plan du contentieux et de la pratique des textes, sa mise en œuvre va se traduire par la prise en compte de *l'intérêt général* dans la balance des intérêts entre l'investisseur et l'État d'une part et, d'autre part, l'intégration des normes et standards internationaux relatifs à l'environnement et les droits socio-sanitaires dans les AII. Selon la CNUCED, le champ thématique global de cette intégration est beaucoup plus restreint comparé au champ classique de l'investissement dominé par des objectifs de promotion, de développement économique, de protection, et de développement social<sup>680</sup>. Toutefois, cette inférence n'est valable que pour la première génération d'AII et ne semble concerner que les instruments juridiques nationaux<sup>681</sup>. Une analyse plus approfondie des variables d'intégration en fonction de leur forme juridique permet de

---

<sup>679</sup> v. les paragraphes § III, p. 59; § VI, p. 83; § X, p. 102; et § XII, p. 109 de l'AMI, *Supra* n° 41.

<sup>680</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 106.

<sup>681</sup> *Ibid.*

constater que le phénomène « migratoire » est beaucoup plus important qu'il ne paraisse et son influence sur la portée juridique du principe d'équilibre l'est encore davantage, aussi bien en ce qui concerne la *hard law* (Chap. 5) que la *soft law* (Chap. 6).

## Chapitre 5

# L'INTÉGRATION DES CONSIDÉRATIONS SOCIALES ET ENVIRONNEMENTALES DANS LES AII COMME CONDITION *D'ÉQUILIBRE*

L'évolution récente de l'univers des AII indique un mouvement de réforme au sein des pays d'importation de l'investissement. Un nombre croissant de pays cherchent à modifier certaines dispositions fondamentales de protection des investissements figurant dans les traités en vigueur. Or, comment explorer de nouvelles approches dans la formulation des règles internationales en matière d'investissement, compléter les dispositions usuelles des AII par des dispositions nouvelles sans s'appuyer sur un modèle préétabli ?

De par son contenu, le projet d'*Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)*<sup>682</sup> de 1998 préfigure la dimension évolutive de *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements. Certes, l'AMI n'est pas un instrument de droit positif mais son élaboration fait partie des efforts significatifs en vue de la mise en place d'un encadrement universel pour l'investissement. En effet, l'absence d'une réglementation internationale a servi de point de départ à la recherche d'un mécanisme global, favorisant par la même occasion le développement d'un faisceau d'instruments conventionnels en vue de la promotion et la protection de l'investissement étranger. Or, l'essor des TBI va provoquer une transformation de l'univers des AII à laquelle peu de pays pouvaient échapper. La préoccupation de rééquilibrer de manière satisfaisante les rapports entre investisseur et État d'accueil devenait persistante. À peine évoqués pour la première fois dans le cadre des travaux préparatoires à la Convention de Washington de 1965<sup>683</sup>, les premiers jalons de la recherche

---

<sup>682</sup> *Accord Multilatéral sur l'Investissement (AMI)*, cité *Supra* n° 41.

<sup>683</sup> v. CIRDI, «Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends



d'*équilibre* vont être plus sérieusement posés par l'AMI. Malgré son échec, le début des négociations de l'AMI marquera un nouveau départ, avec pour conséquence une nouvelle génération de TBI plus tournés vers la protection de valeurs nouvelles à travers notamment l'intégration des considérations sociales et environnementales dans ces AII. Si la pertinence de cette intégration par rapport au respect du principe d'*équilibre* ne suscite guère d'interrogations, tout autre semble être le cas en ce qui concerne l'étendue de la réforme (5.2.) ainsi que le modèle d'intégration indiqué (5.1.).

### **5.1.- Les ajustements proposés par les TBI modèles et les accords régionaux en vue de la prise en compte de l'intérêt général**

Jugeant inopportunes les demandes de renégociation, certains souhaitent qu'elles soient faites dans des circonstances exceptionnelles<sup>684</sup> tandis que d'autres objectent du fait que les parties pourront voir leur marge de manœuvre réduite au moment de la renégociation des contrats ou des nationalisations<sup>685</sup>; et pour d'autres encore, il s'agirait surtout d'éviter que le vent des réformes aille à l'encontre des intérêts des pays en développement<sup>686</sup>. Les leçons tirées de l'expérience du passé avec le passage des concessions traditionnelles aux accords modernes de partenariat dans les années 70 et 80 justifient sans doute cette position<sup>687</sup>. Mais il convient également de tenir compte des voix inexplorées en valorisant les contributions récentes de certains accords régionaux de type

---

relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États» *Supra* n° 524, p. 41, § 13; v. également *Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, Washington DC, vol. I-III, 1970.

<sup>684</sup> v. A., KOLO, and Th., W. WÄLDE (2004), "Renegotiation and contract adaptation in the international investment projects: applicable legal principles and industry practices", *Transnational Dispute Management*, I(1):5-58.

<sup>685</sup> v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, *Supra* n° 66, p. 92.

<sup>686</sup> v. A., KOLO, and Th., W. WÄLDE (2004), *Supra* n° 684

<sup>687</sup> Pour plus de détails, v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, *Supra* n° 66 à la p. 92.

nouveau (5.1.2.); le recours à des méthodes plus appropriées justifiant par ailleurs l'amélioration des modèles anciens (5.1.1.).

### **5.1.1. – La modélisation conventionnelle : un enjeu de cohérence ou une logique autocentrée**

L'une des préoccupations sous-jacentes à la bi-latéralisation des accords d'investissement est la neutralité du modèle ayant servi de base à la négociation des TBI. Peut-il y avoir une neutralité dans la formulation des dispositions d'un AII? L'évidence de la réponse à cette interrogation est telle qu'il devient nécessaire de replacer les modèles de traité dans le temps afin de mieux comprendre leur rôle dans le développement et la transformation de l'univers des AII. Quels sont à cet égard, les véritables enjeux de la modélisation conventionnelle aujourd'hui?

#### **a.- L'enjeu des modèles conventionnels**

Le modèle conventionnel est :

[...] un ensemble de clauses, arrêtées à titre indicatif soit par un État, soit par un groupe d'États, soit par une organisation internationale, pour fournir un canevas dans la négociation des instruments conventionnels – en général des instruments bilatéraux<sup>688</sup>.

Si l'on s'en tient à cette définition, les modèles conventionnels sont d'une portée juridique limitée et sont sans aucune force si ce n'est l'autorité de fait qu'ils exercent sur les instruments qui s'y reflètent et selon leur degré d'acceptabilité sur le plan politique<sup>689</sup>. Cependant, ils ont pu générer plus de 2943 accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements en seulement quelques décennies<sup>690</sup>. Leur rôle sur l'essor

---

<sup>688</sup> Selon la définition proposée par D., CARREAU et P., JUILLARD, *Supra* n° 56, § 1211 à la p. 460.

<sup>689</sup> *Ibid.*, p. 461.

<sup>690</sup> v. *Rapports sur l'investissement dans le monde 2021. Investing in sustainable recovery*, *Supra* n° 579, p.122-3; pour des statistiques semblables v. *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p.110.

des TBI autant que leur influence pendant la phase de négociation des AII sont indéniables. Les TBI modèles contribuent à façonner l'encadrement juridique de l'investissement international dès la phase cruciale de la création des droits et obligations conventionnels. D'où le poids important qu'il convient de leur accorder dans l'analyse des sources d'inspiration du faisceau d'instruments juridiques constitué par les AII. Il ne s'agit pas seulement pour les pays développés de consolider leurs relations d'investissement<sup>691</sup> ni pour les pays en développement de se livrer simplement à un jeu de mimétisme dont l'initiative leur reviendrait *de facto* à cause de leur retard ou de leur manque d'expérience dans la mise en place de pareils instruments<sup>692</sup>. Il s'agit pour des États qui espèrent s'engager dans une relation d'investissement, non seulement de constater leur interdépendance en tant que partenaires « égaux », mais également de reconnaître que le résultat de ce partenariat servira le mieux les intérêts de chacun dans un cadre conçu sur une base *d'équilibre*<sup>693</sup>. Rien que pour cette raison, l'initiative de certains pays en développement d'élaborer leur propre modèle de TBI mérite d'être saluée<sup>694</sup>. Par ailleurs, faut-il le rappeler, le contexte particulier de ces pays est tel que cela relève d'une évidence d'associer l'investissement privé étranger à la croissance économique et au développement. Dès lors, toute tentative de conception d'un cadre juridique adapté à la transformation dynamique et structurelle de ces pays doit avoir pour but de répondre à une double interrogation: quel type d'investissement pour quel type de modèle et vice-versa?

Lorsqu'on s'appesantit sur le cas des pays africains, cette préoccupation s'articule essentiellement autour de l'idée de mettre en place un modèle destiné à « encourager les investissements visant à

---

<sup>691</sup> v. D., CARREAU et P., JUILLARD, *Supra* n° 56, § 1213 à la p. 461.

<sup>692</sup> *Ibid.*, § 1214.

<sup>693</sup> v. H., KRAUS, «La morale internationale», *R.C.A.D.I.*, 1927 (I), vol. 16, p. 248.

<sup>694</sup> Sur les 84 modèles recensés par la CNUCED au moins 40 sont attribués aux pays en développement v. la Base de données *UNCTAD's IIA Navigator*, [International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#) (consulté le 27 juillet 2021).

promouvoir l'industrialisation et les investissements de grandes valeurs, capables d'avoir un meilleur effet d'entraînement sur les économies locales »<sup>695</sup>. Autant la nature, le caractère que l'esprit des modèles revêt à cet égard une importance capitale. Malheureusement, la plupart des TBI conclus par les pays en développement se trouvent encore calqués sur les modèles conçus par leurs partenaires du Nord. Sans forcément y voir une forme de recolonisation économique, il semble cependant légitime de s'interroger sur la capacité réelle des TBI modèles mis en place par les pays africains à intégrer à la fois la perspective globale des relations d'investissement et les réalités économiques de ces pays. Au même moment, ce serait mépriser les enjeux de la modélisation conventionnelle et le contenu matériel du droit international des investissements de ce début de siècle que de ne pas prendre en considération ces modèles sudistes dans l'examen de la matière. Au lieu de se cantonner à constater que le droit des investissements était naguère un droit de protection des investissements provenant des pays développés<sup>696</sup>, il convient de réaliser que celui-ci est désormais tourné vers la recherche d'un *équilibre global des intérêts* entre partenaires économiques internationaux; peu importe qu'ils soient du Nord ou du Sud, industrialisés ou pas industrialisés. Il n'y a donc pas d'étrangeté à voir un pays en développement se préoccuper de rédiger son propre modèle »<sup>697</sup>. En revanche, cela peut être intéressant pour l'analyse, de rechercher en quoi un TBI modèle peut être porteur d'un projet *d'équilibre des intérêts* ?

Là également, la réponse, nous semble-t-il, a déjà été ébauchée. Même s'il demeure constant que les TBI modèles ressemblent plus à des traités d'adhésion notamment en ce qui concerne les AII issus du partenariat Nord-Sud, il serait plus judicieux d'observer qu'un TBI n'est

---

<sup>695</sup> v. K., YELPAALA, «Vers un modèle de code des investissements pour l'Afrique», *Revue du droit au service du développement*, Vol. 1, 2006, p. 53.

<sup>696</sup> v. D., CARREAU et P., JUILLARD, *Supra* n° 56, § 1213 à la p. 461.

<sup>697</sup> *Ibid.*

pas déséquilibré par essence. C'est le contexte de négociation, l'objet de l'accord, son contenu ainsi que la qualité des parties qui influencent la balance des intérêts. On se rappelle que vers la fin des années 60, on a dit de la concession qu'elle était une forme juridique « coloniale et réactionnaire par nature »<sup>698</sup>. Elle était alors redoutée tant par les pays riches que par les pays en développement, mais pour des raisons différentes. Les premiers par crainte de nationalisations subites et les seconds par réaction de rejet face à une présence massive d'intérêts étrangers dans des secteurs importants et symboliques de l'économie nationale que sont les ressources naturelles. On a pourtant fait valoir les avantages réciproques pour chaque partie, en particulier, la facilité avec laquelle les pays en développement peuvent administrer une concession<sup>699</sup>. Cela n'a pas empêché un grand nombre de ces pays de considérer la concession comme « un don fait par le faible au fort », un symbole de la puissance coloniale que l'on a tôt fait de remplacer par d'autres formules regroupées sous la dénomination de « contrats d'opération »<sup>700</sup>. Mais le résultat est bien connu. Que ce soit les anciens modes de coopération (associations facultatives ou obligatoires) ou que ce soit les nouvelles formes d'investissements<sup>701</sup>, on a pu constater que les concessions notamment pétrolières ont joué un rôle déterminant dans la formulation de la doctrine du « contrat d'État »<sup>702</sup>, et que la *joint-venture* s'est maintenue comme modalité principale de l'investissement international. L'évolution actuelle de l'univers des accords d'investissement confirme ce constat,

---

<sup>698</sup> Ch., LEBEN, *Supra* n° 616 à la p. 933.

<sup>699</sup> Sur l'ensemble de la question v. Ch., LEBEN, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales », *J.D.I.*, 1980, n°3, pp. 539-604 et plus spc. p. 597 et s.

<sup>700</sup> *Ibid.*, p. 598.

<sup>701</sup> Ch., OMAN, *Les nouvelles formes d'investissements dans les pays en voie de développement*, *Supra* n° 430.

<sup>702</sup> Sur cet aspect de la question voir les références citées *Supra* n° 458 et 461, et plus spécialement, v. P., WEIL, *Supra* n° 20; « Droit international et contrat d'État », *Mélanges REUTER*, *Supra* n° 20; « Principe généraux du droit et contrat d'État », *Études GOLDMAN*, Litec, 1982; v. également Ch., LEBEN, *Supra* n° 458.

notamment en ce qui concerne la prise en compte des spécificités relatives aux différentes formes d'investissement visées par les cadres juridiques empruntés à des modèles d'accords existant ou générés par ceux-ci<sup>703</sup>.

## **b.- Les TBI modèles**

On considère généralement deux sources d'inspirations des modèles nationaux de TBI : une source européenne et une source américaine<sup>704</sup>. En effet, l'apparition des premiers modèles de TBI remonte au Projet OCDE de convention sur la protection des biens étrangers de 1967<sup>705</sup> et leur développement s'observait jusqu'à une date récente seulement en Occident; tous les pays développés ayant créé des réseaux plus ou moins étoffés de conventions bilatérales à partir soit d'un modèle empirique, soit d'un TBI modèle. Toutefois, la physionomie de l'univers des AII ainsi que les mouvements de différenciation entre les modèles nationaux, obligent aujourd'hui à constater «l'émiettement et l'éparpillement des sources conventionnelles de caractère fragmentaire qui ne sont ni hiérarchisées, ni coordonnées entre elles»<sup>706</sup>. Plutôt que de se focaliser sur les dissemblances et les divergences entre deux sous-ensembles de TBI élaborés à partir de deux modèles qui ont du mal à fusionner, il serait plus judicieux de s'écarter de cette classification binaire américano-européenne. La démarche la moins coûteuse eut alors été celle d'une classification en deux ou trois générations de TBI modèles. Toutefois, la matrice analytique proposée par Yelapaala<sup>707</sup> nous semble plus

---

<sup>703</sup> CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, *Supra* n° 66 à la p. 86; v. également P., de VAREILLES-SOMMIERES et A., FEKINI, « Les nouveaux contrats internationaux d'exploitations et de partage de production pétrolière en Libye », *JDI*, Janvier-Février-Mars 2008, p. 3-30.

<sup>704</sup> *Ibid.* p. 462.

<sup>705</sup> *Projet de convention sur la protection des biens étrangers*, *Supra* n° 60. Nous ne prenons pas ici en considération les anciens traités de commerce et de navigation dont certains remontent à 1852 (v. P., JUILLARD, *Supra* n° 584 aux p. 111 et s.).

<sup>706</sup> v. D., CARREAU et P., JUILLARD, *Supra* n° 56, § 1218 à la p. 463.

<sup>707</sup> v. K., YELPAALA, *Supra* n° 695 aux p. 63-70.

intéressante en raison de sa capacité à cerner la dimension réelle du principe d'*équilibre*. Selon cette matrice, il faut distinguer entre trois sortes de modèles : «générique et général», «complet et inclusif» et le modèle linéaire, c'est-à-dire celui qui consiste à réunir une série de textes ou dispositions «étroitement et intimement liées»<sup>708</sup>.

Observons d'emblée que le triptyque «générique, inclusif et linéaire», n'est pas la seule manière d'intégrer la dimension «*équilibre*» dans la création des droits et obligations conventionnels. En partant du présupposé que tous les modèles sont à la fois dynamiques et composites, on pourrait améliorer cette matrice en supprimant son troisième composant dont les limites théoriques nous semblent manifestes. Il restera alors le modèle «générique et général» ainsi que le modèle «complet et inclusif». Par ce dernier, nous entendrons le modèle qui a généré la génération récente de TBI et qui a la particularité de prendre en compte tous les indicateurs émergents de *l'équilibre des intérêts* à savoir : le développement durable, la prise en compte de *l'intérêt général* à travers la protection de l'environnement, la santé, les droits humains fondamentaux et sociaux, la responsabilité sociale des entreprises (RSE), le droit de réglementer et la compatibilité avec l'ensemble du système<sup>709</sup>. Les exemples les plus significatifs et probablement les mieux achevés sont sans doute le *Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE)* du Canada de 2021<sup>710</sup>, le modèle

---

<sup>708</sup> Ibid.

<sup>709</sup> Selon la feuille de route de la CNUCED pour la réforme du régime des accords internationaux d'investissement, ces indicateurs se résument en cinq points à savoir : améliorer la cohérence du système; garantir le droit de réglementer tout en protégeant les investisseurs; garantir des investissements responsables; modifier le système de règlement des différends relatif aux investissements; promouvoir et faciliter l'investissement (v. CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, *Supra* n° 571, p. 2; *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 119).

<sup>710</sup> v. [Modèle D'APIE – 2021 \(international.gc.ca\)](https://www.international.gc.ca/modèle-api-2021). Le premier modèle remonte à 2004 (*Supra* n° 44). Il a ensuite été révisé pour aboutir à un modèle plus complet et plus inclusif en 2012 dont la version de 2014 ne sera que la reprise.

marocain de 2019<sup>711</sup>, le prototype norvégien de 2015<sup>712</sup>, le modèle sud-africain de 2012<sup>713</sup> ou encore le modèle brésilien de 2015<sup>714</sup>, qui font tous expressément référence à la protection des valeurs fondamentales de l'homme, consacrent le droit de légiférer («*Right to Regulate*»), prescrivent la RSE, prévoient des dispositions désormais classiques relatives à la protection de l'environnement, la santé, la sécurité, ainsi qu'à des considérations diverses de transparence, de participation du public au règlement des différends, des clauses de réserve et de révision, ... etc. Viennent ensuite les prototypes qui, à défaut d'innover, ont fait l'effort de s'adapter au rythme des changements législatifs et réglementaires en reproduisant certaines dispositions clefs de l'ALENA ou de l'AMI relatives à la protection de l'environnement. C'est le cas notamment du TBI modèle américain de 2012<sup>715</sup>.

Si nous restons avec cet ensemble d'exemples constituant la deuxième catégorie (selon la matrice Yelapaala), c'est-à-dire le modèle « complet et inclusif », il faut également retenir qu'il couvre non seulement « les questions relatives aux entraves, aux incitations et aux caractéristiques du climat des investissements, mais aussi l'autonomisation des gouvernements des pays hôtes »<sup>716</sup>. L'objectif est de mettre en place un cadre juridique adapté à l'attrait des investissements dans tous les secteurs de l'économie nationale avec un accent particulier

---

<sup>711</sup> *Morocco Model BIT 2019*, [International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2871).

<sup>712</sup> Le texte auquel nous nous référons ici est encore sous la forme d'un projet (*Supra* n° 44) mais l'original n'est qu'une version améliorée du modèle de 2007 <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2873>.

<sup>713</sup> *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template* <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2875>.

<sup>714</sup> *Cooperation and facilitation investment agreement between the Federative Republic of Brazil and (hereinafter designated as the "Parties" or individually as "Party", International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub*.

<sup>715</sup> Il s'agit du quatrième modèle, *Supra* n° 44, (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2870>) après ceux de 2004 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2872>), 1994 et 1984.

<sup>716</sup> v. K., YELPAALA, *Supra* n° 695, p. 65.



sur l'industrialisation, l'accès aux capitaux financier, l'exportation des produits manufacturiers, le développement technologique<sup>717</sup>. Ordinairement, ce type de modèle offre aux décideurs l'avantage de disposer d'un canevas où sont déjà identifiés les plus importants besoins en investissement en vue de la négociation d'un cadre juridique cohérent et uniforme. Sa portée théorique demeure toutefois limitée à seulement une centaine de TBI<sup>718</sup>.

Il y a en second lieu le modèle conçu sur une base « générique et général » qui est probablement le plus répandu et qui ne vise pas à couvrir ni des besoins spécifiques ni une catégorie prédéterminée d'investissements<sup>719</sup>. La plupart des anciens modèles occidentaux, généralement conçus dans un contexte de libéralisme économique, entrent dans cette catégorie-là. Le but était surtout d'éviter qu'il y ait de la distorsion entre investisseurs et d'éliminer les entraves à la libre concurrence. L'on comprend aisément qu'ici, l'accent soit plutôt mis sur les règles de traitement et de protection. Certes, il convient de remarquer qu'un modèle de TBI à caractère générique et général qui se contente de garantir la sécurité et la protection des investissements n'est pas adaptée à une économie reposant sur le secteur informel<sup>720</sup>. Ensuite, non seulement sa conception initiale comporte des lacunes par rapport aux perspectives actuelles de l'investissement international, mais également, il

---

<sup>717</sup> Ibid., p. 65-66.

<sup>718</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569.

<sup>719</sup> v. Par exemple le modèle empirique allemand des années 60 (on peut pour ce modèle se référer au *Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République Togolaise relatif à l'encouragement des investissements de capitaux du 16 mai 1961*, *UNCTAD's IIA Navigator*; le *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, 25/11/1959, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'*Agreement Between the Federal Republic of Germany and the Federation of Malaya Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 22/12/1960, *UNCTAD's IIA Navigator*; et le *Traité entre le Royaume de Thaïlande et la République fédérale d'Allemagne relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements du 13 décembre 1961*, *UNCTAD's IIA Navigator*; v. également le *Modèle Sud-africain de 1998*, *UNCTAD's IIA Navigator*. Ce modèle diffère en bien des points de celui plus récent de 2012, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template*, *Supra* n° 713.

<sup>720</sup> v. K., YELPAALA, *Supra* n° 695, p. 66.

serait téméraire de continuer à le reproduire. Après avoir clairement posé le principe de leur refonte en 2014<sup>721</sup>, le groupe d'experts de la CNUCED sur l'investissement - réuni lors de sa cinquième session en octobre 2017 sous l'égide du Conseil du commerce et du développement - a réaffirmé le constat selon lequel:

Les accords de première génération perpétuent les incohérences. Leur maintien en vigueur entraîne des chevauchements, une fragmentation des relations conventionnelles et des problèmes de compatibilité<sup>722</sup>.

Ne pouvant alors redéfinir directement leur contenu, il a fallu réitérer en étoffant le plan d'action élaboré en 2015 à l'effet d'induire une modification du régime des AII<sup>723</sup>. Selon la CNUCED, la question ne se posait donc plus de savoir s'il fallait ou non réformer, mais plutôt « *ce qu'il faut réformer, comment et dans quelle mesure* »<sup>724</sup>. La démarche proposée oscille entre le réalisme et l'objectivité. Elle est à la fois complémentaire et multi-optionnelle. Elle consiste pour les pays qui souhaitent mettre leurs accords existants en conformité avec leurs nouveaux objectifs de politique publique à choisir entre dix différents procédés: techniques (interprétation ou révision) pour certains, politiques pour d'autres, et pour d'autres encore il s'agit de mettre l'accent, soit sur la procédure d'amendement ou de remplacement des accords, ou soit sur leur portée à travers la référence à des normes internationales<sup>725</sup>.

La pertinence de la démarche nous semble incontestable d'autant qu'elle vise à faire émerger des dispositions spécifiques au terme d'un

---

<sup>721</sup> Lancé en 2014 (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014*, *Supra* n° 572, p. 25-26), l'appel à une refonte du régime des AII a été réitéré en 2015 (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015*, *Supra* n° 66, p. 30) puis en 2016 (v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2016*, *Vue d'ensemble*, *Supra* n° 66, p. 22).

<sup>722</sup> v. CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, *Supra* n° 571, p. 3.

<sup>723</sup> v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015*, *Vue d'ensemble*, *Supra* n° 66, p. 28.

<sup>724</sup> *Ibid.*

<sup>725</sup> v. CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, *Supra* n° 571, p. 3.

processus de transformation du cadre global de l'investissement. Il convient toutefois de ne pas en exagérer la portée malgré le succès d'estime dont elle peut bénéficier auprès des États qui ont d'ores et déjà commencé le processus de réforme. Rappelons à cet égard le modèle africain de code des investissements du 19 décembre 2003<sup>726</sup> qui se voulait être le point de départ de la réforme du régime des AII spécifiques à l'Afrique<sup>727</sup>. Sa contribution est surtout d'avoir pris en compte le secteur informel et ses acteurs afin de transformer le capital inerte des économies africaines en une « source dynamique, transparente et formelle de développement économique »<sup>728</sup>. Toutefois, si l'objectif avait été de générer une infrastructure économique axée sur le néo-libéralisme, l'on aurait beau jeu de reprocher au modèle africain d'être allé plus loin qu'il n'en faut. Autrement dit, l'objet d'un modèle destiné à un PVD doit être de maintenir la dynamique du système formel tout en transformant le système informel<sup>729</sup>. Or, cette dualité d'objet si importante pour les PVD est absente dans les modèles initialement conçus pour les économies occidentales. Ce défi se double de celui plus actuel de la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur. De toute évidence, la question du type d'instruments juridiques nécessaires à l'encadrement de l'investissement n'est jamais neutre et requiert une approche à la fois pragmatique et clairvoyante. On peut donc affirmer avec l'un de ses principaux artisans, que le *Draft Pan-African Investment Code (PAIC)*<sup>730</sup> de mars 2016 a arboré la parure d'une nouvelle génération d'AII:

---

<sup>726</sup> v. Texte intégral du Modèle de Code à la fin de l'article de YELPAALA, *Supra* n° 695, Annexe VIII, p. 119.

<sup>727</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>728</sup> *Ibid.*

<sup>729</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>730</sup> *Draft Pan-African Investment Code, Doc. E/ECA/COE/35/18, AU/STC/FMEPI/EXP/18(II), 26 March 2016, Issu de la réunion conjointe des comités d'experts de la Commission économique pour l'Afrique des Nations Unie (35<sup>e</sup>) et de l'Union africaine (2<sup>nd</sup>), du 31 mars au 2 avril 2016 à Addis Ababa. Le projet de texte est disponible sur le site <http://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/23009/b11560526.pdf?sequence=1>, (Consulté, le 29 mars 2018).*

The PAIC is part of new generation of instruments that embed the regulation of foreign investment in the realm of sustainable development. It also calls for greater balance between the rights and obligations of investors and host states<sup>731</sup>.

Reste cependant à savoir si le PAIC comporte également des composantes spécifiques à l'Afrique notamment en ce qui concerne la forte dépendance des pays africains vis-à-vis des matières premières. C'est probablement là, nous semble-t-il, la contribution la plus significative de ce projet de modèle dont le chapitre 4 prescrit une série d'obligations à la charge de l'investisseur, notamment:

Obligations as to the use of natural resources:

1. Investors shall not exploit or use local natural resources to the detriment of the rights and interests of the host State.
2. Investors shall respect rights of local populations, and avoid land grabbing practices vis-à-vis local communities<sup>732</sup>.

Malgré son caractère permissif, cette disposition offre une meilleure perspective pour les pays africains à condition toutefois que les réformes en cours soient l'occasion pour les gouvernements de ces pays de compléter leur arsenal juridique (législatif et réglementaire) en vue de générer des cadres complets et efficaces du point de vue de la transformation du rôle historique de l'Afrique dans l'économie mondiale - en tant que fournisseur de matières premières. Un pas important avait déjà été franchi dans ce sens avec le Traité établissant l'Union africaine qui a fait fleurir d'abondantes dispositions relatives à l'encadrement juridique de l'exploitation des ressources naturelles en Afrique et dont le Chapitre IX est intitulé: « Industrie, science, technologie, énergie, ressources naturelles et environnement »<sup>733</sup>. De nombreux exemples de

---

<sup>731</sup> M., M., MBENGUE, «Africa and the Reform of the International Investment Regime. An introduction», *Journal of World Investment & Trade*, Special Issue, 18 (2017), 371-378; v. également CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 113.

<sup>732</sup> v. l'article 23 du *Draft Pan-African Investment Code*, *Supra* n° 730, p. 10.

<sup>733</sup> v. notamment les 12 articles du chapitre indiqué et plus spécialement l'article 56, *Treaty Establishing The African Economic Community* du 03 juin 1991, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2406> (consulté le 19/02/2018).

pays dont les politiques ont été appuyées par des cadres juridiques appropriés nous montrent bien que cela est possible<sup>734</sup>. Enfin, l'effort de systématisation doit également porter sur l'effet combiné des options envisagées dans la perspective d'un meilleur respect du *principe d'équilibre*.

### **5.1.2.- La contribution de certains accords: le *PACER-plus*, le *PTPGP* et l'*AECG* comme 3 exemples d'adaptation à l'exigence de cohérence du système des AII**

D'entrée de jeu, il faut observer qu'en l'absence de règles multilatérales sur l'investissement et compte tenu de son caractère fragmentaire et pluriel:

Le système des AII entraîne des lacunes, des chevauchements et des incohérences entre les accords, entre les accords et d'autres instruments de droit international, et entre les accords et les politiques nationales<sup>735</sup>.

Or, dans la mouvance de la réforme en cours, les TBI ont été identifiés comme étant la principale source de ces difficultés<sup>736</sup>. Aussi, les accords méga-régionaux ont-ils émergé comme l'alternative la plus rassurante en vue d'une meilleure gestion des interactions, autant à l'intérieur du système des AII qu'entre ceux-ci et les autres instruments juridiques, de manière à harmoniser et à rendre plus compatible l'environnement juridique de l'investissement étranger<sup>737</sup>. Le *PTPGP*<sup>738</sup> et l'*AECG*<sup>739</sup> d'une part, puis *l'ALE Argentine-Chili*<sup>740</sup> et *l'Accord du Pacifique pour le*

---

<sup>734</sup> v. notamment le cas du Japon, de la Corée du Sud, de la Chine taïwanaise, et de la Pologne dont les économies ont émergé au lendemain de la seconde Guerre grâce à des politiques courageuses de transformation (v. K., YELPAALA, *Supra* n° 695, p. 54).

<sup>735</sup> v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015*, *Supra* n° 66, p. 30.

<sup>736</sup> v. les références citées *Supra* n° 66, 571, 572, et plus spécialement, CNUCED, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, *Supra* n° 571, p. 3.

<sup>737</sup> *Ibid.*

<sup>738</sup> v. *Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, *Supra* n° 170.

<sup>739</sup> v. *Accord économique et commercial global (AECG)* entre le Canada et l'Union européenne (UE) signé le 30 octobre 2016 et entré en vigueur le 21 septembre 2017, texte final de l'accord, v. Base de données de la CNUCED, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3593> (consulté le 22/03/2018).

<sup>740</sup> v. *Accordo comercial entre la República Argentina y la República de Chile*, 02/11/2017, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5661>.

*renforcement des liens économiques (PACER-plus)*<sup>741</sup> d'autre part, semblent à cet égard se démarquer de par leur caractère « complet et inclusif », devenant ainsi les 4 prototypes les mieux achevés de la nouvelle génération des AII respectivement en 2016<sup>742</sup> et en 2017<sup>743</sup>. Pour ces mêmes raisons, il serait opportun d'examiner - pour chacun de ces accords- les aspects les plus significatifs à l'effet d'une réponse à la problématique de *l'équilibre des intérêts*.

Sur l'ensemble des 32 AII enregistrés en deux ans (soient 19 AII en 2016 et 13 AII en 2017), le *PTPGP*, l'*AECG* et le *PACER-plus* sont les 3 accords du même type à avoir pris en considération la totalité des éléments de contenu qui ont permis la construction de la base de données *IIA Mapping Project* et qui peuvent être répertoriés directement à partir de ce navigateur<sup>744</sup>. Sources d'enrichissement des AII et critères d'orientations de la réforme en cours, ces indicateurs sont au nombre de onze à avoir été récemment listés par la CNUCED suivant une approche résolument synthétisante:

**1.** Références à la protection de la santé et de la sécurité, des droits du travail, de l'environnement ou du développement durable dans le préambule du traité;

**2.** Définition plus précise de l'investissement (par exemple, référence aux caractéristiques de l'investissement, exclusion des investissements de portefeuille, des obligations souveraines ou des créances découlant exclusivement de contrats commerciaux);

**3.** Traitement juste et équitable circonscrit (équivalent à la norme

**6.** Omission de la clause dite "parapluie";

**7.** Exceptions générales, par ex. pour la protection de la vie ou de la santé humaine, animale ou végétale; ou la conservation des ressources naturelles épuisables;

**8.** Reconnaissance explicite que les parties ne devraient pas assouplir les normes en matière de santé, de sécurité ou d'environnement pour attirer des investissements;

---

<sup>741</sup> v. *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, *Supra* n° 676.

<sup>742</sup> v. «Table III.3. Reform-oriented provisions in IIAs concluded in 2016», dans *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 121.

<sup>743</sup> v. «Table III.4. Reform-oriented provisions in IIAs concluded 2000 and in 2017», dans *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018 : l'investissement et les nouvelles politiques industrielles*, NATIONS UNIES, NY & GE, 2018, p. 97.

<sup>744</sup> v. UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator, IIA Mapping Project*, *Supra* n° 44, (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>) (consulté le 18/01/2018).

minimale de traitement des étrangers en droit international coutumier et/ou clarification avec une liste d'obligations de l'État);

**4.** Clarification de ce qui constitue ou non une expropriation indirecte;

**5.** Exceptions détaillées concernant le libre transfert de fonds, y compris les difficultés de balance des paiements et/ou l'application des lois nationales;

**9.** Promotion des normes de responsabilité sociale et d'entreprise en intégrant une disposition distincte dans l'AII ou en tant que référence générale dans le préambule du traité;

**10.** Limitation de l'accès à l'ISDS (Règlement des différends entre investisseurs et États) (par exemple, limitation des dispositions conventionnelles soumises à l'ISDS, à l'exclusion des domaines politiques de l'ISDS, limitation du délai pour soumettre des revendications, pas de mécanisme ISDS);

**11.** Dispositions incitatives spécifiques à la promotion de l'investissement »<sup>745</sup>.

Certes, la question de la validation de ces variables ne s'est pas encore posée mais elle pourrait bien l'être. Il convient à cet égard d'observer que de nombreux indicateurs ne figurent pas sur ce *listing*, soit parce qu'ils ne sont pas suffisamment mis en exergue ou soit parce qu'ils ont simplement été délaissés au profit d'autres options jugées plus pertinentes. Il s'agit principalement du « droit de légiférer » et ses nombreuses variantes (liberté normative, flexibilité réglementaire, initiatives législatives), le traitement national (TN) et le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), les clauses de transparence, la primauté par rapport à certains accords de protection de l'environnement, les exceptions relatives à la culture et à l'ordre public, la facilitation, le niveau des engagements souscrits (national, bilatéral ou multilatéral). Il eut été utile de les intégrer afin de mieux cerner la problématique de la substitution (souhaitée) des TBI par les accords méga-régionaux, ou encore celle de l'unicité ou de la modernisation des AII en général.

À cette étape de l'analyse, et par souci de concision, nous ne pourrions nous en tenir qu'à la « facilitation » et au « droit de légiférer », afin

---

<sup>745</sup> v. CNUCED, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 121. [Traduction non officielle].

de souligner l'effet d'entraînement de ces deux indicateurs sur l'ensemble du système<sup>746</sup>. Plus fondamentalement, nous voudrions rappeler que dans la perspective de *l'équilibre des intérêts*, cet effet peut être diversement apprécié, aussi bien en termes de solutions novatrices que de moyens de préservation de l'espace réglementaire<sup>747</sup>. Dans l'un comme dans l'autre cas, le *PACER-plus* se démarque non seulement par une disposition spécifique à la facilitation<sup>748</sup> mais également par la manière d'optimiser la portée juridique des clauses dérogatoires relatives à la préservation de l'espace réglementaire<sup>749</sup>. Outre la consécration du droit de légiférer<sup>750</sup>, le *PACER-plus* incorpore en même temps les deux formules courantes d'exceptions générales<sup>751</sup> visant à dégager les États parties de toute responsabilité au titre de l'accord – notamment pour les mesures prises de bonne foi en vue de la protection du bien-être public<sup>752</sup>. L'Accord du Pacifique comporte aussi une clause dérogatoire autonome incorporée au chapitre 9 sur l'investissement<sup>753</sup>.

---

<sup>746</sup> v. les développements qui précèdent à la sous-section « 4.1.2. », paragraphe « b » en ce qui concerne la facilitation.

<sup>747</sup> Sur la notion d'espace réglementaire en droit international des investissements, voir v. Ch.-E., CÔTÉ, « From Sea to Sea: Regulatory Space of Government in Canada under CPTPP and CETA Investment Chapters » (2019), *Transnational Dispute Management*, (TDM, ISSN 1875-4120) April 2019, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com); v. également, Tomer Broude, Yoram Z Haftel & Alexander Thompson, "The Trans-Pacific Partnership and Regulatory Space: A Comparison of Treaty Texts" (2017) 20 *J Intl Econ L* 391; Markus Wagner, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law" (2014-2015) 36 *U Pa J Int'l L* 1; Tania Voon, "Introduction: National Regulatory Autonomy and the Trans-Pacific Partnership Agreement", in Tania Voon (ed), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2013).

<sup>748</sup> v. l'article 20 du *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, *Supra* n° 676.

<sup>749</sup> v. l'article 1 (Chap. 11) du *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, *ibid.*

<sup>750</sup> v. l'article 2 du *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, *ibid.*

<sup>751</sup> Il s'agit de celles prévues à l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), *Supra* n° 337; et de celles relatives à l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/26-gats.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats.pdf) (consulté, le 06/02/2019).

<sup>752</sup> v. notamment les paragraphes 3 à 7 de l'article 1 (Chap. 11) du *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, *Supra* n° 676.

<sup>753</sup> v. l'article 19 du *Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus*, *ibid.*



Comparés au *PACER-plus*, le *PTPGP* et l'*AECG* ont plutôt adopté une approche minimaliste par rapport à la manière de protéger l'autonomie réglementaire<sup>754</sup>. Même si les deux accords affirment clairement le droit pour les Parties de réglementer<sup>755</sup>, il demeure que : « Overall neither *CPTPP* nor *CETA* stands out as better protecting or reducing more the regulatory space of government »<sup>756</sup>. Cette constatation serait également valable en ce qui concerne le projet d'accord de libre-échange transatlantique entre l'Union européenne et les États-Unis<sup>757</sup>. Elle l'est davantage pour les deux accords méga-régionaux ici concernés et dont le Canada est partie; la signature du *PTPGP* par le Canada et les onze autres parties ayant été complétée le 5 février 2016 et suivie de celle de l'*AECG* quelques mois plus tard, le 30 octobre 2016 suite à deux processus de négociation aux trajectoires différentes<sup>758</sup>. Malgré son potentiel en termes de mobilisation

---

<sup>754</sup> Pour plus de détails, v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 747; v. également C., HENCKELS, «Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP», (2016) 19 *J Intl Econ L* 27.

<sup>755</sup> v. le préambule de chacun des deux accords, respectivement au paragraphe neuvième (pour le *PTPGP*, *Supra* n° 170) et au paragraphe sixième (pour l'*AECG*, *Supra* n° 739).

<sup>756</sup> v. Ch.-E., Côté, *Supra* n° 747, p. 4.

<sup>757</sup> v. C., HENCKELS, *Supra* n° 754, p. 27-50. Le projet d'accord de libre-échange transatlantique est actuellement en cours de négociation et son état d'avancement a récemment fait l'objet d'un rapport (v. *NOTE FOR THE TPC/INTA EU-US Relations: Interim Report on the work of the Executive Working Group*, 30 January 2019, site officiel de l'UE, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc\\_157651.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157651.pdf)).

<sup>758</sup> Pour un aperçu du processus de négociation de ces accords, v. Ch.-E., CÔTÉ, « Chronique de Droit international économique : Investissement », *A.C.D.I.*, 2013-2016, et plus spécialement les éditions de 2014 aux pp. 397-409 (pour l'*AECG*) et celle de 2015 aux pp 408-26 (pour le *PTPGP*). Le lecteur pourra également se référer aux textes suivants : Kurt Hübner, "Canada and the EU. Shaping Transatlantic Relations in the Twenty-First Century", in Kurt Hübner (ed), *Europe, Canada and the Comprehensive and Economic Trade Agreement: Taming Globalization* (London: Routledge, 2011) 1; August Reinisch, "The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor State Arbitration to a Permanent Investment Court", in Armand de Mestral (ed.), *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies* (Waterloo (Ont): Centre for International Governance Innovation, 2017) 333; Damien Nyer, "The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement" (2015) 32 *J Int'l Arb* 697; Céline Lévesque, "The Challenge of 'Marrying' Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA", in Marc Bungenberg, August Reinisch and Christian Tietje (eds), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges* (Baden-Baden (Germany): Nomos, 2013), 121; Amokura Kawharu, "The Negotiations for a Trans-Pacific Partnership Agreement" (2012) 27 *ICSID Rev* 145; Deborah K Elms and Chin L Lim, "An Overview and Snapshot of the TPP Negotiations", in Chin L Lim, Deborah K Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership: A*

de flux d'investissements Trans-pacifiques<sup>759</sup> et avant son entrée en vigueur le 30 décembre 2018, le *PTPGP* est resté tributaire de l'influence américaine<sup>760</sup> jusqu'à ce que les États-Unis aient confirmé leur sorti du *PTP*<sup>761</sup>. Quant à l'*AECG*, les rebondissements successifs entourant sa signature<sup>762</sup>, la controverse nourrie par une opposition grandissante à son égard en Europe, et finalement le blocage de sa signature par la Wallonie<sup>763</sup>, ont conduit Bruxelles et Ottawa à renégocier certains aspects de l'accord pour ensuite procéder à des modifications substantielles, apportées notamment au chapitre sur l'investissement<sup>764</sup>. En février 2016, la remise à jour technique du texte de l'accord en vue de sa signature a abouti non seulement au remplacement du mécanisme usuel d'arbitrage investisseur/État par un système de tribunal permanent, mais également à sa mise en application à titre provisoire le 21 septembre 2017<sup>765</sup>.

Pour avoir été ainsi échafaudé différemment, le *PTPGP* et l'*AECG* représentent également deux conceptions distinctes dans la recherche d'une solution novatrice à la question de l'équilibre entre la protection de

---

*Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2012) 21; Meredith Kolsky Lewis, "The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing?" (2011) 34 *BC Int'l & Comp L Rev* 27; José Alvarez, "Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the New 'Gold Standard'?" (2016) 47 *Victoria U Wellington L Rev* 503; Leon E Trakman, "The Status of Investor-State Arbitration: Resolving Investment Disputes under the Transpacific Partnership Agreement", in Tania Voon (ed), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2013); Julien Chaisse, "TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making", in Chin L Lim, Deborah K Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2012) 147.

<sup>759</sup> v. R., OUELLET, «La nouvelle génération de partenariats et accords économiques entre "like-minded countries": une résurrection du concept de traité-contrat», dans *Génération TAFTA. Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, C., DEBLOCK, et J., LEBULLENGER (dir.), Presses universitaires de Rennes, 2018, p. 163.

<sup>760</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 758, p. 467.

<sup>761</sup> v. l'acte de retrait, *Supra* n° 171.

<sup>762</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 758, p. 474-75.

<sup>763</sup> *Ibid.*, p. 476.

<sup>764</sup> *Ibid.*, p. 474.

<sup>765</sup> À l'exception de la majeure partie du chapitre consacré aux investissements (Pour l'avis d'application provisoire, v. *Notice concerning the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the One Part, and the European Union and its Member States, of the Other Part, [2017] EUOJ N° L 238/9*).

l'investissement et la marge de manœuvre de l'État en matière de réglementation<sup>766</sup>. Si le premier reste essentiellement une transposition du prototype américain de TBI dans la zone économique du Pacifique<sup>767</sup>, avec toutefois quelques améliorations notables<sup>768</sup>, le second semble être plus représentatif des préoccupations des États parties, y compris en ce qui concerne le règlement des différends<sup>769</sup>. Au reste, en tant qu'AII de la nouvelle génération, le *PACER-plus*, le *PTPGP* et l'*AECG* s'inscrivent dans la phase I de la réforme en cours. Par conséquent, ils intègrent les considérations essentielles à la prise en compte des «objectifs réglementaires». Toutefois, ces accords démontrent de par leurs historiques<sup>770</sup> que la méga-régionalisation des TBI comme solution à l'éclatement de l'univers des AII, n'est peut-être pas une perspective illusoire ni isolée, même si sa réalisation peut se révéler laborieuse.

---

<sup>766</sup> v. Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 747, p. 4 et s.

<sup>767</sup> *Ibid.*

<sup>768</sup> v. Précisément l'exception autonome de l'article 9.16 relatif à «Investissement et objectifs en matière d'environnement, de santé et autres objectifs réglementaires» (v. *PTPGP*, *Supra* n° 170).

<sup>769</sup> Longtemps fustigé par les commentateurs, le système actuel de règlement des différends relatifs aux investissements traverse une crise de légitimité. La principale préoccupation est l'éclatement de la position des arbitres qui se traduit par l'absence d'une jurisprudence spécifique, précise. Il fallait alors envisager une amélioration du système. À cet effet, différentes options s'ouvrent qui consistent soit à un perfectionnement de la procédure arbitrale en limitant l'accès au système, soit l'ajout de nouveaux éléments tels par exemples un mécanisme de recours et un mécanisme de prévention des différends, soit encore un remplacement du mécanisme d'arbitrage par un tribunal international permanent, sans écarter l'éventualité d'un retour à l'origine: c'est-à-dire le règlement interétatique ou les tribunaux judiciaires nationaux<sup>769</sup>. Le Tribunal permanent d'arbitrage prévu par l'*AECG* (v. l'article 8.28 relatif au tribunal d'appel, *Accord économique et commercial global*, *Supra* n° 739) constitue à cet égard une réponse novatrice aux problèmes systémiques de l'arbitrage investisseur/État notamment en ce qui concerne le rôle des arbitres, la nature *ad hoc* de l'arbitrage, ainsi que les divergences dans la pratique arbitrale (v. la « Feuille de route de la CNUCED pour la réforme du régime des accords internationaux d'investissement », dans *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2*, *Supra* n° 571, p. 2).

<sup>770</sup> v. les références citées *Supra* n° 758.

## 5.2.- Les clauses de sauvegarde de *l'intérêt général* insérées dans l'ensemble des AII

Phénomène récent en droit international des investissements, cette intégration se manifeste sous différentes formes. Elle se traduit soit par l'introduction des clauses circulaires<sup>771</sup> et interprétatives relatives à la protection de l'environnement, la santé et la sécurité dans les AII, soit encore par l'insertion des clauses dérogatoires ou des clauses de primauté. Lorsqu'on observe le profil de ces clauses, on constate qu'il peut y avoir plusieurs sous-catégories selon le champ considéré. Le cadre analytique ci-après fournit une vue synoptique des différentes formes que peuvent revêtir les dispositions relatives à la protection de *l'intérêt général* dans les AII.

<b>Clauses circulaires et interprétatives</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• L'environnement et la santé</li><li>• Droit de réglementer</li><li>• Responsabilité sociale des entreprises</li><li>• Normes et standards internationaux relatifs aux droits sociaux des travailleurs</li><li>• Non abaissement des standards internationaux relatifs à la protection de l'environnement et aux droits sociaux des travailleurs</li></ul>
<b>Clauses dérogatoires spécifiques</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Exceptions relatives à l'environnement et à la santé</li><li>• Exceptions relatives à la culture et à l'ordre public</li></ul>
<b>Clauses de primauté</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Primauté par rapport à certains accords de protection de l'environnement</li></ul>

Une pondération de ce cadre en fonction de la fréquence des références par domaine de protection visé permet de mieux cerner le phénomène.

---

<sup>771</sup> v. notre définition de la notion *Infra* n° 776.

**Tableau n° 1:** Profil analytique de la prise en compte de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII par secteur de protection et sur un échantillonnage de 2575 accords<sup>772</sup>

	<b>Dimension de l'intérêt général considérée par secteur de protection</b>	<b>Clauses ou références identifiées</b>	<b>Taux (%)</b>
<b>Préambule</b>	Références au droit de régler (liberté normative, flexibilité réglementaire, initiatives législatives etc.)	45	3
	Références au développement durable	78	5
	Références aux aspects sociaux de l'investissement (droits humains, droits sociaux des travailleurs, santé, responsabilité sociale des entreprises, réduction de la pauvreté, etc.)	223	13
	Références à l'environnement (faune, flore, biodiversité, changement climatique, etc.)	143	8
<b>Clauses circulaires et interprétatives</b>	L'environnement et la santé	317	19
	Droit de régler	135	8
	Responsabilité sociale des entreprises	40	2
	Normes et standards internationaux relatifs aux droits sociaux des travailleurs	112	7
	Non abaissement des standards internationaux relatifs à la protection de l'environnement et aux droits sociaux des travailleurs	120	7
<b>Clauses dérogatoires spécifiques</b>	Exceptions relatives à l'environnement et à la santé	241	14
	Exceptions relatives à la culture et à l'ordre public	236	14
<b>Clauses de primauté</b>	Primauté par rapport à certains accords de protection de l'environnement	1	0
	<b>TOTAL</b>	<b>1691</b>	<b>-</b>

Manifestement, la pénétration de la notion *d'intérêt général* dans les traités d'investissement se rapporte à une gamme élargie de traités couvrant des dimensions variées aussi bien sociales, sanitaires qu'environnementales. Réalisé à partir des données quantitatives de la CNUCED, le tableau n° 1

<sup>772</sup> Les données quantitatives ont été tirées de la Base de données de la CNUCED et les indicateurs répertoriés à partir du *UNCTAD's IIA Navigator, IIA Mapping Project, Supra* n° 44, (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>, consulté le 25/07/2021).

ci-dessus nous donne un aperçu du profil analytique des clauses de sauvegarde des considérations sociales et environnementales dans les AII par secteur de protection et sur un échantillonnage de 2575 accords<sup>773</sup>. On y dénombre un total de 1691 références et clauses. Lorsqu'on prend en considération l'ensemble des AII, on peut établir que plus d'un accord sur deux, comporte au moins une référence à la protection de l'environnement, la santé ou les droits sociaux. Cela représente un taux moyen de 66 %. On constate également que depuis la décennie (1959-1970) ayant marqué le début de son apparition, le phénomène n'a cessé de progresser jusqu'à atteindre son point culminant avec la décennie 2011-2021 (soit 39 % du total enregistré). Les taux de progression enregistrés depuis lors, l'histogramme ainsi que la courbe d'évolution du phénomène sont observables à partir du tableau n° 2 et des figures [Fig.(2)(a)] et [Fig.(2)(b)] correspondantes. Le ressort synthétique des figures [Fig.(2)(c)] et [Fig.(2)(d)] permet d'avoir une vue globale du phénomène. Même lorsqu'on prend en considération la baisse récente observée au niveau des clauses dérogatoires [Fig. (2)(b)], cela ne veut nullement signifier que le phénomène est en déclin. Son ampleur reprend son cours dès lors qu'on élimine les exceptions relatives à la culture et à l'ordre public. On peut donc en inférer que l'intérêt pour les clauses dérogatoires spécifiques à la sauvegarde de *l'intérêt général* dans AII demeure, et que son ampleur est simplement atténuée par une certaine désaffection par rapport aux exceptions relatives à la culture et à l'ordre public.

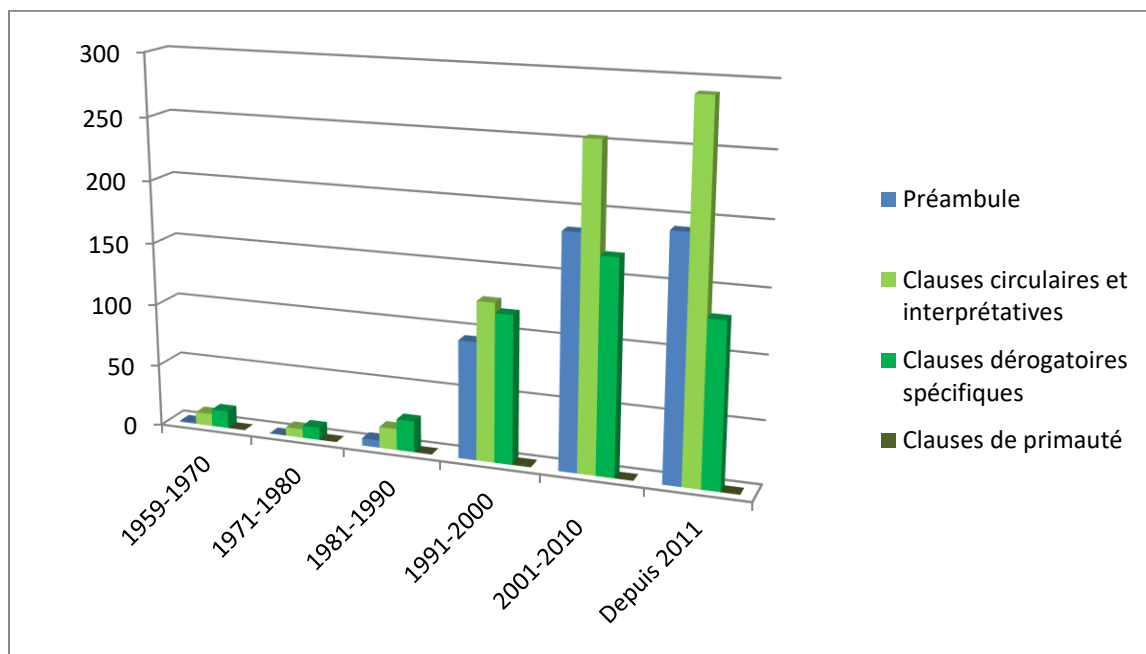
---

<sup>773</sup> Ibid.

**Tableau n° 2:** Évolution de la prise en compte de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII sur 6 décennies et par catégorie normative<sup>774</sup>

	1959-1970	1971-1980	1981-1990	1991-2000	2001-2010	Depuis 2011	TOTAL Depuis 1959
<b>Nombre de TBI par décennie</b>	<b>62</b>	<b>85</b>	<b>233</b>	<b>1326</b>	<b>719</b>	<b>150</b>	<b>2575<sup>775</sup></b>
Préambule	1	0	6	94	185	203	489
Clauses circulaires et interprétatives	10	7	17	126	254	310	724
Clauses dérogatoires spécifiques	14	10	25	118	169	141	477
Clauses de primauté	0	0	0	1	0	0	1
<b>TOTAL de références par décennie</b>	<b>25</b>	<b>17</b>	<b>48</b>	<b>339</b>	<b>608</b>	<b>654</b>	<b>1691</b>
Taux (%)	1	1	3	20	36	39	-

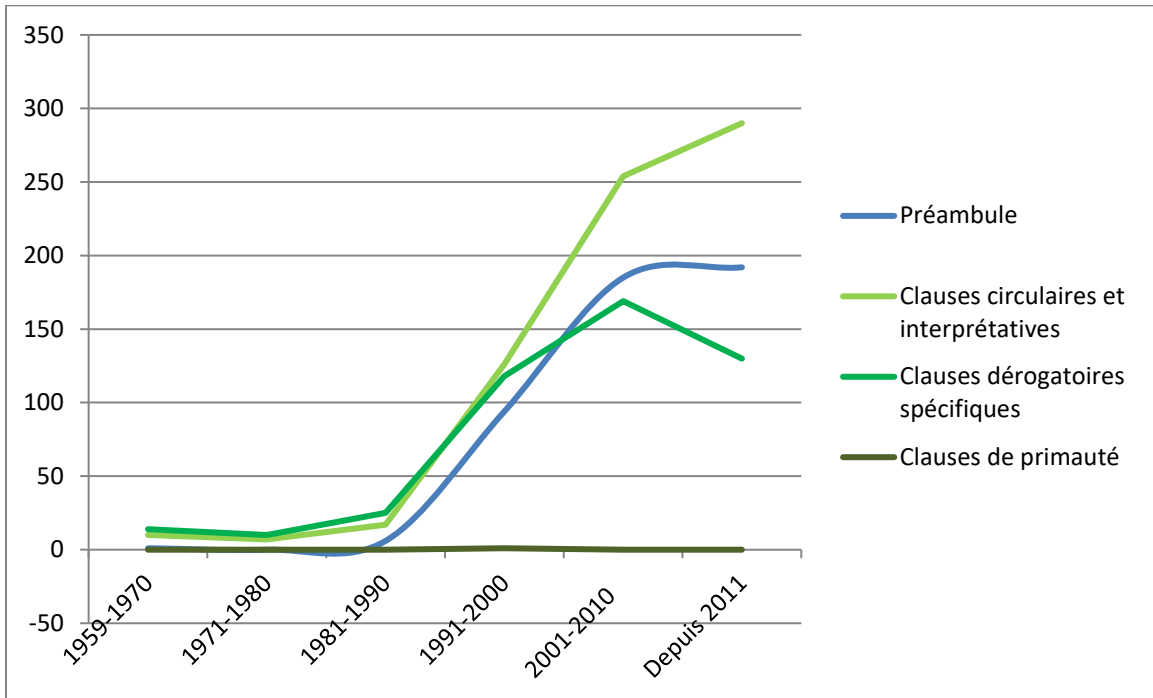
**Fig. (2)(a):** Histogramme de la prise en compte de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII sur 6 décennies et par catégorie normative



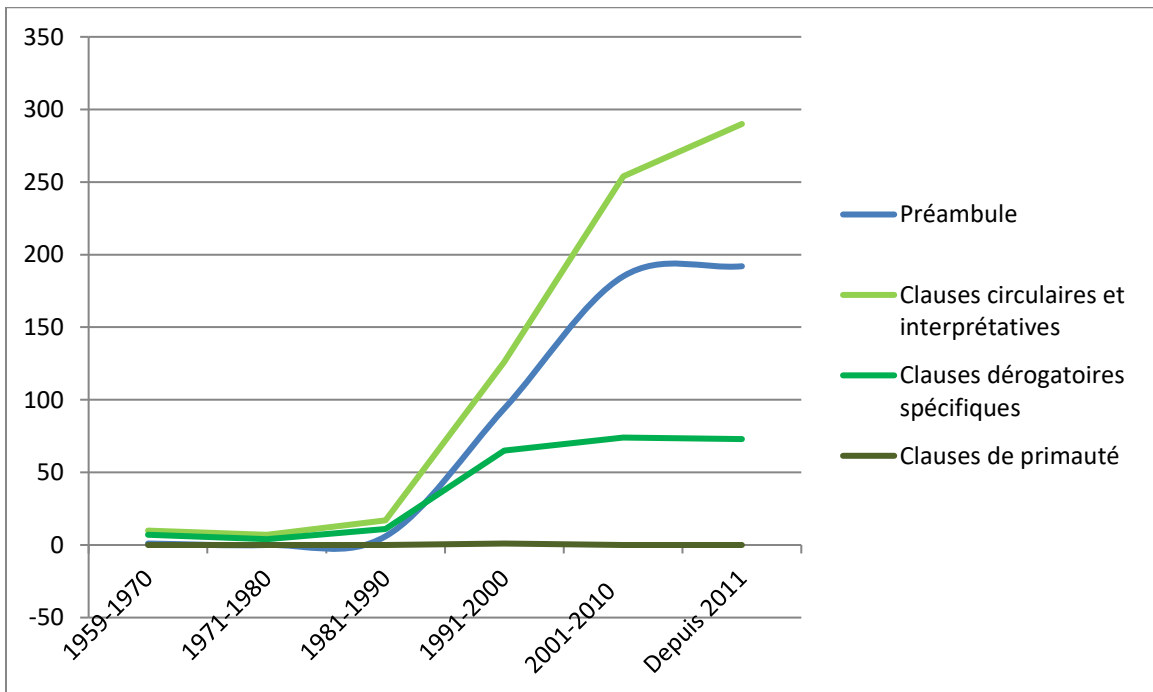
<sup>774</sup> Ibid.

<sup>775</sup> Selon la dernière mise à jour de la CNUCED, le nombre total de TBI est de 2932, v. UNCTAD's IIA Navigator.

**Fig. (2)(b):** Courbe d'évolution de la prise en compte de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII sur 6 décennies et par catégorie normative

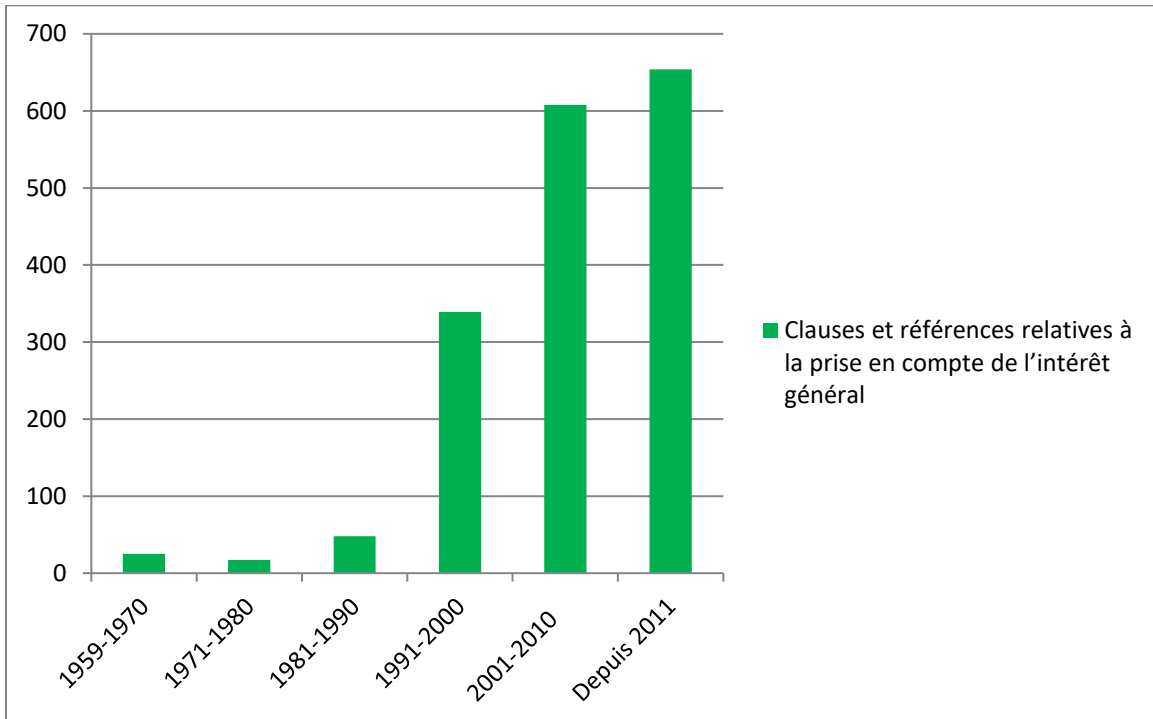


Lorsqu'on exclut les exceptions relatives à la culture et à l'ordre public pour ne considérer que les exceptions relatives à l'environnement et à la santé, on observe une rehausse des clauses dérogatoires (ici en vert):

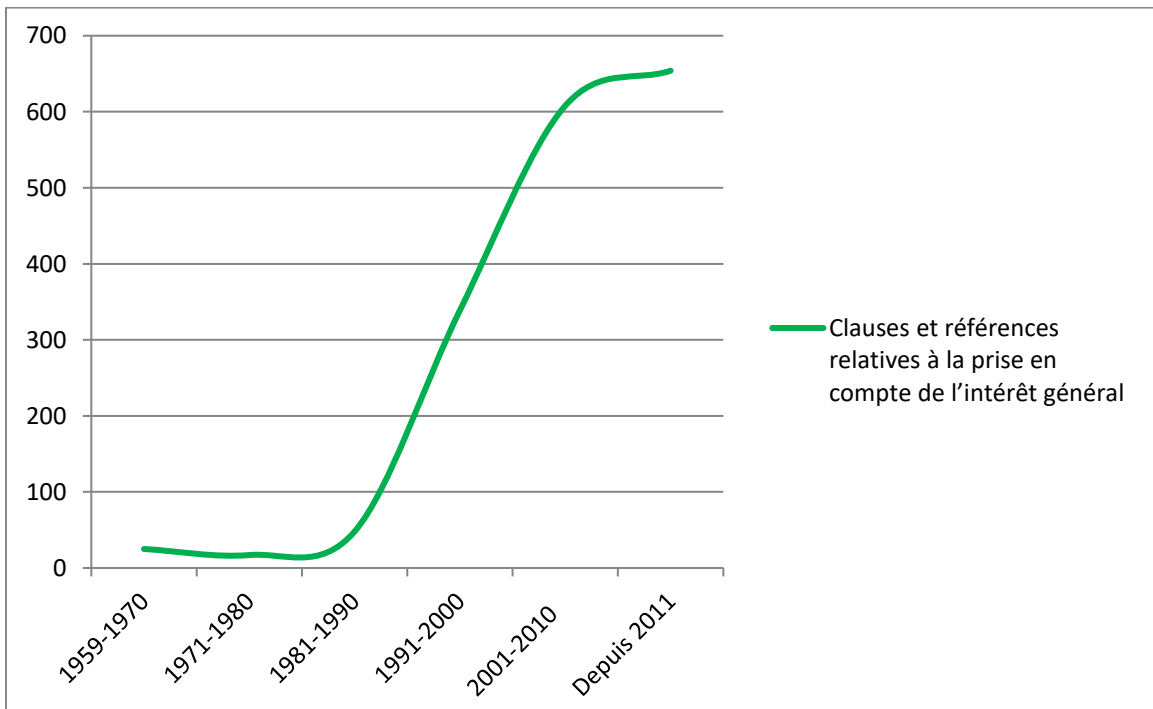




**Fig. (2)(c):** Histogramme de la prise en compte de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII depuis 1959 (vue d'ensemble)



**Fig. (2)(d):** Courbe de l'évolution globale de la prise en compte de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII depuis 1959 (vue d'ensemble)



Enfin et plus fondamentalement, l'évolution du phénomène demeure constante même lorsqu'on se place à un niveau de raisonnement plutôt graduel, méthodiquement axé sur la portée de ces clauses – et en prenant la précaution d'exclure les références contenues dans le préambule des textes.

Cette constatation ainsi que la diversité des formules rencontrées confortent l'idée d'une redéfinition des critères de réalisation de *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements. Le nouveau critérium prend appui sur - à la fois - l'existence d'un régime général de protection (5.2.1.) et l'apparition d'une nouvelle génération d'exceptions spécifiques dans les AII (5.2.2.).

### **5.2.1.- Le régime général de protection de *l'intérêt général* dans les AII**

Ce régime intègre aussi bien les dispositions qui renvoient à une valeur fondamentale sur laquelle repose le système que les dispositions à caractère circulaire ou interprétatif (a). En marge de celles-ci, il faut signaler la présence plutôt particulière de certaines clauses de primauté observées au niveau de quelques accords régionaux (b).

#### **a.- Les clauses circulaires et interprétatives**

Par définition, les clauses circulaires sont des dispositions qui, bien que fondamentales à un instrument juridique - dont la portée normative ne fait aucun doute tel qu'un AII - sont néanmoins dotées d'une faible substance contraignante. En général permissives, parfois prohibitives elles sont souvent formulées de manière abstraite, renvoyant à un nombre indéterminé de modèles et de situations malgré le fait qu'elles soient

généralement perçues comme fixant de règles nouvelles<sup>776</sup>. Cette variété de formules ainsi que la possibilité de leur transformation progressive invitent cependant à une dose de souplesse dans l'appréciation du contenu normatif de ces clauses. Une réponse tranchée serait inconvenante. En revanche, il ne serait guère incongru de leur faire jouer le même rôle que le préambule d'un traité – c'est-à-dire celui pour elles d'être des dispositions interprétatives – exactement comme le ferait la Cour internationale de Justice qui, à l'effet de déterminer l'objet et le but d'un traité, se réfère non seulement à son préambule, mais également à sa «structure» telle qu'elle ressort des dispositions mêmes du traité prises dans leur ensemble<sup>777</sup>.

Pour ce qui nous concerne ici, les clauses circulaires et interprétatives insérées dans les AII renvoient expressément à la protection de l'environnement, la santé, la sécurité, la culture, la moralité publique, l'éthique des entreprises, les droits sociaux, les droits des consommateurs, ... etc. Leur formule variant d'un traité à un autre, elle peut être une affirmation de droit visant à préserver la liberté normative de l'État ou le «droit de réglementer»<sup>778</sup>. Elle peut également être un engagement formel à

---

<sup>776</sup> v. J., SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, BRUYLANT/AUF, Bruxelles, 2001, p. 752 et s. On peut ici établir une analogie avec la notion de « circulaire » en droit français, où le terme est utilisé pour désigner un texte qui, sans être totalement dépourvu d'effet normatif, a un caractère permissif. Ce qui fait qu'il ne peut pas être considéré comme une consigne impérative à caractère général (v. *l'Arrêt du Conseil d'État - 8ème et 3ème sous-sections réunies - 13 janvier 2010, n° 321416, Légifrance*).

<sup>777</sup> v. *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Supra* n° 151, par. 27; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, arrêt du 17 décembre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 652, par. 51; v. la confirmation de cette position par la CDI, *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Assemblée générale, Documents officiels Soixante-sixième session Supplément n°10, (A/66/10/Add.1)*, Nations Unies, New York, 2012, p. 380-381, <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/french/addendum.pdf> (consulté le 2/19/2018).

<sup>778</sup> Sur les implications pratiques de cette notion, voir les auteurs cités *Supra* notamment: Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 747; BROUDE, T., HAFTEL, Y. Z., & THOMPSON, A., *Supra* n° 747; WAGNER, M., *Supra* n° 747; VOON, T., *Supra* n° 747; C., HENCKELS, *Supra* n° 754; N., RUBINS, et N., S., KINSELLA, *Supra* n° 26; M., SORNARAJAH, *Supra* n° 48; v. également H., MANN, «The Right of States to Regulate and International Investment Law : A Comment» in *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*,

respecter les standards internationaux relatifs à la protection des droits sociaux des travailleurs et la responsabilité sociale des entreprises multinationales. Dans d'autres cas, il s'agit d'une interdiction de restriction ou d'abaissement des normes de protection environnementales en vue d'attirer l'investissement. Ces formules parfois imprécises se recourent généralement avec des déclarations d'intention visant à promouvoir le développement durable ou à reconnaître la nécessité de préserver l'écosystème à travers la limitation des gaz à effet de serre, la biodiversité, ..., bref, la sauvegarde des *intérêts communs* de l'humanité. Leur apparition dans les AII remonte au TBI Allemagne-Pakistan du 25 novembre 1959 dont le protocole additionnel indique que les mesures prises pour des raisons de sécurité, d'ordre et de santé publics ou de moralité ne seront pas considérées comme discriminatoires<sup>779</sup>. Bien plus tard vers le début des années 1990, la dimension environnementale sera ajoutée avec des formules mieux élaborées comme c'est le cas de l'article 58 du *Traité instituant l'Union africaine* du 03 juin 1991<sup>780</sup>, le chapitre 11 de l'*ALENA*<sup>781</sup>, l'article 24 du *TCE*<sup>782</sup> ou encore l'article XVII du TBI Canada-Barbade du 29 mai 1996<sup>783</sup>. Ces considérations ont ensuite été reprises par l'*AMI* dans sa version consolidée<sup>784</sup>. Toutefois, la présence remarquée de ces clauses dans les TBI ne va véritablement s'observer qu'au début des années 2000 en même temps que leur insertion dans les

---

Acte de la réunion des experts tenue à Genève du 6 au 8 novembre 2002, UN, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, NY & GE.

<sup>779</sup> *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, *Supra* n° 719.

<sup>780</sup> *Treaty Establishing The African Economic Community*, *Supra* n° 733.

<sup>781</sup> *v. ALENA*, *Supra* n° 33.

<sup>782</sup> *v. TCE*, *Supra* n° 41.

<sup>783</sup> *v. Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Barbade pour la promotion et la protection réciproque des investissements*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/281> (consulté le 19/02/2018).

<sup>784</sup> *v. Accord multilatéral sur l'investissement*, *Supra* n° 23.

premiers traités modèles<sup>785</sup>. La plupart de ces dispositions s'inspirant de manière générale de l'article 1114 de l'*ALENA*, le caractère permissif de leurs énoncés laisse entrevoir la portée limitée des obligations qui peuvent en découler. L'article 23.5 de l'Accord de coopération entre l'Iraq et les pays membres de l'Union Européenne prévoit par exemple que: « Consistent with the provisions of this Section, each Party retains the right to regulate and to introduce new regulations to meet legitimate policy objectives »<sup>786</sup>. Bien qu'il soit libellé de manière « souple », il est intéressant de remarquer que cet énoncé est univoque et se réfère expressément au « droit de réglementer ». Tel également est le cas de l'article 8.9(1) relatif à l'« Investissement et mesures réglementaires » de l'*AECG*:

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 promotion et la protection de la diversité culturelle <sup>787</sup>.

D'autres formules se rapportent plus spécifiquement à l'exigence du non abaissement des standards internationaux relatifs à la protection de l'environnement et aux droits sociaux des travailleurs. C'est le cas notamment de l'Accord-cadre sur l'investissement du Marché Commun de l'Afrique orientale et australe - *COMESA Investment Agreement* - qui prévoit au titre des obligations générales que:

To realise the objectives referred to in Article 2, the Member States shall: [...] (e) not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from measures concerning labour, public health, safety or the environment as an encouragement for the establishment, expansion or retention of investments<sup>788</sup>.

---

<sup>785</sup> À l'exception toutefois de certains accords régionaux tels que le Traité instituant l'Union africaine du 03 juin 1991, v. Article 58 du *Treaty Establishing The African Economic Community*, *Supra* n° 733.

<sup>786</sup> *Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States and the Republic of Iraq*, 12 Avril 2012, *UNCTAD's IIA Navigator*.

<sup>787</sup> v. *AECG Supra* n° 739.

<sup>788</sup> v. Article 5 du *Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area*, 23/05/2007, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3092/download>.

Toute autre est l'articulation retenue par l'article 4 relatif à la «Protection de la santé publique et de l'environnement» du TBI Bangladesh-Turquie dont l'alinéa 2 dispose:

Each Contracting Party shall reserve the right to exercise all legal measures in case of loss, destruction or damages with regard to its public health or life or the environment by investments of the investors of the other Contracting Party<sup>789</sup>.

Par ailleurs, la plupart de ces dispositions se recoupent souvent avec les références parfois ostentatoires à la protection de l'environnement dans le préambule des traités<sup>790</sup>. Si l'on s'en tient uniquement au contenu des énoncés, la disposition précitée corrobore cette constatation car, selon le préambule du TBI Bangladesh-Turquie, les parties contractantes:

[...] Being convinced that these objectives can be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application as well as internationally recognized labor rights [...]<sup>791</sup>.

Le constat n'est toutefois pas généralisable. Lorsqu'on prend par exemple les TBI Belgique-Pérou et Belgique-Corée conclus respectivement en 2005 et 2006, les références à l'environnement existent, mais sont exclusivement intégrées soit au préambule du traité<sup>792</sup>, soit au corps du traité<sup>793</sup>. Théoriquement, cela ne semble pas poser de problème, vu le

---

<sup>789</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government the People's Republic of Bangladesh concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, 12/04/2012, UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>790</sup> Ibid.; v. également, *Agreement between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments*, 20/04/2015, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3460> , UNCTAD's IIA Navigator; *Agreement between Japan and the United Arab Emirates for the Promotion and Protection of Investments*, 30/04/2018, UNCTAD's IIA Navigator; l'ECOWAS Energy Protocol, A/P4/1/03 (le Protocole pour la Charte de l'Énergie de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest du 31 janvier 2003), [Microsoft Word - WA EC Protocol - English- DEFINITIF \[1\].doc \(unctad.org\)](#) , UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>791</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government the People's Republic of Bangladesh*, *Supra* n° 789.

<sup>792</sup> v. le préambule de l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, UNCTAD IIA Navigator.

<sup>793</sup> v. l'article 5 de l'Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise, et la République du Pérou, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 12 octobre 2005, UNCTAD IIA Navigator; v. également l'article 5 de

caractère général et interprétatif des dispositions concernées. On pourrait néanmoins objecter du fait que, pour des raisons d'ordre pratique et sans nécessairement vouloir établir une échelle de valeur entre la portée interprétative d'une référence inscrite dans le corps d'un traité et celle inscrite dans le préambule du traité, la première situation reste préférable à la seconde. Et cela, d'avantage que les deux types d'énoncés tendent parfois à se confondre. Par exemple, l'article 5 du TBI Belgique-Pérou est ci-après libellé:

Reconnaissant que chaque Partie contractante a le droit de fixer son propre niveau de protection de l'environnement et de définir ses politiques et priorités en matière d'environnement et de développement, ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois *ad hoc*, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation garantisse un haut niveau de protection de l'environnement et mettra tout en œuvre en vue d'améliorer constamment ladite législation<sup>794</sup>.

Reprenant l'esprit et la forme de l'article 5 du TBI Belgique-Pérou et en l'absence de toute référence à l'environnement dans le corps du traité, le préambule du TBI Belgique-Corée a inscrit dans son dispositif:

Reconnaissant que chaque Partie contractante a le droit de fixer son propre niveau de protection de l'environnement, de définir ses politiques et priorités en matière de développement et ses propres normes de protection du travail, ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence sa législation en matière d'environnement et de travail<sup>795</sup>.

Tel que formulées, ces deux références s'apparentent plus à une déclaration d'intention destinée à encourager les parties à prendre des engagements ultérieurs relatifs au respect des standards internationaux. Mais il s'agit surtout de garantir, en la proclamant, la liberté normative des États parties dans les matières concernées.

---

*l'Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise, et la République de Madagascar, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, du 29 septembre 2005, UNCTAD IIA Navigator.*

<sup>794</sup> v. *L'Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise, d'une part, et la République du Pérou, (ibid.).*

<sup>795</sup> v. *l'Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée Supra n° 792.*

Plus spécifiquement en ce qui concerne la responsabilité sociale des entreprises (RSE), la technique utilisée vise en général à induire le respect par l'investisseur des obligations conventionnelles des parties en termes de protection sociale et environnementale. Elle pose le problème de la transformation des règles et pratiques découlant d'engagements volontaires en obligations juridiques internationales et se traduit, plus explicitement, par l'insertion des clauses relatives à la RSE dans les accords d'investissement. Selon une étude récente<sup>796</sup> ébauchant une typologie des clauses RSE dans les AII, on peut distinguer trois catégories de ces clauses : la première regroupe les formules dans lesquelles les États Parties encouragent les entreprises à s'autoréguler, la seconde se réfère aux clauses dans lesquelles la RSE est envisagée comme relevant de la compétence nationale, et la troisième désigne les clauses dans lesquelles les investisseurs sont invités à respecter des obligations relatives aux droits de l'homme et à l'environnement<sup>797</sup>. Cette typologie comporte également une classification binaire permettant de distinguer entre les « clauses RSE directes » et les « clauses RSE indirectes ». Les premières sont ainsi désignées parce qu'elles adressent directement des obligations aux investisseurs en matière de protection de l'environnement et des droits de l'homme<sup>798</sup>, tandis que les secondes seraient plus de nature à médiatiser la réglementation du comportement sociétal de l'investisseur étranger « soit par le droit spontané des STN soit par l'ordre juridique interne de l'État d'accueil »<sup>799</sup>. À chacune de ces deux types de clauses, correspond donc une caractéristique spécifique. Il convient toutefois de s'écarter de la perspective visant à les cantonner dans un rôle spécifique qui leur soit

---

<sup>796</sup> L., DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *RGDIP*, 2018, Tome 4, pp. 866-891; v. également une synthèse de cet article par son auteur, « Les clauses RSE dans les traités d'investissement », *Investment Treaty News*, N° 4, Vol. 9, DÉC. 2018, pp. 13-16.

<sup>797</sup> v. L., DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *ibid.*, p. 871 et s.

<sup>798</sup> *Ibid.*

<sup>799</sup> *Ibid.*



relié: celui plus déterminant de transformer les devoirs sociétaux en obligations internationales et celui d'être un remède au déséquilibre de droits et obligations entre investisseurs et États<sup>800</sup>. Il n'y a pas, à proprement parler, de différence entre les deux objectifs. La limite de cette dichotomie découle non seulement de son caractère contradictoire, mais également de l'impossibilité d'en rendre compte sur le plan juridique. Il n'y a pas, pour l'instant, une différence de portée entre les différentes formulations de la clause RSE dans les AII. Que celles-ci soient directes ou qu'elles soient indirectes, l'existence de ces clauses confirme plus généralement la constatation selon laquelle:

The adjudication of investment disputes has become the last frontier of the migration of constitutional ideas. This migration across different branches of law has become a common practice, building bridges between different legal systems, furthering judicial dialogue and borrowing among courts and tribunals. Scholars, adjudicators and practitioners participate in a transnational legal discourse, importing legal ideas from the outside into a given legal system <sup>801</sup>.

Il faut, à cet égard, observer que cette migration se traduit plus souvent par un renvoi aux normes et techniques générées par la communauté internationale dans une ou des dispositions des AII<sup>802</sup>. Les déclarations, les principes et les normes auxquels il est fait référence ici sont généralement ceux auxquels les parties ont adhéré ou qu'elles appuient et qui portent sur des questions comme l'environnement, le travail, les droits humains, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption. La plupart des TBI récemment conclus par le Canada comporte une disposition relative à la RSE<sup>803</sup>. L'article 4 du TBI Canada-Bénin du 9

---

<sup>800</sup> Ibid.

<sup>801</sup> V., VADI, "The migration of constitutional ideas to international investment law and arbitration", in V., VADI (dir.), *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, Edward Elgar, 2018, p. 31.

<sup>802</sup> v. L., DUBIN, «RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre», *Supra* n° 796, p. 869.

<sup>803</sup> v. notamment: l'article 4 du *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 09/01/2013, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'article 16 de l'*Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la*

janvier 2013 est un exemple d'intégration de la RSE particulièrement intéressant:

Chacune des Parties contractantes veille à la promotion des investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante ainsi qu'à la protection de ces investissements et des investisseurs sur son territoire, conformément aux dispositions des principes directeurs du présent chapitre, y compris le traitement national, Le traitement de la nation la plus favorisée, la norme minimale de traitement, la compensation des pertes, la compensation pour l'expropriation, la transparence, la subrogation et la responsabilité sociale des entreprises<sup>804</sup>.

Il est remarquable que la formule tente ici d'élever la RSE au même rang que d'autres standards du droit international des investissements tels que le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée, la norme du traitement minimum, la compensation pour pertes, et l'indemnisation en cas d'expropriation. Ce faisant, la disposition offre une lecture plus audacieuse des techniques d'«*opting in*» que l'on ne rencontre pas nécessairement dans les AII ayant adopté la même logique d'intégration. La différence n'est pas anodine lorsqu'on compare, par exemple, avec l'article 16 du TBI Canada-Burkina Faso du 20 avril 2015:

Responsabilité sociale des entreprises

Chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption<sup>805</sup>.

---

*protection des investissements du 20/04/2015, UNCTAD's IIA Navigator; l'article 15 de l'Accord entre le Canada et la République du Cameroun pour la promotion et la protection des investissements du 03/03/2014, UNCTAD's IIA Navigator; l'article 15 de l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire du 30/11/2014, UNCTAD's IIA Navigator; l'article 15 de l'Accord entre le Canada et le Mali pour la promotion et la protection des investissements du 28/11/2014, UNCTAD's IIA Navigator; l'article 16 du Agreement Between Canada and the Federal Republic of Nigeria for the Promotion and Protection of Investments, 06/05/2014, UNCTAD's IIA Navigator; l'article 16 du Agreement Between Canada and the Federal Republic of Senegal for the Promotion and Protection of Investments, 27/11/2014, UNCTAD's IIA Navigator.*

<sup>804</sup> *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 09/01/2013, (ibid.).*

<sup>805</sup> *Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la protection des investissements, Supra n° 803.*

Outre l'avantage d'explicitier son champ d'application (travail, environnement, droits humains, relations communautaires et la lutte contre la corruption), cette disposition laisse la latitude à chaque partie d'encourager les entreprises opérant sur son territoire ou relevant de sa compétence d'intégrer les normes et standards RSE dans leurs pratiques et politiques internes. L'Accord de libre-échange entre les États-Unis et Singapour de 2003 insiste, quant à lui, sur la nécessité d'assurer la cohérence entre les objectifs sociaux, économiques et environnementaux. Son article 18.9 relatif aux principes de fonctionnement des entreprises dispose:

Recognizing the substantial benefits brought by international trade and investment as well as the opportunity for enterprises to implement policies for sustainable development that seek to ensure coherence between social, economic and environmental objectives, each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its jurisdiction to voluntarily incorporate sound principles of corporate stewardship in their internal policies, such as those principles or agreements that have been endorsed by both Parties <sup>806</sup>.

Dans ce même sillage, la formule retenue par l'article 9.17 du PTPGP retient également l'attention:

Les Parties réaffirment qu'il est important que chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer volontairement, dans leurs politiques internes, les normes, les lignes directrices et les principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociale des entreprises que la Partie a avalisés ou appuyés<sup>807</sup>.

Il convient par ailleurs de faire mention de nombreux autres exemples de TBI dont les dispositions confirment la tendance observée au niveau des clauses circulaires et interprétatives tels que le TBI Japon-Géorgie du 29 janvier 2021 <sup>808</sup>, le TBI Israël-Arabie Saoudite du 20 octobre

---

<sup>806</sup> *United States – Singapore Free Trade Agreement*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2650>, UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>807</sup> *L'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, *Supra* n° 170, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3573>.

<sup>808</sup> *Agreement Between Japan and Georgia for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment*, 29/01/2021, UNCTAD's IIA Navigator.

2020<sup>809</sup>, le TBI Singapour-Myanmar du 24 septembre 2019<sup>810</sup>, le TBI Burkina Faso-Turquie du 11 avril 2019<sup>811</sup>, ... etc. On pourrait également ajouter sans discontinuer les accords conclus par le Canada avec certains pays comme la Côte d'Ivoire et le Nigéria en 2014, la Tanzanie en 2013, la Chine en 2012, la Colombie et le Koweït en 2011, la Jordanie, la Lettonie, la Roumanie en 2009, ... etc.<sup>812</sup>

Le tableau n° 3 ci-après et les figures [Fig. (3) (a)] et [Fig. (3)(b)] correspondantes, montrent l'existence d'au moins 724 clauses circulaires ou interprétatives dans les AII, soit environ 43 % (preambule exclu) de l'effectif total de références relatives à la protection de *l'intérêt général*. Ces données complètent de manière exhaustive le répertoire ci-dessus et offrent une vue d'ensemble de la situation de ces clauses pendant plus d'un demi-siècle:

**Tableau n° 3:** Évolution des clauses circulaires ou interprétatives relatives à la protection de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII sur 6 décennies<sup>813</sup>

	1959-1970	1971-1980	1981-1990	1991-2000	2001-2010	Depuis 2011	TOTAL Depuis 1959
<b>Nombre de TBI</b>	<b>62</b>	<b>85</b>	<b>233</b>	<b>1326</b>	<b>719</b>	<b>150</b>	<b>2575</b>
Environnement/santé	8	4	10	70	117	108	317
Droit de règlementer	1	2	5	35	53	39	135
RSE	0	0	0	1	2	37	40
Normes et standards	1	1	2	16	37	55	112
Non abaissement des standards	0	0	0	4	45	71	120
<b>TOTAL par période</b>	<b>10</b>	<b>7</b>	<b>17</b>	<b>126</b>	<b>254</b>	<b>310</b>	<b>724</b>
%	1	1	2	17	35	43	-

<sup>809</sup> *Agreement between The Government of the State of Israel and The Government of the United Arab Emirates on Promotion and Protection of Investments, 20/10/2020, [usa-isr-investment agt \(eng\) \(unctad.org\)](#), UNCTAD's IIA Navigator.*

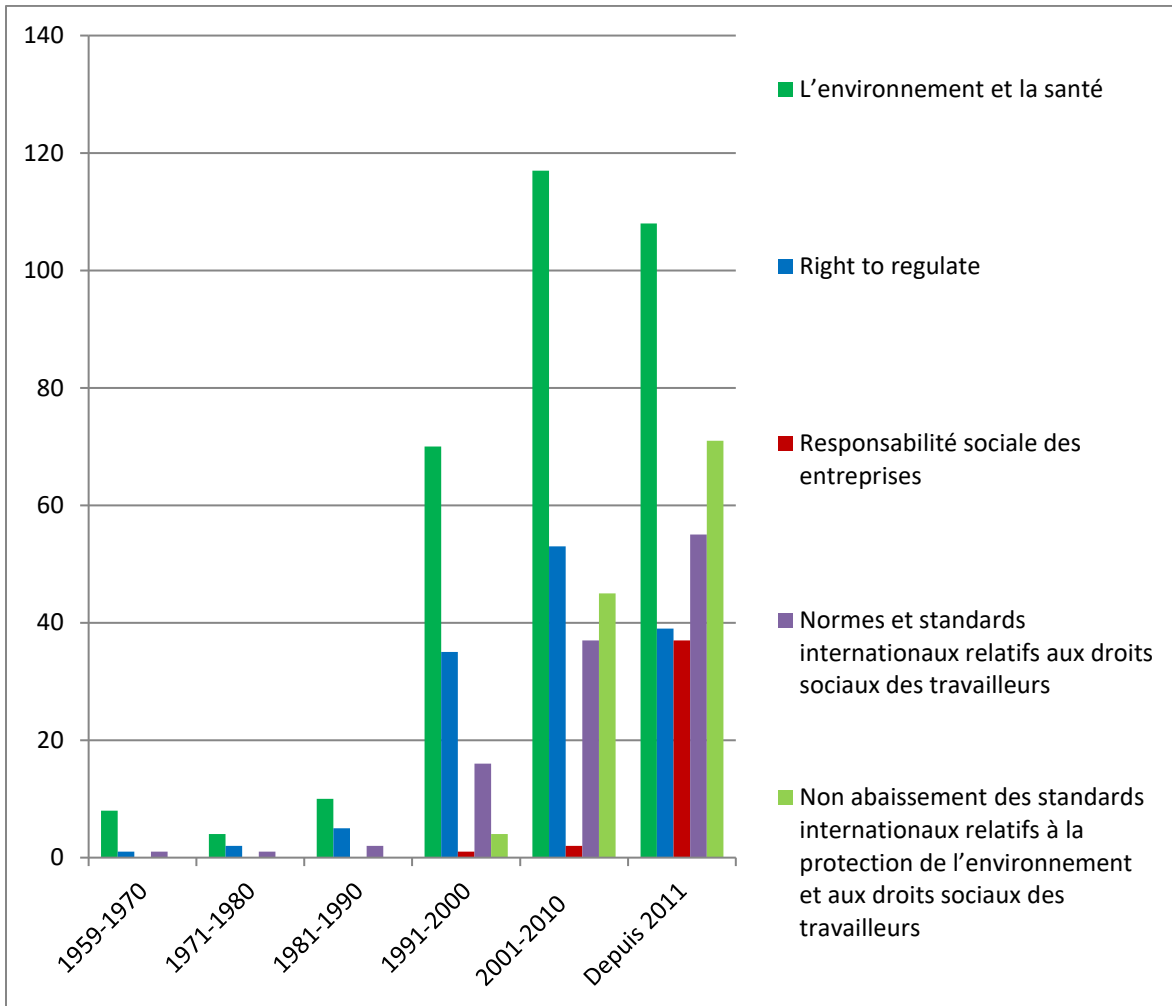
<sup>810</sup> *Agreement between The Government of the Republic of Singapore and the The Government of the Republic of the Union of Myanmar on the Promotion and Protection of Investments, 24/09/2019, [download \(unctad.org\)](#), UNCTAD's IIA Navigator.*

<sup>811</sup> *Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 11 avril 2019, [download \(unctad.org\)](#), UNCTAD's IIA Navigator.*

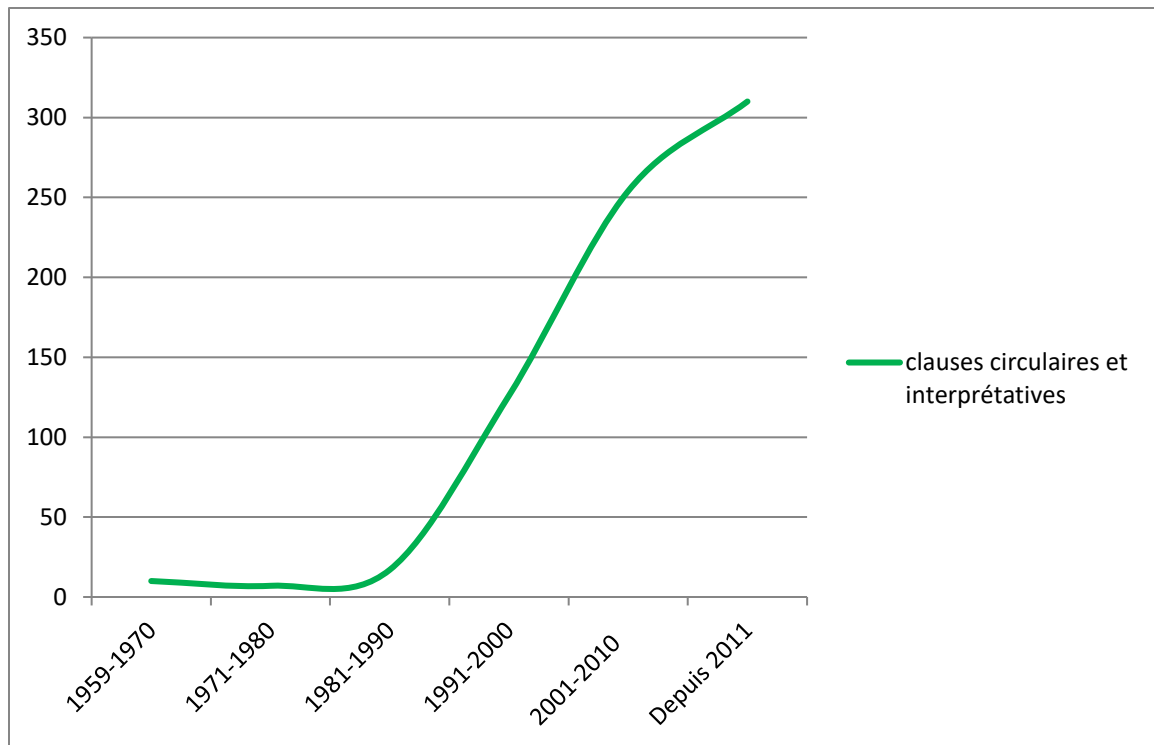
<sup>812</sup> Pour l'ensemble de ces accords, UNCTAD's IIA Navigator; v. également le *Recueil des Traités du Canada (RTC)*, [Recueil des traités du Canada - Canada.ca \(treaty-accord.gc.ca\)](#).

<sup>813</sup> Pour les données quantitatives de base v. UNCTAD's IIA Navigator, IIA Mapping Project, *Supra* n° 44.

**Fig. (3)(a):** Histogramme des clauses circulaires ou interprétatives



**Fig. (3)(b):** Courbe d'évolution des clauses circulaires et interprétatives relatives à la protection de *l'intérêt général* dans l'ensemble des AII sur 6 décennies



Finalement, le champ du régime de protection de *l'intérêt général* dans les AII s'élargit et se conforte de dispositions aussi nombreuses que variées. À elles seules, les dispositions de l'*AEUMC*<sup>814</sup>, du *TCE*<sup>815</sup>, celles de l'*AECCG*<sup>816</sup> et du *PTPGP*<sup>817</sup> résument bien la substance de ce régime. Certes, il faut observer qu'il existe une différence de tempérament dans la structure et le contenu des énoncés, tout comme l'on peut s'attendre à des conséquences entrelacées par rapport à l'objectif global de protection qui est ici visé. Cela n'entrave en rien la démarche ni la solution proposée. Celle-ci présente au contraire l'avantage de cerner le problème de manière générale et graduelle, en dépit du fait que le caractère permissif et

<sup>814</sup> *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, *Supra* n° 33.

<sup>815</sup> *Traité de la Charte de l'énergie*, *Supra* n° 41.

<sup>816</sup> *Accord économique et commercial global*, *Supra* n° 739.

<sup>817</sup> *L'Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*, *Supra* n° 170.

interprétatif des dispositions concernées, et par conséquent, la « mollesse » des obligations qui en résultent résonnent comme un aveu d'impuissance face à la nécessité d'élargir le régime de protection de *l'intérêt général* à des règles plus contraignantes.

## **b.- Les clauses de primauté**

Préoccupation inhérente au droit objectif, le besoin de raffermissement du régime de protection de *l'intérêt général* avait déjà trouvé un début de réponse avec l'apparition récente des clauses dérogatoires spécifiques dans les TBI. Mais, c'est d'abord au travers d'une règle de conflit - sur laquelle nous reviendront plus amplement dans la suite de notre analyse - que nous allons tenter d'appréhender la question. Dans son article 104 intitulé «Rapports avec des accords en matière d'environnement et de conservation», l'*ALENA* pose le principe selon lequel:

1. En cas d'incompatibilité entre le présent accord et les obligations spécifiques que prescrivent en matière de commerce
  - a) la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction (CITES)*, faite à Washington le 3 mars 1973 et modifié le 22 juin 1979;
  - b) le *Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990;
  - c) la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination*, faite à Bâle le 22 mars 1989; les accords visés à l'annexe 104.1;ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toutes Parties devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord.<sup>818</sup>

L'*ALENA* offre ainsi la solution la plus radicale, et partant, la plus audacieuse que celles qui ont, jusque-là, été évoquées. Certes, il pose un principe dont la portée se limite seulement à cinq traités particuliers, soit trois traités multilatéraux et les deux accords bilatéraux auxquels se

---

<sup>818</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 104, *Accord de libre-échange nord-américain*, *Supra* n° 33.

réfèrent le point d) de la disposition: *l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchet dangereux*, signé à Ottawa le 28 octobre 1986<sup>819</sup> et l'Accord entre les États-Unis et le Mexique sur la protection et l'amélioration de l'environnement dans les régions frontalières (*Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment in the Border Area*), signé à La Paz, Baja California Sur, le 14 août 1983<sup>820</sup>. Si toutefois cette disposition venait à s'étendre à tous les traités environnementaux - comme le laissait espérer son alinéa 2<sup>821</sup> - la portée théorique du principe en serait considérable. Autrement dit, dans sa forme initiale, la clause de primauté n'est plus qu'une source potentielle de renforcement du régime de protection de *l'intérêt général* dans les traités d'investissement. Il est intéressant de constater que le nouvel *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*<sup>822</sup> a conservé la clause de primauté de l'ALENA en modifiant son champ d'application. La nouvelle disposition se lit:

1. En cas d'incompatibilité entre les obligations d'une Partie prévues au présent accord et ses obligations respectives au titre des accords multilatéraux suivants sur l'environnement (les « accords visés »)<sup>823</sup>:

---

<sup>819</sup> *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchet dangereux*, UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>820</sup> *Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment*, UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>821</sup> «Les parties pourront convenir par écrit de modifier l'annexe 104.1 pour y inclure toute modification d'un accord mentionné au paragraphe 1, ainsi que tout autre accord en matière d'environnement et de conservation», (v. ALENA, article 104.2, *Supra* n° 33).

<sup>822</sup> *Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) - Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, du 30 novembre 2018, [Accord Canada-États-Unis-Mexique \(ACEUM\) - Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains \(international.gc.ca\)](http://international.gc.ca/accord-canada-etats-unis-mexique-aceum-protocole-d-amendement-de-l-accord-entre-le-canada-les-etats-unis-d-amerique-et-les-etats-unis-mexicains)

<sup>823</sup> « Pour l'application du présent paragraphe, (1) les « accords visés » comprennent les accords multilatéraux sur l'environnement qui y sont énumérés, ainsi que les protocoles, amendements, annexes et ajustements – existants ou futurs – afférents à l'accord concerné auquel une Partie est partie; et (2) les « obligations » d'une Partie sont interprétées comme tenant compte, entre autres, des réserves, exemptions et exceptions – existantes et futures – applicables à cette Partie en vertu de l'accord concerné ».



a) la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, faite à Washington, le 3 mars 1973, telle qu'amendée;

b) le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, fait à Montréal, le 16 septembre 1987, tel qu'ajusté et amendé;

c) le Protocole de 1978 relatif à la Convention internationale de 1973 pour la prévention de la pollution par les navires, fait à Londres, le 17 février 1978, tel qu'amendé;

d) la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, faite à Ramsar, le 2 février 1971, telle qu'amendée;

e) la Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique, faite à Canberra, le 20 mai 1980;

f) la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, faite à Washington, le 2 décembre 1946;

g) la Convention relative à la création d'une commission inter-américaine du thon tropical, faite à Washington, le 31 mai 1949,

les obligations d'une Partie prévues au présent accord ne l'empêchent pas de prendre une mesure particulière en vue de se conformer à ses obligations au titre de l'accord visé, à condition que l'objectif principal de la mesure ne consiste pas à imposer une restriction déguisée au commerce<sup>824</sup>.

Quant à l'étendue du régime, elle pourrait davantage s'apprécier à l'aune de la pratique des clauses interprétatives<sup>825</sup> en lien avec les clauses d'exception spécifiques.

### **5.2.2.- Le régime des exceptions spécifiques relatives à la protection de l'environnement**

Tel que cela ressort de l'examen des traités, bon nombre d'AII contiennent des exceptions destinées à limiter l'étendue des droits et obligations des parties, notamment les droits dont l'investisseur étranger peut bénéficier dans le pays d'accueil de l'investissement. Le champ classique de ces limitations est la sécurité et l'ordre public<sup>826</sup>. Or, avec

<sup>824</sup> v. Article 1.3 du *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, (ibid.).

<sup>825</sup> Pour les implications pratiques de la clause de primauté dans l'espace ALENA, voir la section 6.2 au chapitre 6 suivant.

<sup>826</sup> v. par exemples l'article 24(3)(a) du *Traité de la Charte de l'Énergie (TCE)*, *Supra* n°41; l'article 17(6) de l'*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de la Lettonie pour l'encouragement et la protection des investissements* du 05

l'usage quasi récuratif du triptyque «Sécurité, Santé et Environnement» dans les AII et le regain d'intérêts pour les questions sécuritaires dans les pays d'accueil de l'investissement étranger, la tentation est grande de vouloir traiter simultanément des trois domaines de protection. Le cas échéant, cela comporterait le risque de sortir de notre cadre d'analyse. Toutefois, il convient de remarquer qu'une triangulation des données factuelles relatives à ces différents domaines peut être bénéfique pour toute analyse centrée sur les dérogations spécifiques à la protection de l'environnement. Leur courbe d'évolution s'inscrit dans la même trajectoire que celle plus globale des clauses de protection de *l'intérêt général* dans les AII. Sur un total de 477 clauses dérogatoires, on dénombre jusqu'à 241 exceptions relatives à l'environnement et à la santé soit plus de 50 % de l'effectif initial pendant que la seconde moitié - relative à la culture et à l'ordre public - est manifestement en déclin<sup>827</sup>. Comparé à l'ensemble des clauses de protection de *l'intérêt général* dans les AII pendant les 6 décennies d'observation, les dérogations spécifiques à la protection de l'environnement sont en évolution constante et représentent actuellement plus de 20 % du total observé. Cela exclut toute hypothèse d'un phénomène isolé, lorsqu'on compare avec la clause de primauté de l'ALENA<sup>828</sup> qui demeure une singularité. Le tableau n° 4 ci-après, et les figures [Fig. (4)(a)] et [Fig. (4)(b)] correspondantes, permettent d'avoir une vue sommaire du phénomène dérogatoire spécifique à la protection de l'environnement dans les AII:

---

mai 2009, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'article 12 du *Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of India on Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 04/05/2001, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'article 18 du *Treaty between The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 19/02/2008, *UNCTAD's IIA Navigator*.

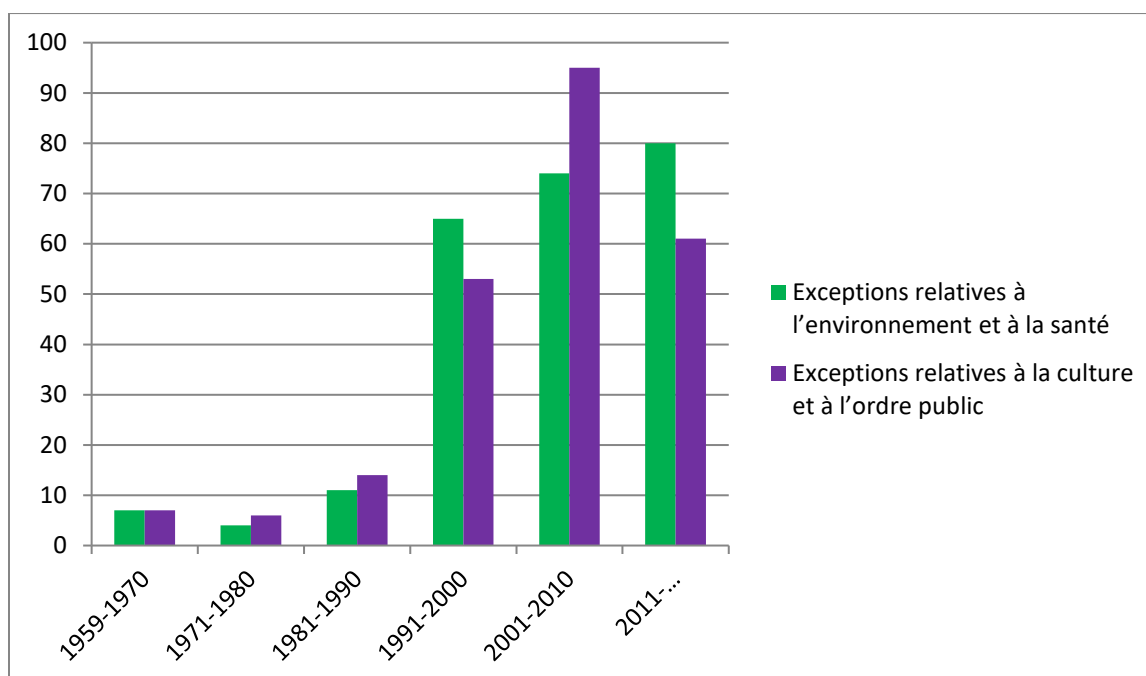
<sup>827</sup> v. les figures [Fig. (4)(b)] et [Fig. (2)(b)], p. 248 et 227.

<sup>828</sup> v. ALENA, article 104.1, *Supra* n° 33.

**Tableau n° 4:** Évolution des clauses dérogatoires spécifiques relatives à la protection de *l'intérêt général* dans les AII sur 6 décennies<sup>829</sup>

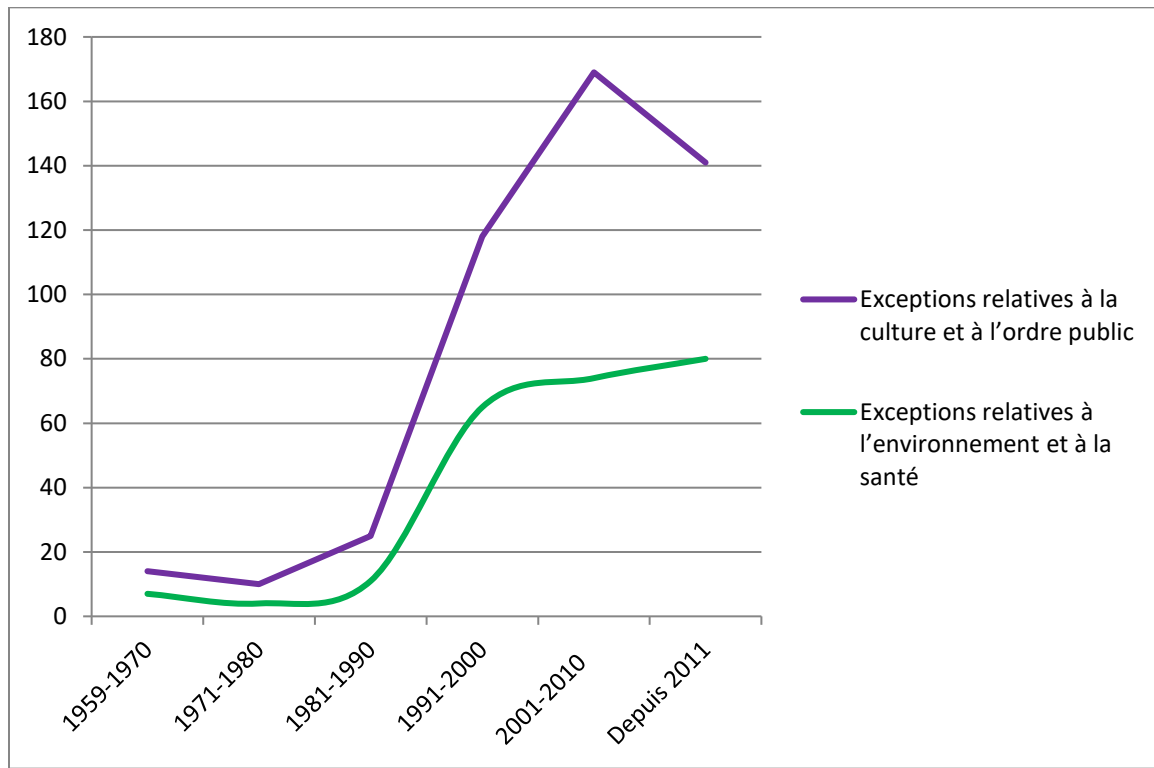
	1959-1970	1971-1980	1981-1990	1991-2000	2001-2010	Depuis 2011	TOTAL Depuis 1959
<b>Nombre de TBI</b>	<b>62</b>	<b>85</b>	<b>233</b>	<b>1326</b>	<b>719</b>	<b>150</b>	<b>2575</b>
Exceptions relatives à l'environnement et à la santé	7	4	11	65	74	80	241
Exceptions relatives à la culture et à l'ordre public	7	6	14	53	95	61	236
<b>TOTAL par période</b>	<b>14</b>	<b>10</b>	<b>25</b>	<b>118</b>	<b>169</b>	<b>141</b>	<b>477</b>
%	3	2	5	25	35	30	-

**Fig. (4)(a):** Histogramme des clauses dérogatoires spécifiques relatives à la protection de *l'intérêt général* dans les AII sur 6 décennies



<sup>829</sup> Les données quantitatives ont été tirées de la Base de données de la CNUCED et les indicateurs répertoriés à partir du *UNCTAD IIA Navigator, IIA Mapping Project, Supra* n° 44.

**Fig. (4)(b):** Courbe d'évolution des clauses dérogatoires spécifiques relatives à la protection de *l'intérêt général* dans les AII sur 6 décennies



Au-delà des statistiques, il convient de souligner que les premières sources d'inspiration des dérogations spécifiques à la protection de l'environnement sont l'article XX du GATT<sup>830</sup> et l'article XIV de l'*Accord général sur le commerce des services*<sup>831</sup> en ce qui concerne les dispositions relatives au commerce des services. Leur première manifestation dans les AII remonte, quant à elle, au TBI conclu le 21 novembre 1985 par le Singapour et la Chine et dont l'article 11 dispose:

Les dispositions du présent Accord ne limitent en aucune manière le droit des Parties contractantes soit de prononcer des interdictions ou d'imposer des restrictions de quelque nature que ce soit ou soit de prendre toutes mesures visant à assurer la protection de leurs intérêts essentiels en

<sup>830</sup> v. les paragraphes b) et g), *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, *Supra* n° 337.

<sup>831</sup> v. le paragraphe b), *Accord général sur le commerce des services*, *Supra* n° 751.

matière de sécurité, de santé publique ou pour prévenir les maladies et les insectes affectant les animaux ou les plantes<sup>832</sup>.

Singapour a ensuite reconduit - sans en modifier le contenu - cette disposition dérogatoire lorsqu'il a voulu conclure un accord du même type avec le Viêt-Nam en 1992:

The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action where such prohibitions, restrictions or actions are directed to:

- (a) the protection of its essential security interests;
- (b) the protection of public health; or
- (c) the prevention of diseases and pests in animals or plants<sup>833</sup>.

Certes, il faut mentionner dans l'ordre chronologique entre les deux accords conclus par le Singapour et ses partenaires du Sud, la clause de «sauvegarde et d'exception» prévue par le Traité de l'Union africaine de juin 1991:

1. Notwithstanding the provisions of Articles 30 and 31 of this Treaty, any Member State, having made its intention known to the Secretariat of the Community which shall inform Member States thereof, may impose or continue to impose restrictions or prohibitions affecting:

[...];

(c) The protection of human, animal or plant health or life, or the protection of public morality;

(d) Export of strategic minerals and precious stones;

(e) The protection of national treasures of artistic or archaeological value or the protection of industrial, commercial and intellectual property;

(f) The control of hazardous wastes, nuclear materials, radio-active products or any other material used in the development or exploitation of nuclear energy;

[...].

---

<sup>832</sup> v. *Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la République de Singapour relatif à l'encouragement et à la protection des investissements étrangers* (avec échanges de lettres) Signé à Beijing le 21 novembre 1985, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5378> , UNCTAD's *IIA Navigator*.

<sup>833</sup> v. article 11 du *Agreement between the Government of the Socialist Republic of Vietnam and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments* , 29/10/1992, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2263> , UNCTAD's *IIA Navigator*.

2. The prohibitions or restrictions referred to in paragraph 1 of this Article shall in no case be used as a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States<sup>834</sup>.

La disposition a été ensuite incorporée à divers AII avec des adaptations diverses. Les formules retenues traduisent la préoccupation d'empêcher qu'un dispositif régissant un aspect fondamental d'un AII ne puisse nuire à la protection de «la santé, la sécurité, ou l'environnement». C'est le cas notamment de l'article 12 du TBI Inde-République Tchèque du 11 octobre 1996<sup>835</sup>, l'article 11 de l'accord conclu entre la République de l'Ile Maurice et le Bénin le 18 mai 2001<sup>836</sup>, ainsi que la plupart des TBI récemment conclu par le Canada avec certains de ses partenaires du Sud<sup>837</sup>.

---

<sup>834</sup> v. les paragraphes 1 et 2 de l'article 35 du *Treaty Establishing The African Economic Community*, *Supra* n° 733.

<sup>835</sup> *Agreement between the Czech Republic and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments*, 11/10/1996, UNCTAD's *IIA Navigator*.

<sup>836</sup> *Accord entre le Gouvernement de la République de Maurice et le Gouvernement de la République du Bénin concernant l'encouragement et la protection des investissements*, 18/05/2001, UNCTAD's *IIA Navigator*; v. également l'article 14 de l'*Agreement Between The Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Uganda for the Reciprocal Promotion and Protection Investments*, 30/06/2001, UNCTAD' *IIA Navigator*.

<sup>837</sup> v. notamment l'article 18-1 de l'*Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la protection des investissements* du 20/04/2015, *Supra* n° 803; l'article 20-1 l'*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, 09/01/2013, *Supra* n° 803; l'article 17-1 de l'*Accord entre le Canada et la République du Cameroun pour la promotion et la protection des investissements* du 03/03/2014, *Supra* n° 803; l'article 17-1 de l'*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire* du 30/11/2014, *Supra* n° 803; l'article article17-1 de l'*Accord entre le Canada et le Mali pour la promotion et la protection des investissements* du 28/11/2014, *Supra* n° 803; l'article 18-1 du *Agreement Between Canada and the Federal Republic of Nigeria for the Promotion and Protection of Investments*, 06/05/2014, *Supra* n° 803; l'article18-1 de l'*Agreement Between Canada and the Federal Republic of Senegal for the Promotion and Protection of Investments*, 27/11/2014, *Supra* n° 803; l'article 17-1 de l'*Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements* du 08 septembre 2016, UNCTAD's *IIA Navigator*; l'Article17-1 de l'*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments*, 10/02/2016, UNCTAD's *IIA Navigator*; l'article10-1 de l'*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments*, 14/11/2006, UNCTAD's *IIA Navigator*; l'article18-1 de l'*Accord entre le Canada et la République de Serbie concernant la promotion et la protection des investissements* du 1<sup>er</sup> septembre 2014, UNCTAD's *IIA Navigator*.

Signalons enfin la formulation plutôt curieuse mais beaucoup plus simplifiée par laquelle l'article 2 du TBI Russie-Hongrie de 1995 combine des considérations relatives à la sécurité, l'ordre public, la moralité publique, la santé et la protection de l'environnement:

3. This Agreement shall not preclude the application of either Contracting Party of measures, necessary for the maintenance of defence, national security and public order, protection of the environment, morality and public health<sup>838</sup>.

Le curieux de cette disposition est d'être en définitive une clause dérogatoire générale, alors que les parties semblaient convenir d'un dispositif de promotion. Dans un second temps, il convient de relativiser la portée de certains indicateurs dont le bien-fondé semble encore susciter quelques interrogations: l'élargissement du champ d'expression des clauses dérogatoires dans les AII, le risque de recours abusifs et à des fins autres que celles initialement prévues, la nécessité de démontrer le lien entre la prescription de la clause et la bonne foi de celui qui l'invoque<sup>839</sup>. Ces questionnements peuvent devenir persistants lorsqu'on se préoccupe d'analyser l'impact de ces clauses sur l'espace réglementaire de l'État, et plus spécifiquement sa marge de manœuvre dans le cadre d'accords méga-régionaux<sup>840</sup>.

Par ailleurs, selon une technique juridique propre aux États-Unis et au Canada, les annexes et les notes de bas de page constituent une partie intégrante du traité<sup>841</sup>. Par conséquent, bon nombre de TBI comportent

---

<sup>838</sup> *Agreement between the Government of the Republic of Hungary and the Government of the Russian Federation for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, v. UNCTAD's IIA Navigator.

<sup>839</sup> v. Par exemple l'indicateur relatif aux clauses d'exceptions générales, (v. L., SABANOGULLARI, «Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement», *Investment Treaty News Quarterly*, n° 2, Vol. 6, Mai 2015, p. 3-5).

<sup>840</sup> v. S. A. SPEARS, «The quest for policy space in a new generation of international investment agreements», *Journal of International Economic Law*, 13 (4), 2010, p. 1037-1075; Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 747.

<sup>841</sup> À condition toutefois qu'une disposition du traité le dise expressément. v. par exemple l'article 2201 de l'ALENA: « Les annexes font partie intégrante du présent accord», (ALENA, *Supra* n° 33); v. également l'article 35 du *Treaty between The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda*, *Supra* n° 826;

aujourd'hui des dispositions de protection spécifiques à l'environnement qui se retrouvent annexées à ces traités<sup>842</sup>. Tout comme les clauses d'exception générale, ces dispositions visent également à renforcer la marge de manœuvre de l'État en permettant à celui-ci de réglementer «sans risquer de poursuites au niveau international»<sup>843</sup>. À l'analyse, les clauses dérogatoires spécifiques à la protection de l'environnement et les dispositions similaires relatives ou établissant expressément le droit de légiférer (les notes interprétatives, les réserves, les annexes ainsi que les énoncés soulignant l'importance des préoccupations d'intérêt public) se recourent de par leur finalité<sup>844</sup>. Il importe à cet égard de préciser que la classification effectuée au début de ce chapitre n'a de justification et de but que pédagogiques. Au reste, les différentes catégories identifiées à cette fin s'intègrent en définitive dans un seul ensemble: le régime de protection de *l'intérêt général*. Aussi bien au regard des statistiques que par rapport à l'analyse de contenu, la tendance à l'incorporation des exceptions relatives à la protection de l'environnement dans les AII semble se confirmer.

---

l'article XVIII(3) de l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de la Lettonie pour l'encouragement et la protection des investissements, *Supra* n° 826.

<sup>842</sup> v. par notamment l'Annexe B(4)(b) du *Treaty between The Government of the United States of America and the Government of the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, 04/11/2005, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'Annexe B(4)(b) du *Treaty between The Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, *Supra* n° 826; l'Annexe B(3) de l'Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement de la République de la Lettonie pour l'encouragement et la protection des investissements, *Supra* n° 826; l'Annexe B(c) de l'Accord entre le Gouvernement de la République de Roumanie et le Gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 08/05/2009, *UNCTAD's IIA Navigator*; l'Annexe A(c) de l'Accord entre le Canada et la République Tchèque pour la promotion et la protection des investissements, 06/05/2009, *UNCTAD IIA Navigator*; v. également l'Annexe 13(5) du *Free Trade Agreement Between The Government of New Zealand And The Government of the People's Republic of China*, 07/04/2008, *UNCTAD IIA Navigator*.

<sup>843</sup> v. L., SABANOULLARI, *Supra* n° 839, p. 3.

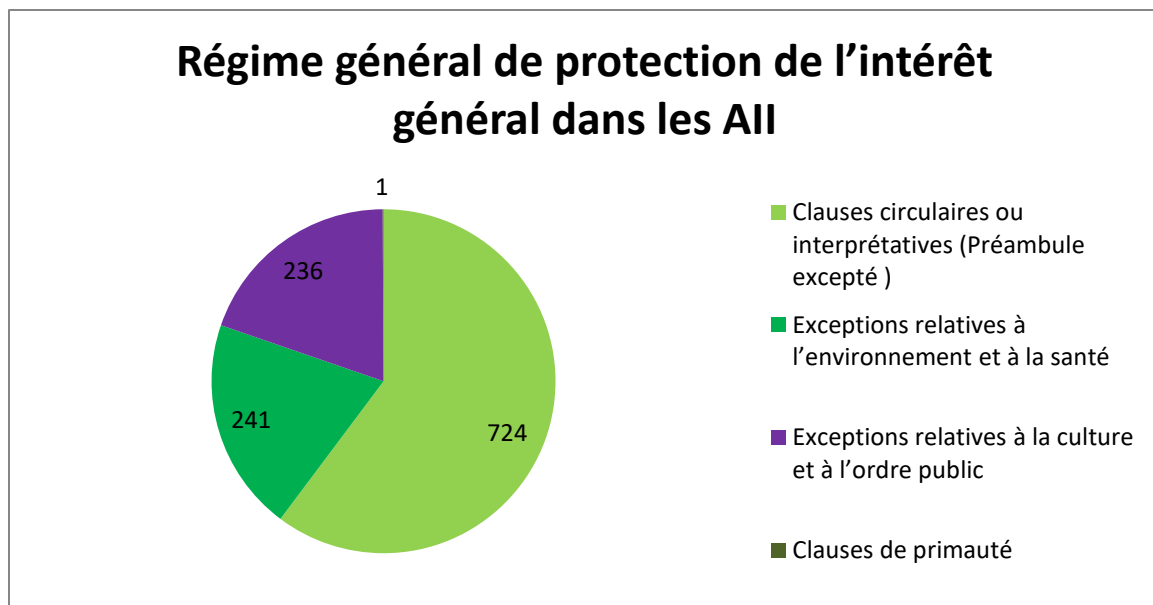
<sup>844</sup> *Ibid.*



## Conclusion du Chapitre 5

En définitive, le profil analytique des AII montre bien l'existence d'une nouvelle génération d'AII différente de la première de par sa structure et ses ambitions, et d'où le nouveau droit international des investissements tire son essence. Elle pose la base d'un régime de protection de *l'intérêt général* qui n'est pas seulement un régime «des exceptions» mais un régime général ayant une réelle prise sur la balance des *intérêts* et qui inclut les clauses circulaires et interprétatives ainsi que les clauses dérogatoires spécifiques. Seules les clauses de primauté sont ici considérées comme étant en dehors de ce régime, vu qu'elles semblent pour le moment un phénomène isolé.

**Fig. S.**



Tout autre est la question de savoir si l'on peut se prévaloir de cette remarquable évolution au niveau du régime de protection de *l'intérêt général* dans les AII pour également prétendre à une modulation de la dimension évolutive du principe *d'équilibre* en droit international des investissements sur la base de la juridicité des standards, principes, normes et techniques de protection sociales et environnementales.

## Chapitre 6

### LA PRISE EN COMPTE DES NORMES, PRINCIPES DIRECTEURS ET STANDARDS INTERNATIONAUX DANS LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS

Le développement qui précède confirme l'existence d'un régime de protection des considérations sociales et environnementales dans les AII et introduit l'idée que ce régime se conforte désormais de l'existence parallèle d'un réseau de normes, principes directeurs et standards internationaux charriés par des clauses empruntées au droit mou (*soft law*) et à travers différentes branches du droit. Comme on a pu le souligner, la norme technique internationale est devenue « une véritable source du droit »<sup>845</sup>. Or, l'enchevêtrement actuel des sources au-delà des frontières témoigne aussi bien des origines de la normalisation en droit<sup>846</sup> qu'il explique et justifie la migration des normes et standards d'un ordre juridique à un autre<sup>847</sup>. Toutefois, le caractère singulier de ces sources en droit international invite davantage à se questionner sur leur portée normative en droit international des investissements<sup>848</sup>. En l'absence de références précises, faut-il les considérer comme étant des « principes coutumiers 'optionnels' » que l'on ne peut mettre en œuvre de manière absolue<sup>849</sup> ou doit-on plutôt les traiter comme des « propositions générales » invitant à se conformer à une règle de comportement ou encore

---

<sup>845</sup> J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 176 et s.; v. également L., BOY, « La valeur juridique de la normalisation », dans J., CLAM et G., MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 184 et s.

<sup>846</sup> *Ibid.*, p. 176-177.

<sup>847</sup> V., VADI, *Supra* n° 801, p. 31; L., DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *Supra* n° 796, p. 869.

<sup>848</sup> Il faut à cet effet rappeler qu'il ne s'agit pas ici de normes et standards générés par le système des AII (traitement national, traitement de la nation la plus favorisée, traitement juste et équitable) et dont l'existence, la portée et l'effectivité en droit international des investissements ne sont plus à démontrer.

<sup>849</sup> v. A., PELLET, P., AILLIER, M., FORTEAU, *Droit international public*, LGDJ, 2009, p. 1249.

comme des mécanismes interprétatifs dont le contenu normatif reste encore sujet à caution<sup>850</sup>. Il faut, à cet effet, rappeler la position (plutôt minimaliste) selon laquelle le fondement des standards internationaux « n'est en définitive pas à trouver dans la normalité mais dans la recherche de l'équité »<sup>851</sup>. Autrement dit, les normes sociales et environnementales trouvent directement leur fondement dans le principe qui leur sert de référence et dont ils conservent le caractère souple, général et abstrait. Leur portée juridique modulable, dépend également des fonctions du principe d'*équilibre* auxquelles il est ici fait appel : logique, axiologique, supplétive, et totalisatrice.

Dès lors, la question de la juridicité des normes techniques, principes directeurs et standards internationaux intègre tout particulièrement la préoccupation du respect de l'*équilibre des intérêts* qu'elle reste intimement liée à la problématique plus générale d'une relativité du droit<sup>852</sup>. Il importe d'abord de dessiner les contours de cette imbrication normative **(6.1.)** avant de revenir plus amplement sur ses implications par rapport à l'ensemble du système **(6.2.)**.

---

<sup>850</sup> v. C., COLARD-FABREGOULE, *Supra* n° 40, p. 586.

<sup>851</sup> v. Préface de P.-M., DUPUY, à l'ouvrage de RADI, Y., *La standardisation et le droit international : contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. ix.

<sup>852</sup> v. L., BOY, *Supra* n° 40, p. 57-79; L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 40, p. 351-376; A., OUEDRAOGO *Supra* n° 40, p. 155-186; et plus généralement v. P., WEIL, «Vers une normativité relative en droit international?», *Supra* n° 68, p. 5-47; J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 149-182; O., SCHACHTER, «International Law in Theory and Practice. General Course in Public International Law», *RCADI*, tome 178 (1982-V), p. 43 et s.; G., KAUFMANN-KOHLER, *Supra* n° 40, p. 283-299. v. Y., RADI, *ibid.* p. 8 et s.

## **6.1.- Normativité relative, polynormativité et juridicité des principes, normes et standards internationaux relatifs à la structuration des relations entre investissement, environnement, droits fondamentaux et sociaux**

Lorsqu'on prend en considération l'importance du phénomène migratoire, il ne serait pas incongru de poser d'emblée que l'éclatement du contenu normatif du système international et l'inflation des normes *soft*, ambiguës et au contenu varié, générées par la communauté internationale font partie d'un même problème : la mondialisation et ses conséquences - l'intensification des échanges transfrontaliers et l'ouverture de nouveaux marchés, la prolifération de foyers normatifs et les transformations de l'entreprise<sup>853</sup>. Plus singulièrement, cela procède de la résurgence des problèmes environnementaux et la difficulté de leur prise en compte par le droit. Quelques regrets que l'on puisse en avoir, et au-delà du caractère incomplet et réversible des arguments proposés<sup>854</sup>, cela semble une réponse indirecte à la dichotomie entre le pouvoir normatif des organisations internationales et le principe de la souveraineté règlementaire. À cet égard, faut-il voir dans la validation des normes et standards internationaux - à travers leur incorporation ou le renvoi de certains instruments internationaux et législations internes à ces normes - l'indice d'un retour de balancier en faveur de l'État ou plutôt le déclin du principe de souveraineté règlementaire ?

Observons dans un premier temps que la pénétration de *l'intérêt général* dans l'univers des AII - l'intégration des considérations sociales et environnementales et son implication en termes d'affirmation de droits pour les entités étatiques tel par exemple le droit de légiférer - a d'abord été perçue comme un retour de balancier en faveur du principe de la souveraineté règlementaire et rejetée par les tribunaux arbitraux<sup>855</sup>.

---

<sup>853</sup> J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 176-177.

<sup>854</sup> v. E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 13 et s.

<sup>855</sup> v. notamment la sentence *Companiadel Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, *Supra* n° 28, § 71, p. 172.

Cependant, les données statistiques enregistrées entre 1959 et 2018 montrent bien que l'intégration de ces normes dans les AII ainsi que les références législatives à ces normes est en augmentation rapide: plus 31 % pour les premiers et plus de 29 % pour les secondes en 2018<sup>856</sup>. Difficile cependant d'entrevoir à travers ces chiffres une augmentation du pouvoir normatif des organisations internationales et des entités parapubliques productrices de ces normes. D'où l'importance de reconsidérer la question de leur portée, non sans avoir rappelé qu'il n'y a « pas de dégradé dans la force d'une obligation » juridique internationale<sup>857</sup>, et en soulignant la difficulté de concevoir l'existence d'une catégorie intermédiaire entre des textes ayant une portée juridique et ceux qui en seraient dépourvus<sup>858</sup>. L'on ne peut par conséquent concevoir l'existence d'une normativité relative en droit international sans reconnaître à la norme technique une certaine force juridique - que cela soit en ce qui concerne les principes directeurs (6.1.2.) ou que cela soit par rapport aux normes et standards internationaux (6.1.1.).

### **6.1.1.- Les normes et standards internationaux**

Pour les fins de la démonstration et bien qu'il n'existe pas une différence de portée entre les « principes directeurs » d'une part et les « normes et standards internationaux » de l'autre, nous allons traiter des deux types d'instrument séparément, en commençant par les seconds.

---

<sup>856</sup> v. respectivement Tableau n° 3, Fig. (3)(a), à la p. 241.

<sup>857</sup> v. M., VIRALLY, «La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre les auteurs et textes qui en sont dépourvus », *AIDI* 1983, vol. 60, Tome 1, p. 246.

<sup>858</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 70, p., 214.

## a- Éléments de définition

La norme technique se définit selon l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et la Commission électrotechnique internationale (CEI) comme un

document, établi par consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné<sup>859</sup>.

À la suite de cette définition et à la faveur d'un recensement des différentes sortes d'interaction entre les normes techniques internationales, on peut distinguer entre les normes incorporées aux autres instruments juridiques<sup>860</sup>, les normes reconnues comme normes de référence<sup>861</sup>, les normes considérées comme étant des « règles de l'art » dans l'application ou l'interprétation du droit<sup>862</sup>. Quelle qu'elle soit, la norme technique internationale ne peut plus aujourd'hui être considérée comme étant à l'écart du droit<sup>863</sup>. La seule démarcation pouvant subsister entre les deux, demeure toutefois le caractère généralement non contraignant de la norme technique<sup>864</sup>. En cela, celle-ci s'identifie au standard international qui, lui aussi, a pendant longtemps été considéré comme n'ayant aucune valeur juridique. Utilisé pour la première fois dans la doctrine anglo-saxonne<sup>865</sup>, la notion de « standard » a connu un

---

<sup>859</sup> v. *Directives ISO/CEI, Partie 2 : Règles de structure et de rédaction des Normes internationales*, 5<sup>e</sup> édition, 2004, p. 3.

<sup>860</sup> v. plus généralement J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 177-179; et plus spécifiquement en ce qui concerne les instruments relatifs au droit international des investissements v. les exemples cités *Supra* n° 170 et 803.

<sup>861</sup> v. par exemple l'article 3 de *l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* (Accord SPS) et son Annexe A., [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/sps\\_f/spsagr\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/sps_f/spsagr_f.htm) (consulté le 25 mars 2019).

<sup>862</sup> v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 180-182.

<sup>863</sup> *Ibid.*, p. 181-182.

<sup>864</sup> *Ibid.*, p. 181.

<sup>865</sup> v. O., W., HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881 à la p. 122.

important développement<sup>866</sup> et suscité de nombreuses controverses<sup>867</sup>. Plus généralement, l'on considère les standards comme étant des « [...] concepts de caractère général et abstrait que la pratique, notamment judiciaire, permet de concrétiser au fil du temps »<sup>868</sup>.

Toutefois, lorsqu'on prend en considération le caractère polysémique et polymorphe de la notion, la nécessité d'une recherche d'*équilibre* entre les *intérêts* en présence ainsi que la faiblesse des mécanismes judiciaires de concrétisation dans l'ordre juridique international, le processus de juridicisation des standards s'avère « lent et laborieux »<sup>869</sup>. Le concept se retrouve alors comme dans un « flou terminologique »<sup>870</sup>, renvoyant

[...] tantôt à une norme incontestée de droit international, tantôt à des principes n'ayant pas un seuil de normativité suffisant pour répondre à la définition de « norme » [...] impliquant l'idée d'un « niveau » à atteindre ou d'un « modèle » auquel il faut se conformer et par rapport auquel l'évaluation d'une situation ou d'un comportement doit être opérée<sup>871</sup>.

Tout comme avec la norme technique, il n'y a donc de différence entre la « règle normative »<sup>872</sup> et le standard que de fonction. La norme (« normative » ou « règle de droit ») pouvant jouer, en plus de la fonction de transformation du système normatif, un rôle de conservation qui donne à

---

<sup>866</sup> v. notamment R., POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1954, p. 48-71; v. également V., SCHREIBER, *Supra* n° 40, p. 1-15; L., BOISSON DE CHAZOURNES, « Normes, standards et règles en droit international » in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 43-56; et plus récemment, L., BOISSON DE CHAZOURNES *Supra* n° 40, p. 351-376; A., OUEDRAOGO, *Supra* n° 40, p. 155-186.

<sup>867</sup> Pour un aperçu des différentes positions v. A., OUEDRAOGO, *Supra* n° 40, p. 155 et s.

<sup>868</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 70, p., 214.

<sup>869</sup> Ibid.

<sup>870</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 40, p. 352; « Normes, standards et règles en droit international » in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 44.

<sup>871</sup> v. J., SALMON (dir.), *Supra* n° 776 à la p. 1049.

<sup>872</sup> Nous utilisons ici cette tautologie empruntée à Laurence Boy pour désigner une règle juridique contraignante comparée à la règle de l'art ou à la norme technique (v. L., BOY, *Supra* n° 845, p.; v. également v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 181).

celui-ci sa nature «complexe»<sup>873</sup>. Entre standard, norme et règle de droit, il existe donc une interaction qui permet d'établir que «[...], les standards internationaux jouent un rôle dans la «fabrication» de la règle de droit international et cette dernière remplit une fonction de «captation» vis-à-vis des standards internationaux»<sup>874</sup>.

En effet, si le système international génère plus aisément des règles qui sont de nature générale, au contenu indéterminé, et pouvant se particulariser jusqu'à s'adapter à chaque cas d'espèce, il demeure que celui-ci parvient moins bien à produire les normes intermédiaires<sup>875</sup>. Or, « peu concrétisées » et encore dotées d'une applicabilité générale, ces normes sont également les plus importantes parce que les plus opérationnelles et les plus efficaces<sup>876</sup>. Même si la prépondérance des sources traditionnelles du système demeure, celles-ci ont quelque mal à s'accommoder des nouvelles exigences de rapidité et de souplesse que nécessite la coopération internationale<sup>877</sup>. Dès lors et très rapidement, les normes et standards vont devenir la voie privilégiée d'adaptation du système international et, par conséquent, imposer leur présence dans plusieurs domaines dont notamment, celui de l'environnement, de la santé et du commerce<sup>878</sup>. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne le droit international des investissements à cause notamment de son régime général de protection des valeurs sociales et environnementales, et les voies empruntées pour leur prise en compte initiale dans les AII.

---

<sup>873</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, « Normes, standards et règles en droit international » in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 45.

<sup>874</sup> Ibid.

<sup>875</sup> Ibid.

<sup>876</sup> Ibid.

<sup>877</sup> v. A., OUEDRAOGO, *Supra* n° 40, p. 155.

<sup>878</sup> v. E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 13 et s.



## b.- De la juridicité des normes et standards internationaux

Faut-il voir dans le développement qui précède et comme le soulignait le professeur WEIL, « un retour inattendu du droit international à ses sources historiques »<sup>879</sup>! Sans nul doute. Mais, il convient également d'observer que le caractère abstrait des principes directeurs, normes et standards internationaux, est une source incontestable d'enrichissement du droit international, en général, et du droit international des investissements, en particulier. Celui-ci devient « *open-textured* »<sup>880</sup> avec à la fois un noyau d'applicabilité, une teneur variable<sup>881</sup>, voire « indécise »<sup>882</sup>, et possédant une source foisonnante<sup>883</sup>. Pour la doctrine – plutôt favorable à l'idée que l'obligatorité n'est plus le seul fondement de la règle de droit – les contours variables de la normativité internationale peuvent être cernés dans une matrice analytique qui a le mérite de la clarté:

La normativité internationale est foisonnante. Ses champs d'intervention ne cessent de s'étendre à des fins de coopération, de coordination, d'harmonisation, sinon d'intégration. Ses aspects évoluent. Les degrés de juridicité de la règle ou de la norme de droit international varient et le critère de l'obligatorité comme fondement de la règle de droit devient moins déterminant. La technicité émerge comme l'un des moteurs de la juridicité. Plus un instrument est en mesure de fournir des règles ou des lignes directrices adéquates dans un domaine spécifique de l'activité internationale (commerce, santé, environnement, etc.) et plus lesdites règles ou lignes directrices acquièrent une certaine normativité. Il se forme peu à peu une « communauté internationale à activité normative »<sup>884</sup>.

Certes, nous nous trouvons ici au cœur d'une réalité juridique à laquelle l'on prête non seulement un caractère « ouvert » mais aussi une nature « molle » et se présentant généralement sous deux différentes parures: la

---

<sup>879</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 68, p. 19.

<sup>880</sup> v. les références citées *Supra* notamment HART, *Supra* n° 82, p. 143-172; O., SCHACHTER, *Supra* n° 852, p. 43; P., WEIL, *Supra* n° 70, p. 215 et s.

<sup>881</sup> v. J., SALMON, *Supra* n° 40, p. 251-268; A., OUEDRAOGO, *Supra* n° 40, p. 155 et s.

<sup>882</sup> v. P., AMSELEK, « La teneur indécise du droit », *Revue de droit public*, 1991, p. 1199-1216.

<sup>883</sup> L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 40, p. 351.

<sup>884</sup> *Ibid.*

« *soft law de l'instrumentum* » et la « *soft law du negotium* »<sup>885</sup>. La première correspond davantage à l'instrument qui véhicule la règle et qui en lui-même est dépourvu de caractère normatif : un TBI modèle, une convention non ratifiée, une résolution des Nations Unies<sup>886</sup>, un code de conduite, une directive, une mesure règlementaire régionale ou internationale, sont des instruments qui participent de la formation des règles en ce sens qu'ils peuvent avoir les caractéristiques d'une recommandation ou être déclaratoires, cristallisateurs ou initiateurs d'une pratique et d'une *opinion juris*<sup>887</sup>. La seconde, c'est-à-dire la « *soft law du negotium* » se réfère plus à un contenu matériel faible et peu contraignant de la norme<sup>888</sup>. Il peut toutefois arriver que les deux aspects coïncident - c'est-à-dire que des droits et obligations au contenu imprécis et peu contraignant soient énoncés dans un instrument de la *soft law*. L'hypothèse extrême serait que des dispositions contraignantes, libellées de manières suffisamment précises soient contenues dans un instrument qui relèvent de la *soft law*. La *Charte des droits et devoirs économiques des États*<sup>889</sup> nous semble ici une illustration pour laquelle il peut être intéressant de chercher à savoir lequel des deux aspects prédomine entre la *hard law* matérielle et la *soft law de l'instrumentum*. La question, nous semble-t-il, demeure posée<sup>890</sup>. L'on réalise alors qu'en termes d'analyse de contenu, la précaution de

---

<sup>885</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 70, p. 215.

<sup>886</sup> Avec la nuance toutefois que certaines de ces résolutions peuvent être considérées comme ayant un caractère normatif tel le cas de la *Résolution 1803 du 14 décembre 1962 relative à la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* ([https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_1803/ga\\_1803\\_ph\\_f.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_f.pdf)) qui, selon l'arbitre unique René-Jean Dupuy dans l'affaire *Texaco Calasiatic c. Libye* (*Supra* n° 20, p. 350) reflète l'état du droit existant en matière de nationalisation (v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 81). Rappelons également que, comme l'a montré le juge LAUTERPACHT en 1955 dans son opinion individuelle dans l'Affaires du *Sud-Ouest africain* à propos de certaines résolutions des Nations Unies, les États sont tenus de donner les raisons de la non-observation de leur contenu (v. *Sud-Ouest africain - Procédure de vote, Avis consultatif du 7 juin 1955: C. I. J. Recueil 1955*, p. 67).

<sup>887</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 70, p. 215.

<sup>888</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>889</sup> *Charte des droits et devoirs économiques des États*, *Supra* n° 342.

<sup>890</sup> v. M., VIRALLY, «La Charte des droits et des devoirs économiques des États. Note de lecture», *Annuaire français de droit international*, volume 20, 1974. pp. 57-77; et plus généralement v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 79-84.

vouloir écarter les pièges d'une juridisation du quasi-droit<sup>891</sup>, et l'objectif de tracer une démarcation entre la *hard law* et la *soft law* ne sont peut-être pas similaires, mais ils se recoupent inévitablement. Quelle différence de portée il y a en effet entre les normes dites «autonomes» et les normes dites «de renvoi»<sup>892</sup>? Entre les mesures réglementaires et les lignes directrices? Entre les normes *Codex Alimentarius*<sup>893</sup> et les standards de l'Organisation internationale de normalisation (ISO)<sup>894</sup>?

Dans l'affirmative, cette différence serait mince et la distinction illusoire. Citons par exemple la note explicative de l'Annexe 1.2 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce*<sup>895</sup>:

Les termes définis dans le Guide ISO/CEI 2 visent les produits, procédés et services. Le présent accord traite seulement des règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité se rapportant à des produits ou à des procédés et à des méthodes de production. D'après la définition donnée dans le Guide ISO/CEI 2, les normes sont des documents dont le respect est obligatoire ou volontaire. Aux fins du présent accord, on entend par normes les documents dont le respect est volontaire et par règlements techniques les documents dont le respect est obligatoire. Les normes élaborées par la *communauté internationale à activité normative* sont fondées sur un consensus. Le présent accord vise également des documents qui ne sont pas fondés sur un consensus<sup>896</sup>.

Il convient, à cet égard, de souligner l'œuvre de la « communauté internationale à activité normative » dont l'existence a également été constatée par la doctrine<sup>897</sup> relayant une décision des juges d'appel de l'OMC<sup>898</sup>.

---

<sup>891</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 70, p. 239.

<sup>892</sup> v. E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 15.

<sup>893</sup> Normes alimentaires internationales, <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/list-standards/fr/> (consulté le 23 mai 2018).

<sup>894</sup> L'ISO a publié plus de 22168 normes internationales et publications associées qui couvrent les secteurs de l'industrie, des technologies, de la sécurité des denrées alimentaires, de l'agriculture et de la santé. <https://www.iso.org/fr/store.html> (consulté le 23 mai 2018).

<sup>895</sup> *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, [https://www.wto.org/FRENCH/docs F/legal f/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/FRENCH/docs/F/legal/f/17-tbt.pdf) (consulté le 23 mai 2018).

<sup>896</sup> *Ibid.*, p. 156 [Italiques ajoutées].

<sup>897</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 40, p. 351, note n° 2; A., OUEDRAOGO, *Supra* n° 40, p. 162, note 28.

<sup>898</sup> v. *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines, rapport de l'Organe d'appel*, WT/DS231/AB/R, para. 222 et 223, p. 67.

Après avoir ainsi posé la problématique de son habilitation, c'est-à-dire, l'adoption par les AII ou le renvoi des législations nationales au contenu de cette œuvre, il convient ensuite d'examiner plus spécifiquement l'un de ses principaux aspects, celui relatif à la conduite des entreprises multinationales.

### **6.1.2.- Les Principes directeurs à l'intention des multinationales et la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE)**

Du point de vue diachronique, la consécration d'obligations internationales à la charge de l'investisseur - à travers l'encadrement progressif de ses activités par le droit international - se présente d'abord comme un contrepoids aux obligations des parties en vue de *l'équilibre des intérêts*. Cet axe plus global de l'analyse se complète ensuite avec celui plus spécifique de la transformation des règles et pratiques en matière de responsabilité internationale. Que celle-ci dépende du potentiel de captation par les autres instruments (dont la normativité est incontestable comme les AII), des *Principes directeurs* eux-mêmes, ou de leur contenu matériel, la préoccupation d'émoudre les règles existantes demeure essentielle. À cet égard, on peut mentionner outre les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*<sup>899</sup>, les règles qui découlent des instruments ci-après : la *Déclaration tripartite de l'OIT sur les Principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale*<sup>900</sup>, le *Global Reporting Initiative*<sup>901</sup>, les *Principes volontaires pour la*

---

<sup>899</sup> *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, Édition 2011. Ces principes ont été adoptés pour la première fois en 1976, puis révisés à partir de 2000, <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf> (consulté le 16 mai 2018).

<sup>900</sup> *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204e session (Genève, novembre 1977) et amendée à ses 279e (novembre 2000), 295e (mars 2006) et 329e (mars 2017) sessions, 5e Edition - Mars 2017, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/@emp\\_ent/documents/publication/wcms\\_124923.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf) (consulté le 6 juin 2018).

<sup>901</sup> *Global Reporting Initiative*, <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx> (consulté le 6 juin 2018).

*sécurité et les droits humains*<sup>902</sup>, le *Global Compact des Nations Unies*<sup>903</sup>, les *Principes pour l'investissement responsable* de l'ONU<sup>904</sup>; les *Normes ISO 26 000*<sup>905</sup>, les *Principes directeurs de l'ONU pour les entreprises et les droits humains*<sup>906</sup>. Comme nous pouvons le constater à la suite de cette énumération, la normalisation technique embrasse un domaine élargi de l'activité juridique internationale. Toutefois, nous nous limiterons essentiellement ici à l'œuvre de l'OCDE et aux travaux de la Commission des droits de l'homme des nations unies concernant les multinationales.

#### **a- Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales<sup>907</sup>**

Pour mieux comprendre le processus de mise en place de cet instrument, il convient d'abord de remonter à ses origines.

---

<sup>902</sup> *Principes volontaires pour la sécurité et les droits humains* inaugurés en 2000, Groupe de la Banque mondiale/MIGA, Washington, DC, Édition de 2008, [https://www.miga.org/documents/VPSHR\\_Toolkit\\_French.pdf](https://www.miga.org/documents/VPSHR_Toolkit_French.pdf) (consulté le 6 juin 2018).

<sup>903</sup> *Global Compact des Nations Unies*, <https://www.unglobalcompact.org> (consulté le 6 juin 2018).

<sup>904</sup> *Principes pour l'investissement responsable* (UNPRI, 2006-2016), <https://www.unpri.org/download?ac=1539> (consulté le 6 juin 2018).

<sup>905</sup> *Normes ISO 26 000* (2010), <https://www.iso.org/fr/iso-26000-social-responsibility.html> (consulté le 6 juin 2018).

<sup>906</sup> *Principes directeurs de l'ONU pour les entreprises et les droits humains*, HR/PUB/11/4 © 2011 Nations Unies, NY et GE, 2011.

<sup>907</sup> *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, *Supra* n° 899.

### **i)- De la «Corporate Social Responsibility» à la Responsabilité sociale d'entreprise (RSE)**

Selon une exégèse de la question, la notion de RSE serait « encore jeune, bien qu'elle plonge ses racines au plus profond de ce qu'est l'entreprise et de ce qu'elle a toujours été »<sup>908</sup>. Par ailleurs, la précaution n'est pas superflue de préciser que nous emploierons indistinctement les termes « responsabilité sociale » et « responsabilité sociétale »<sup>909</sup> en autant que cela soit compris comme désignant le résultat de l'implication directe - et de plus en plus grande - de l'entreprise sur l'environnement, les droits sociaux et les droits fondamentaux<sup>910</sup>. Plusieurs approches peuvent dès lors se prêter à l'analyse à partir d'éléments divers de définition dont certains se dégagent de la constatation ci-après visant à offrir une large compréhension de la corrélation entre l'entreprise et son milieu:

En affirmant leur responsabilité sociale et en contractant de leur propre initiative des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles doivent de toute façon se conformer, les entreprises s'efforcent d'élever les normes liées au développement social, à la protection de l'environnement et au respect des droits fondamentaux, et adoptent un mode ouvert de gouvernance, conciliant les intérêts de diverses parties prenantes au sein d'une approche globale de la qualité et du développement durable<sup>911</sup>.

La responsabilité sociale des entreprises se révèle ainsi protéiforme et le processus de son intégration dans le corpus juridique international encore plus trouble<sup>912</sup>. Dans sa déclinaison actuelle, celle-ci se présente sous la

---

<sup>908</sup> v. F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p. XIII.

<sup>909</sup> La confusion viendrait du fait que certains commentateurs préfèrent l'un à l'autre pour le même résultat (v. I., TCHOTOURIAN, « *Chronique bibliographique* », *Les Cahiers de Droit*, vol. 57, n° 1, 2016, p. 212, note n°1; C., MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 26 et s. et 205).

<sup>910</sup> Dans le même sens v. C., MALECKI, *ibid.*, p. 26 et s.

<sup>911</sup> COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre Vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366 final, Publié par la Commission, Bruxelles, le 18 juillet 2001, § 3, p. 3.

<sup>912</sup> v. F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Supra* n° 908, voir plus spécialement les p. 1 à 105.

forme d'une adjonction de directives, de principes, de normes et standards, où se relie plusieurs types d'intérêts relevant de divers domaines de rattachement et impliquant différents facteurs de causalité. De par sa nature, elle contribue à la prise en compte de *l'intérêt général* et par conséquent, devient également un élément de structuration et de médiation entre les *intérêts* en présence dans une relation d'investissement. Toutefois, avant d'évoluer vers la forme moderne qu'on lui connaît aujourd'hui et qui comprend la prise en compte de toutes les parties prenantes<sup>913</sup>, ses prémices remontent à la «*Corporate Social Responsibility*»<sup>914</sup> dont le sens d'emprunt est devenu celui de «*liability*» ou d'«*accountability*» qui sont des notions plus proches de la «responsabilité» au sens d'une norme primaire<sup>915</sup>. En effet, les considérations éthiques et morales ont longtemps dominé la notion, notamment, lorsque celle-ci était portée par la «Society of Friends» aux États-Unis<sup>916</sup>.

Fondée au XVII<sup>e</sup> siècle sous l'impulsion des *Quakers*, la «Société religieuse des amis», a gagné rapidement du terrain. Son objectif était de lutter contre l'esclavage, la vente d'armes, la consommation d'alcool - dans le contexte particulier des États-Unis - puis de favoriser l'émergence des droits de la femme ainsi que la préservation de l'environnement, par le moyen de la promotion des investissements dits «éthiques». Le mouvement

---

<sup>913</sup> v. à cet égard le livre fondateur d'Edward Freeman sur la théorie des *stakeholders* selon laquelle, l'entreprise affecte les parties prenantes autant que ces dernières peuvent nuire à ses intérêts. Par conséquent, il est impératif de tenir compte de leurs attentes dans la stratégie de l'entreprise (v. E., FREEMAN, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston, Toronto Pitman, 1984, 276 p).

<sup>914</sup> v. H., BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, Iowa City, 2013. L'original a été publié en 1953 par le Federal Council of the Churches of Christ in America, USA.

<sup>915</sup> L., BOISSON DE CHAZOURNES, «Conclusions générales», in *La responsabilité des entreprises multinationales en matière des droits de l'homme*, E., DECAUX (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 257; v. également F.-G., TRÉBULLE, «Propos introductifs : Quel droit pour la RSE?», dans *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Supra* n° 908, p. 4.

<sup>916</sup> v. Ch., REVELLI, «L'investissement socialement responsable : origine, débats et perspectives», *Revue française de gestion*, 2013/7, n° 236, p. 79 à 92; v. également C., LOUCHE, S., LYDENBERG, «Investissement socialement responsable : différences entre Europe et États-Unis», *Revue d'économie financière*, 2006, n° 85, p. 81-106.

ISR (Investissements Socialement Responsables) a alors vu le jour avant de se développer tout au long des XVIII, XIX et XX siècles. L'ISR s'institutionnalise puis s'étend au marché financier d'abord sous la forme de fonds commun de placement excluant tout investissement relevant des secteurs considérés comme immoraux<sup>917</sup>. La logique d'exclusion s'est ensuite poursuivie avec l'objectif non seulement de faire pression sur les entreprises afin d'obtenir le retrait des activités contestées mais également, de les pousser à intégrer l'ensemble des acteurs et partenaires dans leur prise de décision. De la pratique des «*shareholders*» qui se limitait seulement aux actionnaires de l'entreprise, on arrive à celle plus équitable des «*stakeholders*» qui inclut toutes les parties prenantes<sup>918</sup>. Le bouleversement provoqué par ce changement d'approche tant au sein des conseils d'administration que sur le marché financier a également donné lieu à un retentissement judiciaire, particulièrement intéressant pour notre analyse:

Alors que de nombreuses législations aux États-Unis commençaient à reconnaître la nécessité pour les administrateurs de prendre en compte les intérêts des «*stakeholders*»<sup>919</sup> et que la Cour suprême des États-Unis s'attelait à relativiser le principe de la primauté des actionnaires<sup>920</sup>, la

---

<sup>917</sup> Selon le *Rapport de tendances de l'investissement responsable canadien 2015*, le tableau de filtrage négatif ou d'exclusion concerne généralement les armes, le tabac, le nucléaire, les jeux d'argent, la pornographie, l'alcool, le bien-être, les tests sur les animaux, les OGM, ... etc. (v. ASSOCIATION POUR L'INVESTISSEMENT RESPONSABLE, *Rapport de tendances de l'investissement responsable canadien 2015*, p. 17, [https://riacanada.ca/wp-content/uploads/2015/01/RI\\_Trends\\_Report2015\\_FR.pdf](https://riacanada.ca/wp-content/uploads/2015/01/RI_Trends_Report2015_FR.pdf)), (consulté le 02-05-2016).

<sup>918</sup> E., FREEMAN, *Supra* n° 913.

<sup>919</sup> v. à cet effet les travaux de AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, ALI, Philadelphia, 1994, § 2.01; v. aussi J., R., MACEY, «The Transformation of the American Law Institute», 61 *Geo. Wash. L. Rev.*, 1212 (1993); E., MITHELL, «Private Law, Public Interest ? : The ALI Principles of Corporate Governance», 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 871 (1993).

<sup>920</sup> v. notamment les affaires *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985) et *Paramount Communications Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140 (Del. 1990) où la Cour suprême de Delaware a successivement reconnu que les administrateurs pouvaient légitimement bloquer une offre publique d'achat en raison de son impact sur les intérêts des créanciers, des consommateurs, des employés et de la communauté en général.



trajectoire de la jurisprudence canadienne allait être quelque peu différente. Confirmant une position qu'elle avait déjà adoptée en 2004<sup>921</sup>, la Cour suprême du Canada a reconnu en 2008 que, pendant leur prise de décision, les administrateurs peuvent tenir compte non seulement des intérêts des différentes parties prenantes de l'entreprise, mais également de *l'intérêt général environnemental*:

Nous considérons qu'il est juste d'affirmer en droit que, pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement<sup>922</sup>.

Difficile dès lors de ne pas reconnaître qu'il existe un lien de connexité entre les intérêts à long terme de l'entreprise, ceux de la partie étatique et ceux du public en général<sup>923</sup>. Certes, la Cour n'a pas indiqué un canevas d'ensemble permettant d'effectuer une hiérarchisation entre les intérêts en présence<sup>924</sup> ni spécifié de quelle nature sera le régime de la responsabilité environnementale applicable à cet effet. Mais, nombreuses sont aujourd'hui les législations internes qui connaissent une évolution dans ce sens-là<sup>925</sup>. Par ailleurs, la plupart de ces législations comportent en tout

---

<sup>921</sup> v. l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, § 42; v. également le parallèle avec la décision *Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (C. div.).

<sup>922</sup> *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69, § 39.

<sup>923</sup> *Ibid.*, § 40.

<sup>924</sup> v. S., ROUSSEAU et I., TCHOTOURIAN, «Normativité et responsabilité sociale des entreprises : l'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'Atlantique», in *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Supra* n° 908, p. 53.

<sup>925</sup> v. par exemple au Canada le *PROJET DE LOI C-584 concernant la responsabilité sociale d'entreprise inhérente aux activités des sociétés extractives canadiennes dans des pays en développement*, Chambre des Communes, 2<sup>e</sup> session, 41<sup>e</sup> législature, 62-63 Elizabeth II, 2013-2014: [http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/412/Private/C-584/C-584\\_1/C-584\\_1.PDF](http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/412/Private/C-584/C-584_1/C-584_1.PDF), consulté le 03-05-2016; la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, (art. 109.3 et 113) au Québec; les lois dites «*Loi Grenelle I*» ou *Loi n° 2009-967 du 3 août 2009*, *JORF* n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031 (art. 53) et «*Loi Grenelle II*» ou *Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, *JORF* du 13 juillet 2010, p. 12905 (art. 225), consolidant la *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques* en France, *JORF* du 16 mai 2001, p.

ou en partie un mécanisme de sanction relatif à l'exigence de conformité aux considérations environnementales et socio-éthiques<sup>926</sup>. Cela représente une relative avancée par rapport aux normes de régulation internationales dont la logique s'écarte du modèle d'ordre juridique positif pour emprunter la logique d'un archétype hybride, s'exprimant sous différentes parures normatives<sup>927</sup>.

## ii)- Les Principes directeurs: un modèle d'action formelle à l'initiative de l'OCDE

Il est d'abord remarquable que c'est à la fois l'interaction entre les acteurs au niveau international, l'initiative volontaire des entreprises, l'intervention directe des pouvoirs publics, la nécessité de recourir à des institutions crédibles et transparentes pour la surveillance des pratiques des entreprises qui ont finalement été la base d'un modèle d'action formelle pouvant générer de nouvelles techniques et normes de contrôle. Sans minimiser la participation de l'État - principal levier dans la mise en œuvre et du respect par les entreprises des normes sociales - on va essayer de faire prévaloir à l'échelle internationale des instruments juridiques de

---

7776 (art. 116); la *Loi danoise sur la déclaration financière* (Section «99a», art.1&2): [http://www.eogs.dk/graphics/Samfundsansvar.dk/Dokumenter/Proposal\\_Report\\_On\\_Social\\_Resp.pdf](http://www.eogs.dk/graphics/Samfundsansvar.dk/Dokumenter/Proposal_Report_On_Social_Resp.pdf) (consulté le 05-05-2016); le *British Companies Act 2006* au Royaume-Uni, dont le Chapitre 46, Partie 15, Chapitre 5, Section 417 sur le contenu du *Business Review* reprend *in extenso* la directive européenne 2003/51/CE, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/15/chapter/5/crossheading/directors-report> (consulté le 05-05-2016); le *German Corporate Governance Code*: <http://www.fsa.go.jp/singi/corporategovernance/siryu/20140807/09.pdf>, (consulté le 05-05-2016); la *Loi National Greenhouse and Energy Reporting (NGER) 2007* en Australie: <https://www.environment.gov.au/climate-change/greenhouse-gas-measurement/nger> (consulté le 05-05-2016); ... etc.

<sup>926</sup> v. à cet effet les commentaires de S., ROUSSEAU et I., TCHOTOURIAN, *Supra* n° 924 aux p. 47-67; v. F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Supra* n° 908; J., PARADIS, «L'investissement socialement responsable : les caisses de retraite québécoises peuvent-elles emboîter le pas?», (2011) 41 *R.G.D.* 342-415; É., FORGET, *L'investissement éthique: analyse juridique*, PUS, Strasbourg, 2015, p. 261 et s.

<sup>927</sup> Formelle ou contraignante (selon sa source d'identification), alternative ou flexible (selon le *ratio legis*) et impérative en ce sens qu'elle pourrait être perçue comme un «nouvel ordre public» (v. Ph., DIDIER, «Quelles normes pour la RSE?», in *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, v. F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Supra* n° 908, p. 91 et s.).

nature hétéroclite et de source plurielle tels que les codes de conduite et les normes de standardisation, dans un contexte où la pression des marchés prime la force des règles établies<sup>928</sup>. La RSE est alors conçue comme un concept autonome de management international. Par ce biais, les organismes de coopération internationale (CNUCED, FAO, OCDE, OIT, OMS), l'Organisation des Nations Unies (ONU) et les Organisations non gouvernementales (ONG) vont tenter de réglementer la politique commerciale et économique mondiale, en s'impliquant directement dans des domaines tels que le comportement des marchés financiers. Mais, avant que n'émerge la préoccupation du caractère normatif de la contrainte sociale de l'entreprise, l'historiographie<sup>929</sup> de la RSE aura d'abord été celle de la description de son interrelation avec le paradigme du développement durable. Après le sommet de Stockholm en 1972, il est apparu nécessaire de réconcilier l'entreprise avec son milieu à travers la prise en compte de ses dimensions économique, sociale et environnementale. Pour les organisations internationales, l'heure était à la mise en place d'un cadre global d'intégration, fondement de la légitimité de l'entreprise et condition du lien social entre elle, ses intérêts et ceux du reste de la communauté: «Le moment est venu de relancer les propositions

---

<sup>928</sup> v. T., BERNS, P.-F., DOCQUIR, B., FRYDMAN, L., HENNEBEL, G., LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, p. 147 et s.

<sup>929</sup> On peut ici retenir un panel d'auteurs parmi lesquels, R., SPARKES, «A Historical Perspective on the Growth of Socially Responsible Investment», dans *Responsible Investment*, R., SULLIVAN, C., MACKENZIE (dir.), Sheffield, Greenleaf Publishing, 2006, p. 3-20; J., PASQUERO, «La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion: un regard historique» in *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, M.-F., TURCOTTE et A., SALMON (dir.), Sillery, QC : Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 80-111 et p. 112-143; F., LABELLE, et J., PASQUERO, « Alcan et le paternalisme: les mutations d'un modèle de responsabilité sociale au cours du XXe siècle », *Entreprises et Histoire*, 2006, n° 45, p. 74-96; M., KERR, R., JANDA & C., PITTS, *Corporate Social Responsibility: A Legal Analysis*, LexisNexis Canada, 2009, p. 5-32; B. L. HAY, R. N. STAVINS, R. H. K. VIETOR, *Environmental protection and the social responsibility of firms : perspectives from law, economics, and business*, Washington, D.C. USA: Resources for the Future 2005, p 1-103; A., B., CARROLL, «Corporate Social Responsibility. Evolution of Definitional Construct», *Business and Society*, vol. 38, n° 3, September 1999, p. 268-295 ; T., J., ZENISEK, «Corporate social responsibility: A conceptualization based on organizational literature», *Academy of Management Review*, vol. 4, n° 3, 1979, p. 359-368.

sur une convention internationale relative à la responsabilité sociale et environnementale des entreprises»<sup>930</sup>. Sur cette base et suivant le légendaire triptyque «*Profit, Planet and People*»<sup>931</sup>, une dizaine d'instruments ont été élaborés et les trois références de base complétées quelques années plus tard par un pilier supplémentaire qu'est la «Gouvernance »<sup>932</sup>. Certes, la dynamique de production de ces normes découle d'initiatives disparates. Mais, en faisant coïncider le rythme de transformation du paysage juridique avec la complémentarité désormais admise entre les différentes normes, leur densité, et les conséquences de leur violation, l'on pouvait espérer passer d'un pôle à un autre du processus normatif, d'un droit souple à un droit dur de la RSE. L'encadrement juridique de la RSE constitue dès lors un lieu de normativité progressive qui, à la faveur d'un regroupement de diverses textures juridiques, confère au droit de la responsabilité un caractère «ouvert». Il serait par conséquent hasardeux de vouloir fixer un seuil à la normativité des principes, normes et standards relatifs à la RSE. Cela davantage que certains de ces textes, bien que juridiquement non-contraignants, s'intègrent - grâce à des procédures spécifiques d'acceptation des normes techniques - au corpus juridique interne des

---

<sup>930</sup> Tel est l'appel conjointement lancé le 14 juin 2005 par la France (représentée par son président), les Nations Unies (représentée par son Secrétaire Général) et une centaine d'entreprises signataires du *Pacte mondial* (v. E., DECAUX (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière des droits de l'homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (PIEP), organisé à Paris le 9 février 2007, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 15).

<sup>931</sup> J., ROSELLE, «The Triple Bottom Line: Building shareholder value», dans *Corporate social responsibility: The Corporate Governance of the 21st Century*, MULLERAT (R), BRENNAN (D) (dir.), Kluwer Law International, 2005, p. 113 et s.

<sup>932</sup> Le sommet de Johannesburg de 2002 a servi d'ancrage au processus de renforcement de la RSE et à son orientation sur la gouvernance globale. L'une de ses premières manifestations au plan local a été la Loi SOX (*Sarbanes-Oxley Act of 2002*) du 30 juillet 2002 aux États-Unis (<https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>); v. également la *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques* en France, *Supra* n° 925. Pour le reste des instruments, voir nos références citées *Supra* n° 899-906 et 925.

États ayant souscrit de promouvoir leur respect par les entreprises<sup>933</sup>. À cet égard, il convient de rappeler que les moyens d'acceptation par les États des normes techniques internationales sont divers. La technique de l'«*opting out*» est probablement l'une des plus intéressantes en ce sens qu'elle peut constituer un acte d'«objection», de «désapprobation», de «réserve» ou de «refus» par lequel un État exprime son intention de ne pas appliquer une norme technique donnée ou de limiter son champ d'application<sup>934</sup>. C'est par ce moyen que la Commission européenne s'est engagée en 2001 à intégrer dans ses directives les principes et normes ci-après : le *Global Compact* des Nations Unies, le noyau dur des normes de l'OIT (relatives à la liberté d'association, l'abolition du travail forcé, la non-discrimination et l'élimination du travail des enfants) et les *Principes directeurs* de l'OCDE<sup>935</sup>.

Tel que rappelé ci-dessus, les *Principes directeurs* sont un ensemble de recommandations adressées à une quarantaine d'États en vue de promouvoir la conduite responsable des entreprises opérant sur leurs territoires ou à partir de ceux-ci<sup>936</sup>. Sur le plan normatif, ces principes ont vocation à promouvoir une contribution positive des entreprises au progrès économique, environnemental et social au-delà même du ressort territorial des États membres de l'OCDE et de ceux qui y ont, en général, adhéré<sup>937</sup>. À cet égard, ils charrient des valeurs partagées par la

---

<sup>933</sup> v. par exemples l'article 22 de la *Loi L/2015/No.008/AN portant Code Des Investissements de la République de Guinée*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018; les articles 24, 25 et 38 de l'*Ordonnance No. 2012-487 portant Code des Investissements en République de CÔTÉ d'Ivoire*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018; l'article 31(5) de la *Loi vénézuélienne, Law on Foreign Investment (2014)*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.

<sup>934</sup> v. M., M., MBENGUE, «Technique de l'«*opting out*»: acceptation par les États des normes techniques internationales», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), *Supra* n° 40, p. 121-152.

<sup>935</sup> v. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre Vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, *Supra* n° 911, § 17, p. 6.

<sup>936</sup> *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, *Supra* n° 899, p. 3.

<sup>937</sup> *Ibid.*

communauté internationale et plus particulièrement les acteurs de l'investissement étranger de par le monde<sup>938</sup>. Ils constituent également le premier code exhaustif convenu à l'échelon multilatéral à embrasser la matière de la responsabilité sociétale des entreprises et qui est accompagné d'un mécanisme unique de mise en œuvre, de médiation et de conciliation à travers les Points de contact nationaux (PCN)<sup>939</sup>. Ceux-ci ont notamment pour rôles d'aider les entreprises et leurs parties prenantes à prendre les mesures adéquates pour renforcer l'application des principes directeurs dans le contexte particulier où l'impact environnemental des opérations d'investissement n'a jamais été aussi largement décrié. Ses contingences avec les objectifs de protection des droits sociaux et fondamentaux ainsi que son rôle dans l'accroissement du contentieux ont été suffisamment soulignés<sup>940</sup>.

Outre la singularité normative des *Principes directeurs*, la perspective de leur prise en compte en tant que critère de mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts*, le choix de l'OCDE comme l'enceinte initiale pour leur élaboration constitue également un point à souligner. Alors que sa mission première était plus généralement axée sur la réalisation des conditions favorables au développement économique à travers la mise en

---

<sup>938</sup> Ibid.

<sup>939</sup> Rappelons à propos de ce mécanisme qu'il a connu une mise en œuvre tumultueuse tenant notamment à une dénaturation du but poursuivi par les *Principes directeurs* et qui a conduit à une interprétation excessive de ses attributions par le PCN suisse lorsque celui-ci a accepté d'examiner, le 20 décembre 2016, une plainte transmise par l'ONG Survival International et visant une autre ONG (le WWF) pour la violation, à l'encontre de communautés locales vivant au Cameroun, de certaines recommandations contenues dans les *Principes directeurs*. Le PCN a, par la même occasion, envisagé de prêter ses bons offices aux parties. (v. M., THEY, « L'affaire Survival International : la « responsabilité sociale » d'une ONG dans la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *JDI*, N°2, avril 2018, 39 pages).

<sup>940</sup> v. notamment I., DAUGAREILH, « La dimension sociale des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 2008-3, p. 567-599; Y., QUEINNEC, « La RSE à l'épreuve des droits fondamentaux », in *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), *Supra* n° 908, p. 213-231; J., MOTTE-BAUMVOL, « Le règlement des différends à l'intention des entreprises multinationales – Quelques réflexions à partir Principes directeurs de l'OCDE », *RGDIP*, 2014-2, p. 303-331.

place d'un régime universel pour l'investissement<sup>941</sup>, l'organisation va adopter une politique environnementale intégrée sous l'impulsion de la conférence des Nations Unies sur l'environnement<sup>942</sup>. L'OCDE se retrouve alors au cœur de ce mouvement mondial en faveur de l'environnement et en devient même une « pionnière » grâce à son implication dans la mise en place du principe pollueur-payeur et d'un cadre de réglementation internationale des pollutions<sup>943</sup>. Le dialogue interinstitutionnel entre l'OCDE et l'ONU<sup>944</sup> s'est ensuite poursuivie sur le point essentiel de la responsabilisation internationale des multinationales jusqu'à aboutir à l'élargissement en 2011 du contenu normatif des *Principes directeurs* qui, prendront désormais en compte les droits humains.

#### **b- Les Principes directeurs de l'ONU pour les entreprises et les droits humains**

Fruit de la collaboration entre l'OCDE et l'ONU, l'introduction d'un nouveau chapitre relatif aux droits humains dans les *Principes directeurs de l'OCDE* apporte un ajout normatif à ses principes. La démarche a pu aboutir grâce notamment à l'implication personnelle du Représentant spécial du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme John Ruggie qui a réussi à persuader l'OCDE de la nécessité d'intégrer une spécificité « droit de l'homme » aux *Principes directeurs* alors en révision<sup>945</sup>. En « habile négociateur », le rapporteur RUGGIE a fait usage d'un langage peu commun en droit de l'homme, et par conséquent,

---

<sup>941</sup> v. l'article 1<sup>er</sup> de la *Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques* signée le 14 décembre 1960 à Paris, <http://www.oecd.org/fr/general/conventionrelativealorganisationdecooperationetdedevloppementeconomiques.htm> (consulté le 01-06-2018).

<sup>942</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, « L'OCDE et la protection de l'environnement : entre innovation et maturation », in *Le pouvoir normatif de l'OCDE - Journée d'études de Paris*, SFDI, Pedone, Paris, 2014, p. 55.

<sup>943</sup> Ibid.

<sup>944</sup> Sur cette dynamique institutionnelle, v. C., COLARD-FABREGOULE, *Supra* n° 40, p. 579-601.

<sup>945</sup> Ibid., p. 587.

rassurant pour les milieux économiques et politiques<sup>946</sup>. Au-delà de l'enceinte de l'OCDE, cette initiative du Haut-commissaire aux droits de l'homme a également reçu l'approbation de la Société financière internationale pour la promotion des investissements, celles de l'OIT et du Pate mondial<sup>947</sup>. Selon son principal artisan, le texte publié en 2011 par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme<sup>948</sup> est structuré sur trois piliers à savoir: l'obligation incombant à l'État de protéger les droits humains (y compris lorsque l'atteinte est commise par une entreprise sous sa juridiction territoriale), la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits humains, et la nécessité de prévoir des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation des droits humains de la part des entreprises<sup>949</sup>. Si l'on s'en tient au premier «pilier» de cette matrice d'obligations et les défis que cela représente dans le cadre des relations plurilatérales, il serait utile de rappeler que ces principes sont également apparus comme «le résultat d'un processus transparent et participatif de grand succès» réalisé sur une base consensuelle<sup>950</sup>. Ce faisant, le recours au consensus apparaît comme le moyen le plus judicieux pour faire aboutir dans les meilleurs délais un processus de normalisation internationale<sup>951</sup>. Sa consécration au plan internationale ne surprend guère depuis l'entrée en vigueur de *l'Accord sur les obstacles techniques au commerce*<sup>952</sup> généralement perçu comme une source de

---

<sup>946</sup> Ibid.

<sup>947</sup> Ibid.

<sup>948</sup> *Principes directeurs de l'ONU pour les entreprises et les droits humains*, *Supra* n° 906.

<sup>949</sup> v. *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*, A/HRC/17/31, § 6 et s., [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31\\_fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf) (consulté le 17/05/2016).

<sup>950</sup> Ibid.

<sup>951</sup> v. È., TRUILHÉ-MARENGO, «Consensus comme modalité d'adoption des normes au sein du Codex alimentarius», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, È., TRUILHÉ-MARENGO (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, 105-119, spéc. p. 106-113.

<sup>952</sup> *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, *Supra* n° 895.



renforcement de la valeur juridique des normes et standards élaborés sur une base similaire tel que le *Codex alimentarius*<sup>953</sup>.

Dès lors, autant cela semble difficile aux *Principes directeurs* de se départir de leur fondement originel en tant qu'expression d'un engagement volontaire, autant leur structure à la fois amphibie et hétéroclite leur permet de revendiquer le statut d'une norme internationale. Par ailleurs, l'application des normes RSE dépassant le cadre restreint des obligations juridiques contractuelles de l'investisseur et de son État d'accueil, une analyse plus éclairée de la question commande de prendre en compte la dimension dynamique du processus normatif comme l'altimètre de « sa plus grande impérativité »<sup>954</sup>. Que ce soit des élus ou même des fonctionnaires communautaires mandatés par leurs États qui prennent des directives ou que ce soit une organisation internationale qui élabore une norme, le processus de création du droit n'est ni empêché ni totalement abouti : dans l'un comme dans l'autre cas, la juridicité de l'instrument demeure et peut varier en fonction de la voie empruntée pour sa prise en compte par le droit. Certes, la question ne dépend pas seulement de la juridicité des *Principes directeurs* mais également de l'articulation entre ceux-ci et le droit international, notamment le droit de la responsabilité - dans ses fondements actuels. Toutefois, la perspective d'une approche plus positiviste de la RSE n'est pas illusoire et l'objection tactique visant d'abord à rechercher une sujétion mineure ou dérivée des multinationales en droit international<sup>955</sup> ne semble plus d'actualité<sup>956</sup>.

---

<sup>953</sup> v. N., THOMÉ, « Participation et représentation des États dans l'élaboration des normes au sein du Codex alimentarius », in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, È., TRUILHÉ-MARENGO (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, p. 91-104.

<sup>954</sup> v. Ph., DIDIER, *Supra* n° 927, p. 92.

<sup>955</sup> v. P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19, p. 647 et s.; v. également B., GOLDMAN (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Librairies techniques, Paris, 1977, p. 420 et s.

<sup>956</sup> v. L., DUBIN, « Rapport introductif - L'entreprise multinationale et le droit international, entre fragmentation et reconstruction », in *L'entreprise multinationale et le droit international, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 13 et s.

## 6.2.- La responsabilité internationale de l'investisseur et la compatibilité des AII avec l'ensemble du système

Entre le défi d'une responsabilité internationale de l'entreprise multinationale et son ancrage dans l'ordre juridique international se pose le problème de la transformation des rapports entre divers ordres juridiques. Celle-ci ayant partie liée avec l'effet migratoire des principes, normes et standards internationaux, génère également une imbrication des sources aussi bien au niveau du droit international que du droit international des investissements. La compatibilité des nouvelles règles par rapport à l'ensemble du système devient non seulement un préalable à la réalisation de *l'équilibre des intérêts* mais également un moyen de concrétisation de celui-ci<sup>957</sup>. Les premières manifestations de ce processus se présentent dans la justice arbitrale perçue comme un cadre d'appréhension des comportements internationalement «irresponsables» de l'investisseur (6.2.1). Le deuxième levier de consolidation de ce processus de juridicité s'observe paradoxalement dans les confrontations diverses des normes internationales de protection (6.2.2).

---

<sup>957</sup> Dans un tout autre ordre de considération, le problème de la compatibilité (des TBI intra-européen au droit de l'Union) s'est récemment posé et la question a fait l'objet d'un arrêt controversé de la CJUE relatif à l'affaire *Achmea (République slovaque c. Achmea)*, CJUE, gr. ch., 6 mars 2018, aff. C-284/16, *JurisData* n° 2018-005270 ; *JDI*, n° 3, Juillet 2018, 14, commentaire par Yves NOUVEL.

### 6.2.1.- La responsabilité internationale de l'investisseur et le droit international : entre incompatibilité et mise en perspective

Quelques fois évoquée devant les instances de règlement des différends aussi bien nationaux<sup>958</sup> qu'internationaux<sup>959</sup> et en rapport avec certains principes relevant du droit international coutumier, la question de la responsabilité internationale de l'entreprise multinationale est de plus en plus admise par la doctrine<sup>960</sup>. Le colloque de Paris 8 Vincennes-Saint-Denis<sup>961</sup> avait donné le ton il y a cinq ans de ce que d'aucun considère comme « un accident de l'histoire »<sup>962</sup>. Certes, dans son état actuel, le droit international ne permet pas à l'État d'invoquer la responsabilité des multinationales à raison de leurs activités sur son territoire<sup>963</sup>. Il ne permet pas non plus que l'on puisse opposer à l'investisseur étranger un régime de responsabilité initialement conçu

---

<sup>958</sup> *Jesner et al. v. Arab Bank PLC*, No. 16-499, 584 U.S. 24 Avril 2018 (v. commentaire de R. PIERI, *RGDIP*, N° 2018, p. 1060-1062); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 721 (2004); *Marc KASKY v. Nike, Inc. et al.* 2 mai 2002, N° S087859, 02C.D.O.S.3790; *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

<sup>959</sup> *Phoenix Action Ltd. V. Czech Republic*, AFF. CIRDI N° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 78, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (consulté, le 28 mars 2019).

<sup>960</sup> v. notamment la « Conclusion générale » de L., BOISSON DE CHAZOURNES, « Conclusion générale », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 512-518; L., DUBIN, « RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre », *Supra* n° 796, p. 887 et s.; L., DUBIN, « Les clauses RSE dans les traités d'investissement », *Supra* n° 796, p. 13 et s; v. également M. M., MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 335 et s. C., BRIGHT, « Affaire *Shell* au Pays-Bas (Tribunal de district de La Haye) : Quelques réflexions », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 127-142.

<sup>961</sup> v. DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), *Supra* n° 956.

<sup>962</sup> v. R., BISMUTH, « La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 429-447.

<sup>963</sup> v. P., BODEAU-LIVINEC, « La responsabilité des États à raison des activités des entreprises multinationales », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 409-428.

pour les seuls États<sup>964</sup>. Il demeure toutefois incontestable que l'investisseur étranger a à sa charge une série d'obligations dont il peut être internationalement responsable devant les instances de règlement des différends<sup>965</sup>.

#### a- La quête d'un régime de responsabilité internationale pour la STN

Des réflexions qui ont été émises depuis le siècle dernier en vue de la consécration d'obligations internationales aux multinationales<sup>966</sup>, il résulte que l'approche la moins coûteuse eut été celle qui *primo*, consiste à reconnaître à la société transnationale la qualité de sujet *mineur et dérivée* du droit international pour pouvoir *secundo*, mettre à sa charge des droits et obligations et lui permettre, *in fine*, de les respecter ou de les faire respecter<sup>967</sup>. Contre une telle démarche, il ne devrait pas avoir d'objections théoriques majeures. Dans son rapport introductif au colloque ci-dessus-cité, Laurence Dubin soulignait le fait que, vu leur

---

<sup>964</sup> v. J.-M., ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23, p. 547 et s.; L., DUBIN, «RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre», *Supra* n° 796, p. 887 et s.; v. également le Projet d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Texte adopté par la COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Ce rapport, qui contient en outre des commentaires sur les projets d'articles, est reproduit dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*. Le texte est également repris dans l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, et rectifier par document A/56/49 (Vol. I)/Corr.3., *Supra* n° 173, [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf).

<sup>965</sup> v. M. M., MBENGUE, *Supra* n° 960, p. 295-337.

<sup>966</sup> v. notamment, *L'entreprise multinationale face au droit*, B., GOLDMAN (dir.), *Supra* n° 955, p. 420 et s.; P., MERCIAI, *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 414 pages; C. W., JENKS, «Multinational Entities in the Law of Nations», in *Transnational Law in a Changing Society, Essays in Honor of Philip Jessup*, FRIEDMANN, W., HENKIN, L., and LISSITZYN, O.J., Columbia University Press, New-York and London, 1972, pp. 70-83; P. GOLDBERG et Ch. KINDLEBERGER, «Toward a GATT for investment : a proposal for supervision of the international corporation», *Law and Policy in International Business* 1970, vol. 2, pp. 295-325; D. F., VAGTS «The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law», *Harvard Law Review*, Vol. 83, 1970, pp. 769-792.

<sup>967</sup> B., GOLDMAN (dir.), *Supra* n° 955, p. 420 et s.; v. également P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19, p. 647 et s.

«capacité normative»<sup>968</sup> ainsi que les droits et obligations qui leur sont reconnus, les entreprises multinationales «peuvent parfaitement se mouler dans la catégorie de sujet de droit» au même titre que les États qu'elles ont le loisir de traiter comme de simples justiciables<sup>969</sup>. En effet, lorsque, sous l'égide du droit conventionnel l'individu s'est vu reconnaître des droits traditionnellement réservés aux États, il est devenu loisible de constater que, ce qui a érodé la base inter-étatique du système international a également ébranlé la conception classique de la personnalité juridique internationale et provoqué son élargissement. Dès lors, la question, convient-il d'indiquer, ne se pose plus à savoir si la STN est devenue dans les faits un sujet de droit international. Il s'agit plutôt de trouver comment déterminer le type de sujet qu'elle est, «et ce par la grâce du droit international»<sup>970</sup>. Face à cette préoccupation, les discussions de Paris ont fait émerger la proposition ci-après:

[...] si [...], nous voulons voir les entreprises multinationales sujets de droit international, à savoir qu'elles soient assujetties à des règles du droit international, l'instrument conventionnel est certainement l'un des moyens pour ce faire, mais il y a aussi d'autres sources du droit international. Les principes généraux du droit ou encore la coutume internationale peuvent être opposables aux entreprises multinationales<sup>971</sup>.

Or, il est désormais incontestable que les instruments que génère l'activité normative de la communauté internationale transcrivent, la plupart du temps, des principes coutumiers ou des principes généraux du droit<sup>972</sup>. De cette interaction, ont pu naître ou s'affermir d'autres règles coutumières telles que l'obligation de transparence, le devoir de vigilance des entreprises, la bonne foi dans le respect des engagements par les

---

<sup>968</sup> v. à cet égard, ASCENSIO, H., «Les activités normatives des entreprises multinationales», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, p. 265-278.

<sup>969</sup> v. L., DUBIN, «Les clauses RSE dans les traités d'investissement», *Supra* n° 796, p. 14.

<sup>970</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>971</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 960, p. 514.

<sup>972</sup> *Ibid.*

entreprises, et - tel que cela ressort d'une étude du *Pacte mondial* en lien avec l'apparition récente «d'une responsabilité internationale des entreprises»<sup>973</sup> - l'obligation de conduire une étude d'impact, les principes de la participation du public et de l'interdiction du travail forcé<sup>974</sup>. Dans le prolongement de ces principes coutumiers, il faut ajouter les normes et standards de traitement dont l'appréciation peut être l'occasion pour les tribunaux arbitraux d'établir la responsabilité internationale de la STN: le traitement national (TN), le traitement de la nation la plus favorisée (NPF), et le traitement juste et équitable (TJE). Dans la sentence *Urbaser*<sup>975</sup> par exemple, le tribunal arbitral a indiqué qu'à la lumière des développements récents, il ne peut plus être admis que les entreprises opérant au niveau international soient à l'abri d'être assujetties au droit international<sup>976</sup>. Le tribunal a, à cet effet, pris le soin de confirmer dans un *obiter dictum* la nécessité de considérer la vigilance raisonnable - consistant à éviter toute forme de violation aux droits humains - comme un standard de RSE en se basant sur les dispositions du TBI Argentine-Espagne du 3 octobre 1991:

The Tribunal may mention in this respect that international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation <sup>977</sup>.

Il faut rappeler que dans cette affaire, le tribunal arbitral était confronté à des demandes reconventionnelles reliées selon l'Argentine à une violation par l'investisseur étranger du «droit fondamental à l'eau». Même si ces

---

<sup>973</sup> v. H. ASCENSIO, «Le pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises», in L., BOISSON DE CHAZOURNES, et MAZUYER, E. (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après. The global compact of the United nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 167-184.

<sup>974</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 960, p. 515.

<sup>975</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Aff. CIRDI N° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, § 1195, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf).

<sup>976</sup> *Ibid.*

<sup>977</sup> *Ibid.*

demandes reconventionnelles n'ont pas eu d'effet «responsabilisant»<sup>978</sup> sur le comportement de l'investisseur étranger, cette sentence participe du raffermissement du cadre de responsabilité de la STN, après les premières balises posées par la sentence *Phoenix*<sup>979</sup>:

It is evident to the Tribunal that the same holds true in international investment law and that the ICSID Convention's jurisdictional requirements – as well as those of the BIT – cannot be read and interpreted in isolation from public international law, and its general principles. To take an extreme example, nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs <sup>980</sup>.

Ainsi, guidé par le souci de préservation de l'équilibre du système, le tribunal arbitral constitué dans le cadre de cette affaire a pu conclure qu'il ne saurait y avoir une interprétation isolée des règles de protection des investissements indépendamment du droit international public et en violation des principes et règles de protection des valeurs fondamentales de l'être humain. La mise en œuvre des demandes reconventionnelles par l'État constitue à cet égard un moyen non négligeable pour faire aboutir au plan international cette légitime aspiration du tribunal arbitral<sup>981</sup>. Quant à sa réalisation au plan interne des États, il est intéressant de constater que malgré les difficultés qui ont pu, çà et là, émerger ces vingt dernières années<sup>982</sup>, l'espérance est permise de voir les juges étatiques innover par rapport à une pratique récurrente<sup>983</sup>.

---

<sup>978</sup> v. L., DUBIN, «RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre», *Supra* n° 796, p. 887.

<sup>979</sup> *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, *Supra* n° 959.

<sup>980</sup> *Ibid.*, § 78.

<sup>981</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 960, p. 517; L., DUBIN, «RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre», *Supra* n° 796, p. 881-891.

<sup>982</sup> v. à cet effet, les difficultés d'adaptation du droit à la réalité économique des entreprises transnationales, Y., QUEINNEC, *Supra* n° 940, p. 213-231 et plus spécialement p. 221-225.

<sup>983</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 960, p. 517.

## **b- Invocabilité et portée de la responsabilité internationale de la STN devant les juridictions nationales**

En attendant la mise en place d'un «régime de responsabilité internationale de l'investisseur étranger»<sup>984</sup>, la condamnation des violations particulièrement graves dans lesquelles sont souvent impliquées les multinationales risque de devenir inéluctable malgré les atermoiements des juges nationaux. La récente décision de la Cour suprême des États-Unis relative à l'affaire *Jesner*<sup>985</sup> confirme non seulement l'invocabilité de la responsabilité internationale de la multinationale devant les juridictions nationales mais également les limites à celle-ci; la Cour suprême américaine ayant décidé de suivre les juges d'appel dans leur refus de considérer l'*Alien Tort Claims Act* (l'ATCA)<sup>986</sup> comme base à une action en responsabilité civile dirigée contre l'*Arab Bank*, une institution financière jordanienne, pour des faits reliés à des attentats terroristes commis entre 1995 et 2005 et financés grâce à des transactions bancaires réalisées via la succursale new-yorkaise de l'*Arab Bank*. Il s'agit en définitive d'une responsabilisation au sens politique ou moral, sanctionnée par la perte de privilèges et non d'une responsabilité au sens classique du droit international entraînant une obligation de réparation. À défaut d'avoir été guidée par la rigueur juridique, cette décision confirme sans y donner suite la recevabilité d'une demande en réparation pour des préjudices subis en raison des faits imputables à une entreprise étrangère.

Différent à cet égard est le sens de la décision qui a été rendue dans l'affaire *Kiobel*<sup>987</sup> concernant une action en responsabilité civile dirigée contre deux multinationales et leur filiale nigériane. Dans cette affaire, il a été révélé une série de violations des droits humains (meurtres, viols,

---

<sup>984</sup> v. L., DUBIN, «RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre», *Supra* n° 796, p. 887-891.

<sup>985</sup> *Jesner et al. v. Arab Bank PLC*, *Supra* n° 958; dans le même sens v. l'arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, [document.do \(scc-csc.ca\)](https://scc-csc.ca/document.do).

<sup>986</sup> *Alien Tort Claims Act (ATCA)*, 28 U.S.C. § 1350.

<sup>987</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, *Supra* n° 958.



arrestations arbitraires, etc.) commises dans la région d'Ogoni au Nigeria. À l'époque des faits, deux entreprises pétrolières, Shell et Royal Dutch Petroleum Co., menaient conjointement des opérations d'exploration et d'extraction pétrolière dans le delta du Niger par l'entremise de leur filiale locale SPDC. Celle-ci est accusée d'avoir sollicité l'aide des autorités nigérianes entre 2002 et 2012 pour réprimer très violemment les protestations des Ogoni contre les effets environnementaux de ses activités, et de s'être ainsi rendue complice de torture et de crime contre l'humanité, en fournissant son assistance financière et logistique à l'armée nigériane et en l'approvisionnant en armes. Sur cette base, un groupe de ressortissants nigériens réfugiés aux Etats-Unis a engagé une action en responsabilité civile contre la SPDC et les deux sociétés mères devant une juridiction fédérale américaine sur le fondement de l'ATCA. Après maintes péripéties, l'affaire s'est retrouvée devant la Cour suprême et le débat focalisé sur l'applicabilité de la législation américaine aux personnes morales de droit privé avant, finalement, de buter sur la question de savoir:

[...] whether and under what circumstances courts may recognize a cause of action under the Alien Tort Statute, for violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States<sup>988</sup>.

La réponse, on le sait, a été un refus catégorique d'admettre l'extra-territorialité de la loi américaine; la Cour ayant confirmé à l'unanimité de ses membres l'incompétence des juridictions américaines<sup>989</sup>.

Dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Kiobel*, la Cour française de cassation a rejeté par un arrêt du 12 avril 2005 le pourvoi contre un arrêt de la Chambre de l'Instruction de la Cour d'Appel de Paris confirmant l'ordonnance d'irrecevabilité des premiers juges - du

---

<sup>988</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 US\_(2013), Opinion de la Cour, par son président Chief Roberts, § I, p. 1.

<sup>989</sup> *Ibid.*, § IV, p. 14; Pour plus de détails sur les questions soulevées par cet arrêt v. C., BAEZ, M., DEARING, C., DELATOUR, & C., DIXON, «Multinational Enterprises and Human Rights», *ICLR*, 1999, vol. 8, p. 183 et s.; v. également Y., QUEINNEC, *Supra* n° 940.

13 février 2004<sup>990</sup>. En désespoir de cause, les plaignants ont alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a pas jugé utile d'examiner le recours. Certes, il convient de rappeler que le problème n'était pas seulement lié à la poursuite de Rougier SA. - société mère de droit français - pour ses agissements au Cameroun contre un groupe d'agriculteurs locaux, mais il est également dû au fait qu'il ne soit pas possible de poursuivre la société SFID - filiale camerounaise de la société mère - devant les juridictions locales. Pour un rappel des faits, plusieurs agriculteurs camerounais ont été sollicités par la SFID pour participer moyennant rémunération à l'identification de pieds d'arbres dans les zones forestières entourant leurs exploitations agricoles. Une fois les opérations de prospection d'essences forestières terminées, les agriculteurs constatent que les coupes effectuées par la SFID étaient à l'origine de la destruction d'un certain nombre de plantations leur appartenant. Or, ces plantations représentent la principale source de subsistance de ces agriculteurs. Suite à un refus d'indemnisation par la SFID, et ayant vainement tenté d'accéder à la justice locale, les plaignants ont alors sollicité l'association Sherpa afin d'étudier la possibilité d'un recours en France. Une plainte avec constitution de partie civile fût déposée le 22 mars 2003 au cabinet du doyen des juges d'instruction de Paris, par sept agriculteurs et l'ONG les Amis de la Terre, à l'encontre, à la fois, des dirigeants de la société SFID et de sa maison mère.

Vu les circonstances de l'espèce, on peut établir un parallèle avec l'affaire des quatre Birmans, victimes du travail forcé sur le chantier Yadana du groupe TOTAL qui consistait à extraire le gaz en mer d'Andaman puis à l'acheminer jusqu'à la frontière thaïlandaise où le gaz serait vendu à la Petroleum Authority of Thaïlande pour alimenter des centrales électriques. La *joint-venture* est composée de Total, Unocal, PTT-

---

<sup>990</sup> *Terres agricoles (Rougier SA c. Groupe d'agriculteurs camerounais), Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 12 avril 2005, n° de pourvoi: 04-82318 (Nom publié au bulletin), <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007609229/>.*

EP (une société thaïlandaise) et la société écran de la junte militaire birmane la MOGE. Les travaux de construction du pipeline ont commencé en octobre 1995 et sa mise en service attendue pour 2000. Tous les plaignants ont affirmé avoir été réquisitionnés de force entre octobre et décembre 1995 pour effectuer, sous la contrainte, des travaux au service de l'armée birmane et sous son encadrement dans le cadre du projet de construction du gazoduc dont la société Totale E&P Myanmar (TEPM) était le principal opérateur. Une procédure a été ouverte simultanément à l'encontre d'Unocal aux États-Unis et de Total en France<sup>991</sup>.

Du reste, la problématique est devenue récurrente depuis le début des années 2000, et la quête d'un régime de responsabilité internationale pour la STN ne fait que commencer, aussi bien au plan international qu'au plan interne des États : l'invocabilité de *l'Alien Tort Claims Act* devant les tribunaux américains - pour fonder une action en responsabilité civile à l'encontre d'une multinationale - la consécration du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en France<sup>992</sup>, l'insertion des clauses RSE et des clauses de respect de la législation nationale dans les TBI<sup>993</sup>, ..., sont des indices à considérer. À ces indicateurs s'ajoute, l'existence d'une frontière de plus en plus indistincte, le constat d'une transformation du droit contraignant au profit des vertus

---

<sup>991</sup> Pour plus de détails sur les faits relatifs à cette affaire v. L., HENNEBEL, *L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis*, Université catholique de Louvain, *CRIDHO Working Paper* 2006/09, p. 11, note n°36; Y., QUEINNEC, *Supra* n° 940, p. 216-217.

<sup>992</sup> v. *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, *JORF* n°0074 du 28 mars 2017, [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?id=JORFTEXT000034290626](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000034290626) (consulté le 28/06/2018).

<sup>993</sup> v. par exemples : *l'Accord entre la Confédération suisse et la République de Croatie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements* de 1996 (art. 1<sup>er</sup>, alinéa 2(e)), *l'Accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République arabe d'Égypte sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, de 1997 (art. 1<sup>er</sup> alinéa 1(e)), *l'Accord entre le Gouvernement de la République Tunisienne et le Gouvernement de la République de Pologne concernant la promotion et la protection réciproques des investissements*, de 1993 (art. 1<sup>er</sup>, alinéa 2), (v. *UNCTAD's IIA Navigator*).

«insoupçonnées» de la *soft law*<sup>994</sup>. Si toutefois, il semble plus convenable de parler d'un processus encore inachevé de juridicité des principes directeurs, normes et standards internationaux relatifs à la responsabilité internationale de l'investisseur, il faut en revanche rappeler que ce processus jouit déjà d'une grande légitimité face notamment aux différents « enjeux de la normalisation technique internationale »<sup>995</sup>. À l'orée de la pleine réalisation de ce processus, ses implications en termes de compatibilité d'avec l'ensemble du système justifient qu'on s'y attarde.

### **6.2.2.- Les confrontations diverses des AII avec les normes de protection relatives à l'environnement**

Des relations de conflit peuvent survenir entre deux normes à la fois valables et applicables lorsque celles-ci mènent à des décisions incompatibles. Dans ces conditions, il convient d'opérer un choix entre ces normes. Les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*<sup>996</sup>. Observons toutefois que la question n'aurait peut-être pas suscité autant d'intérêts si l'intégration ou la référence aux normes, principes et standards internationaux de protection sociale et environnementale n'était pas devenue une réalité consubstantielle au système des AII : à la fois un critère de renouvellement de l'ancienne génération d'AII et une source d'enrichissement du droit international des investissements. En effet, plus soucieux d'harmoniser que d'exclure, d'adapter que de défaire, celui-ci s'accommode mal des solutions catégoriques d'abrogation ou d'annulation d'une stipulation conventionnelle jugée contraire. Certes, les clauses formelles d'un AII sont parfois destinées à prévenir des conflits ultérieurs à travers des dérogations spécifiques. Mais, l'ajustement des situations incompatibles commande parfois leur conciliation à partir des formules

---

<sup>994</sup> v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, *Supra* n° 960, p. 257.

<sup>995</sup> v. E., BROSSET, È., TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *Supra* n° 40.

<sup>996</sup> v. les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *Supra* n° 87.

plus nuancées, plus souples et plus conformes au principe de l'équilibre des intérêts<sup>997</sup>. Cela semble correspondre à la tendance actuelle autant lorsqu'on se réfère à la pratique arbitrale pour y découvrir en quels termes le problème se pose que lorsqu'on explore des solutions plus actuelles.

#### **a- Manifestations pratiques du problème de l'incompatibilité entre les règles conventionnelles contradictoires**

Nous nous trouvons ici dans la situation - de moins en moins rare - de conflits inter-normatifs où une contradiction peut jaillir de la confrontation entre un instrument de protection environnementale avec un traité d'investissement<sup>998</sup>. À bien des égards, l'affaire *S.D. Myers*<sup>999</sup> illustre bien ce type de confrontation – même s'il convient de prendre en considération le fait que, à l'analyse, il semblait plus judicieux pour la protection de l'environnement de ne pas exporter les déchets en vue de leur traitement.

Pour un rappel des faits, l'investisseur est une société transaméricaine de transport, de traitement et d'élimination de déchets contenant des biphényles polychlorés (« BPC »). La société possède une succursale canadienne (« Myers Canada »), au moyen de laquelle elle obtient des déchets contenant des BPC au Canada pour les traiter dans son usine aux États-Unis. Or, depuis le début des années 1970, les BPC font l'objet d'une réglementation internationale de plus en plus stricte. En 1990, le Canada a, à cet effet, pris une série de mesures interdisant l'exportation de déchets contenant des BPC. Le 30 octobre 1998, *S.D. Myers* soumet une notification d'arbitrage sur la base du chapitre 11 de l'ALÉNA au motif que la décision du Canada d'interdire les exportations

---

<sup>997</sup> v. dans le même sens Ch., ROUSSEAU, « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP*, 1932, p. 152.

<sup>998</sup> On peut énumérer une série de cas pouvant s'inscrire dans ce registre-là. v. notamment *S.D. Myers c. Canada*, *Supra* n° 27; *SPP c. Égypte*, *Supra* n° 27; *Éthyl corp.*, *Supra* n° 27.

<sup>999</sup> *S.D. Myers c. Canada*, *Supra* n° 27.

de déchets contenant des BPC a totalement miné sa capacité de faire des affaires au Canada entre 1995 et 1997. L'investisseur prétendait également que le but premier de l'interdiction était de protéger les intérêts de l'industrie canadienne d'élimination de déchets, et non de protéger l'environnement. Il a été suivi dans sa prétention par le tribunal arbitral<sup>1000</sup> qui a estimé que l'interdiction d'exportation a été appliquée d'une manière discriminatoire à l'égard des entreprises américaines d'élimination de déchets contenant des BPC, au bénéfice des entreprises canadiennes ayant les mêmes activités. Ce faisant, le Canada aurait enfreint l'obligation de traitement national aux termes des articles 1102 et 1105 de l'ALÉNA<sup>1001</sup>. Or, pour le Canada, cette interdiction était conforme à ses obligations en vertu de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchet dangereux*<sup>1002</sup>. Dans le but de démêler l'écheveau, le tribunal arbitral a procédé à une lecture croisée des dispositions de cette convention<sup>1003</sup> avec l'article 104 (c) de l'ALENA<sup>1004</sup>, mais le résultat n'éclaire pas davantage le paysage juridique :

Even if the Basel Convention were to have been ratified by the NAFTA Parties, it should not be presumed that CANADA would have been able to use it to justify the breach of a specific NAFTA provision because ...*where a party has a choice among equally effective and reasonably available alternatives for complying .... with a Basel Convention obligation, it is obliged to choose the alternative that is ...least inconsistent... with the NAFTA. If one such alternative were to involve no inconsistency with the Basel Convention, clearly this should be followed* <sup>1005</sup>.

De ces pratiques velléitaires, l'on aurait pu tirer des solutions intéressantes en ce qui concerne l'adaptation des traités incompatibles tel

---

<sup>1000</sup> Ibid., § 150.

<sup>1001</sup> Ibid., § 256.

<sup>1002</sup> v. la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination*, faite à Bâle le 22 mars 1989, 28 *I.L.M.* 657 (1989).

<sup>1003</sup> v. notamment l'article 4 (2) (b) de la Convention, *ibid.*

<sup>1004</sup> v. *Accord de libre-échange nord-américain*, *Supra* n° 33.

<sup>1005</sup> *S.D. Myers c. Canada*, *Supra* n° 27, § 215 et plus spécialement les § 214 et 255.

que le suggèrent la doctrine<sup>1006</sup> et la jurisprudence internationale<sup>1007</sup>. Seulement, dans le cas d'espèce, le régime d'incompatibilité est accompagné d'une clause de primauté destinée à résoudre des conflits éventuels. Ce qui s'est révélé une nécessité logique. Toutefois, les parties à l'ALENA, en l'occurrence les États-Unis, n'avaient pas ratifié l'accord visé par le dispositif de résolution de conflit inter-normatif, c'est-à-dire la *Convention de Bâle*. En outre, le caractère permissif de certaines dispositions de cette Convention ne pouvait permettre de solutionner si facilement la question. En effet, l'article 11 laisse aux parties la liberté d'exporter vers des États non parties sur la base d'accords bilatéraux<sup>1008</sup> sans que cela soit perçu comme étant incompatible avec une « gestion écologiquement rationnelle »<sup>1009</sup>. Sur cette base, le Canada et les États-Unis ont conclu en 1986 un accord les autorisant à exporter des déchets à travers leur frontière commune. Malencontreusement, cet accord rendait également illusoire le fait, pour le Canada, d'avoir assumé son engagement de ne pas autoriser les exportations de déchets dangereux vers un État non partie conformément à l'article 4(5) de la *Convention de Bâle*<sup>1010</sup>. De surcroît, l'article 104 de l'ALENA indique que les obligations prescrites par les traités collectifs

---

<sup>1006</sup> v. notamment les solutions tirées des travaux de la Commission de droit international, *La commission du droit international et son œuvre*, *Supra* n° 173, p. 449-466; Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 997, p. 163 et s.

<sup>1007</sup> v. notamment la sentence du septembre 1916 relative à *l'Incompatibilité du traité Canas-Jerez (Costa-Rica-Nicaragua) du 15 avril 1858 et du traité Bryan-Chamorro (États-unis-Nicaragua)*, du 5 août 1914, *Am. J. of Int'l Law*, 1917, p. 181-229.

<sup>1008</sup> Selon l'Article 11 (1) de la Convention, « les Parties peuvent conclure des accords ou arrangements bilatéraux, multilatéraux ou régionaux touchant les mouvements transfrontières de déchets dangereux ou d'autres déchets avec des Parties ou des non Parties à condition que de tels accords ou arrangements ne dérogent pas à la gestion écologiquement rationnelle des déchets dangereux et d'autres déchets, prescrite dans la présente Convention. Ces accords ou arrangements doivent énoncer des dispositions qui ne sont pas moins écologiquement rationnelles que celles prévues dans la présente Convention, compte tenu notamment des intérêts des pays en développement ». (v. la *Convention de Bâle*, *Supra* n° 1002).

<sup>1009</sup> *Ibid.*, alinéa 2.

<sup>1010</sup> Cet article dispose que: « Les Parties n'autorisent pas les exportations de déchets dangereux ou d'autres déchets vers un État non Partie ou l'importation de tels déchets en provenance d'un État non Partie ». (v. la *Convention de Bâle*, *ibid.*).

[...] prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que, s'agissant de se conformer auxdites obligations, toutes Parties devra choisir, parmi les moyens également efficaces et raisonnablement accessibles qui s'offrent à elle, le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord <sup>1011</sup>.

Dans le prolongement de cette affaire, l'on pourrait également citer l'affaire *Southern Pacific Properties (SPP)*<sup>1012</sup>. Dans cette affaire, c'est l'annulation par l'Égypte de son accord d'investissement relatif à un site classé un an plus tard conformément à la *Convention du patrimoine mondial*<sup>1013</sup> à laquelle l'Égypte était partie qui a été au cœur du différend. Il faut rappeler que, selon l'UNESCO, la caractéristique la plus originale de la *Convention du patrimoine mondial* est de réunir dans un même document les notions de protection de la nature et de préservation des biens culturels<sup>1014</sup>. Elle reconnaît à cet effet, «l'interaction entre l'être humain et la nature et le besoin fondamental de préserver *l'équilibre* entre les deux»<sup>1015</sup>. Dans le cas d'espèce, l'obligation internationale née de la Convention de l'UNESCO et la rupture de l'accord d'investissement ne coïncidaient pas. Cependant, l'Égypte ayant ratifié la Convention en 1975, n'aurait-il pas pu procéder à l'inscription du plateau des pyramides de Guizèh au patrimoine mondial bien avant la survenance des faits! Le cas échéant, quelle aurait été l'issue de l'affaire? Peut-être aurait-il fallu donner préférence au traité le plus ancien en vertu de l'adage *prior in tempore, prior in jure*. Peut-être encore qu'il aurait suffi de considérer les objectifs des accords en présence afin finalement de faire prévaloir l'un sur l'autre?

---

<sup>1011</sup> Article 104 *in fine* de l'ALENA, *Supra* n° 33.

<sup>1012</sup> v. *SPP c. Égypte*, *Supra* n° 27.

<sup>1013</sup> *Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel*, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO à sa dix-septième session, Paris, 16 novembre 1972, <http://whc.unesco.org/fr/conventiontexte> (consulté le 25-07-2016).

<sup>1014</sup> v. site officiel de l'UNESCO, <http://whc.unesco.org/fr/convention> (consulté le 25-07-2016).

<sup>1015</sup> *Ibid.*



L'intérêt théorique de ces questions est incontestable ; même si la tournure des débats ne permettait pas de faire éclore une réponse synthétique aux multiples hypothèses de conflits de normes qui semblent se dessiner. Convaincus de la pertinence de cette démarche, certains sont allés jusqu'à envisager l'hypothèse où « la règle internationale retire directement du patrimoine de l'investisseur le droit de poursuivre son activité » en rendant celle-ci illicite<sup>1016</sup>. On pourrait également ajouter le fait qu'à l'époque des faits, l'Égypte était signataire de seulement une douzaine de TBI<sup>1017</sup> et que ce réseau est aujourd'hui constitué de 113 TBI<sup>1018</sup>. Il faut dès lors se reporter aux anciennes balises et l'on réalise que, d'une époque à une autre, la problématique demeure et justifie la recherche de solutions plus actuelles.

#### **b- Quelques approches de solutions**

Avant son apparition en droit international des investissements, la question de la compatibilité s'est d'abord posée dans l'ordre juridique international comme un problème de « contentieux connexe à celui de l'interprétation et de la validité des traités »<sup>1019</sup>. À cet effet, elle aura soulevé des difficultés les plus vives<sup>1020</sup> autant qu'elle semble avoir suscité les efforts de la doctrine pour tenter de dégager un modèle cohérent de

---

<sup>1016</sup> v. Y., NOUVEL, *Supra* n° 36, p. 101.

<sup>1017</sup> Conclut respectivement avec la Suisse (en 1973), la France (en 1974), l'Allemagne (en 1974), le Royaume Unis (en 1975), le Maroc (en 1976), les Pays-Bas (en 1976), la Belgique (en 1977), l'Iran (en 1977), le Japon (en 1977), la Serbie (en 1977), le Soudan (en 1977), et la Suède (en 1978) (v. *UNCTAD's IIA Navigator*, *Supra* n° 44).

<sup>1018</sup> *Ibid.*

<sup>1019</sup> Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 997, p. 134.

<sup>1020</sup> On peut notamment retenir les difficultés techniques posées par la mise en harmonie du pacte de la S.D.N. avec le pacte général de renonciation à la guerre, l'examen à titre consultatif par la C.P.J.I. de la compatibilité du protocole douanier austro-allemand du 19 mars 1931 avec les engagements internationaux antérieurement assumés par les États signataires, les travaux du Comité économique de la S.D.N. sur la compatibilité des droits compensateurs de la nation la plus favorisée, ... etc. (v. Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 997, p. 133 et s.).

résolution des conflits<sup>1021</sup>. Celui-ci consiste plus généralement à régler les conflits entre les règles de droit international conformément au principe de l'harmonisation de manière à trouver des solutions adaptées à chaque cas et en faisant apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles<sup>1022</sup>. Selon que la contradiction surgit entre un traité et une règle coutumière internationale, la règle *lex posterior derogat priori* pouvait alors trouver à s'appliquer et il n'y a pas d'explication plus plausible à ces cas de conflit entre normes successives que celle proposée par le professeur Rousseau:

[...] le problème de compatibilité, quand il affecte les rapports d'un traité et d'une coutume, doit être posé non comme un problème de hiérarchie dans la valeur des normes, mais comme un problème d'antériorité dans leur application. La règle incompatible n'est pas la règle subsidiaire ou subordonnée, c'est la règle la plus ancienne: et si elle est abandonnée, ce n'est pas en raison de son infériorité intrinsèque: c'est parce qu'elle a cessé de refléter l'accord de volontés des sujets de droit, la plus grande positivité internationale appartenant à la règle la plus récente<sup>1023</sup>.

Ensuite, lorsqu'on se limite aux rapports entre les traités collectifs et les autres sources du droit international, l'interrelation entre celles-ci et les accords successifs, généraux ou pluriels conclus sous les auspices

---

<sup>1021</sup> Outre les solutions tirées des travaux de la Commission de droit international, (*La commission du droit international et son œuvre*, *Supra* n° 173 p. 449-466), v. R., F., ROXBURGH, *International conventions and third States*, Londres, 1917; Q., WRIGHT, «Conflicts between treaties and international law», *Am. J. of Int'l Law* 1917, p. 566-579; H., TRIEPEL, «Les rapports entre le droit interne et le droit international», *RCADI*, Vol. 1, 1923, p. 77-121; H., KELSEN, «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», *RCADI*, 1926 (IV), vol. 14, p. 231-331; P., FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, tome I, 3<sup>e</sup> partie, Arthur ROUSSEAU, Paris, 1926, p. 289 et s.; A., VERDROSS, *Supra* n° 124, p. 275-517; A., CAVAGIERI, «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, 1929 (I), 311-528; D., ANZILOTTI, *Supra* n° 115, p. 49-65; D., BODANSKY, «Nom Liqueur and the Incompleteness of International Law», in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, L., BOISSON DE CHAZOURNES et Ph. SANDS (dir.), Cambridge University Press, 1999, p. 153-170; J., WEILER, and A. L., PAULUS, «The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?», 8 *EJIL* 545 (1997); Ph., SANDS, «Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law», 10 *Yale Human Rights & Development Law J.* 3 (1998); J-M., ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23, p. 124 et s.; P., DAILLIER et A., PELLET, *Supra* n° 19, p. 266 et s.

<sup>1022</sup> v. *La commission du droit international et son œuvre*, *Supra* n° 173, p. 449-450.

<sup>1023</sup> Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 997, p. 144; v. également les solutions proposées par la CDI, *La commission du droit international et son œuvre*, *Supra* n° 173, p. 459 et s.

de l'OMC, a également généré plusieurs cas de conflits inter-normatifs<sup>1024</sup>. Depuis lors, le principal terrain d'élection du problème de la compatibilité des normes est désormais celui de l'interface entre « Investissement-Commerce et environnement » et les occasions de conflits entre traités collectifs et traités bilatéraux sont allées en se multipliant avec comme facteur d'aggravation, l'inflation des normes et la fragmentation du droit international<sup>1025</sup>. Point n'est besoin à cet égard de rappeler l'époque où la compatibilité était perçue comme une condition essentielle à la validité des traités pour pouvoir démontrer le caractère récurrent de cette problématique<sup>1026</sup>. Il suffit de se reporter au bilan présenté en 2009 par Vinuales lors du Colloque d'Aix-en-Provence sous les auspices de la SFDI<sup>1027</sup>. Selon cet auteur, la question découle également de la revitalisation des législations internes des pays, de l'impact du droit de l'environnement sur les AII et se pose en des termes divers<sup>1028</sup>.

L'une des solutions antérieurement proposées par la doctrine est celle de la hiérarchisation des normes<sup>1029</sup>. Mais, cette position suscite encore débat et la controverse née des sentences précitées<sup>1030</sup> est encore

---

<sup>1024</sup> Sur cet aspect de la question, v. J., PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003; v. également R., HOUSMAN et D., GOLDBERG, «Legal Principles in Resolution Conflicts Between Multilateral Agreements and the GATT/WTO», in *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Environmental Agreements*, R., HOUSMAN et al. (dir.), UNEP, Nairobi, 1995, p. 297-330; G., MARCEAU, «Conflicts of Norms and Conflicts of Juridictions, The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties», 35 *JWT* 1081 (2001); L, BARTELS, «Applicable Law in WTO Disputes Settlement Proceedings», 35 *JWT* 499 (2001); P., MAKI, «Interpreting GATT Using the Convention on the Law of Treaties : A Method to Increase the Legitimacy of the disputes Settlement System», 9 *Minnesota Journal of Global of Trade* 343 (2009).

<sup>1025</sup> v. *La commission du droit international et son œuvre*, *Supra* n° 173, p. 452.

<sup>1026</sup> v. plus particulièrement, le grand développement des premières procédures de conciliation du temps de la Société des Nations (SDN) où avait été mise en relief l'opposition entre l'article 15 du Pacte et les dispositions de nombreux traités bilatéraux d'arbitrage et de conciliation, (v. Ch., ROUSSEAU, *Supra* n° 997, p. 38).

<sup>1027</sup>v. J., E., VINUALES, « Conflits normatifs en droit international: normes environnementales vs. Protection des investissements », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux, Colloque d'Aix-en-Provence 2009*, SFDI, A. Pedone, Paris, 2010; v. également J., E., VINUALES and M., JESKO LANGER, *Supra* n° 81.

<sup>1028</sup> Ibid.

<sup>1029</sup> v. Ph., SANDS, *Supra* n° 47.

<sup>1030</sup> v. les références citées *Supra* n° 27 et plus précisément *Supra* n° 28.

vivace. Existe-t-il une hiérarchie des normes en droit international? Dans l'affirmative, quelles sont les limites au principe? Plus spécifiquement, que faire en cas de conflits entre des normes de même force juridique mais dont les objectifs sont différents? Lesquelles doivent prévaloir sur les autres?

Selon la Commission de droit international (CDI),

Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, [précise la Commission] certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme « fondamentales » ou comme l'expression de « considérations élémentaires d'humanité<sup>19</sup> » ou de « principes intransgressibles du droit international<sup>20</sup> ». L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît <sup>1031</sup>.

Ainsi, les rapports hiérarchiques entre les normes ne sont acceptés et reconnus qu'en fonction de la teneur des règles quant au fond comme c'est le cas des normes impératives du droit international (le *jus cogens*, l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*) ou encore en vertu d'une disposition conventionnelle universellement considérée comme supérieure (l'article 103 de la Charte des Nations Unies)<sup>1032</sup>. Selon les exemples les plus fréquemment cités, les normes acceptées et reconnues par la communauté internationale comme étant des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise sont:

[...] l'interdiction de l'agression, de l'esclavage et de la traite des esclaves, du génocide, de la discrimination raciale, de l'apartheid et de la torture, ainsi que les règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, et le droit à l'autodétermination <sup>1033</sup>.

On peut dès lors établir que de nombreux domaines spécifiques de protection ne sont pas présentement concernés par la hiérarchie des

---

<sup>1031</sup> *La commission du droit international et son œuvre*, *Supra* n° 173, p. 461.

<sup>1032</sup> *Ibid.*, p. 462.

<sup>1033</sup> *Ibid.*

normes en droit international. Toutefois, l'on pourra toujours tirer moyen de la méthode d'interprétation et de résolution des conflits, la *lex specialis derogat legi generali*, pour essayer de donner priorité à certaines normes spécifiques de protection à condition toutefois de veiller à vérifier, outre le fait que le *jus cogens* est expressément non susceptible de dérogation,

- Si l'on peut déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas;
- Si l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le but du droit général;
- Si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et
- Si le droit spécial risquerait de porter atteinte à *l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général*<sup>1034</sup>.

Ce dernier élément nous ramène au cœur même de l'analyse notamment en ce qui concerne les rapports entre « Droits de l'homme, commerce et investissement ». En effet, dans le prolongement de ce qui précède, il a été suggéré qu'en cas de contradiction entre des obligations découlant respectivement d'un traité relatif aux droits de l'homme et d'un traité d'investissement, celui-ci soit écarté dans la mesure où il devient un obstacle à l'État qui doit se conformer aux obligations qui découlent du premier<sup>1035</sup>. Selon le Haut-commissariat aux droits de l'homme :

La libéralisation de l'investissement réduit, dans une certaine mesure, la marge de manœuvre d'un État par rapport aux investisseurs et à l'investissement, mais, dans l'optique des droits de l'homme, l'idée mise en avant est que cette libéralisation ne devrait pas aller jusqu'à compromettre les mesures prises par l'État pour promouvoir et protéger les droits de l'homme. Dans la mesure où les accords d'investissement touchent des questions relatives aux droits de l'homme, les États ont une obligation de réglementation (...). Dans le contexte de la libéralisation de l'investissement, [ceci exige une] souplesse permettant d'adopter de nouvelles réglementations visant à promouvoir et protéger les droits de l'homme. L'inquiétude grandit devant le fait que les tribunaux qui tranchent les différends opposant un investisseur à un État interprètent de plus en plus les dispositions relatives à l'expropriation au sens large, ce qui pourrait remettre en question la capacité et la volonté des États

---

<sup>1034</sup> Ibid., p. 450-452 [Italiques ajoutées].

<sup>1035</sup> v. *Droits de l'homme, commerce et investissement, Rapport du Haut-commissaire aux droits de l'homme, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/9* du 2 juillet 2003, p. 4-5.

d'adopter de nouvelles réglementations visant à protéger l'environnement et les droits de l'homme<sup>1036</sup>.

Ce raisonnement a été suivi par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans une affaire où le Paraguay invoquait l'obstacle que constituait l'existence d'un traité bilatéral d'investissement conclu avec l'Allemagne dont l'effet était de protéger les droits des propriétaires allemands des terres qui faisaient l'objet de la contestation. La Cour a estimé que la nature spécifique des traités relatifs aux droits des populations indigènes, justifie qu'une priorité leur soit reconnue en cas de conflit:

Lastly, with regard to the third argument put forth by the State, the Court has not been furnished with the aforementioned treaty between Germany and Paraguay, but, according to the State, said convention allows for capital investments made by a contracting party to be condemned or nationalized for a "public purpose or interest", which could justify land restitution to indigenous people. Moreover, the Court considers that the enforcement of bilateral commercial treaties negates vindication of non-compliance with state obligations under the American Convention; on the contrary, their enforcement should always be *compatible* with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that generates rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States<sup>1037</sup>.

Sans simplification excessive, il serait néanmoins difficile d'imaginer une solution unique à des situations particulières notamment à cause de l'influence parfois décisive qu'y jouent les facteurs extra-juridiques. Ceux-ci peuvent - à la faveur d'une clause dérogatoire - devenir, le moyen d'accomplir une obligation internationale dans le respect des engagements souscrits par les parties, et dans le meilleur des cas, une source de modification du rapport d'équilibre entre les *intérêts* en présence. La conclusion tirée de l'échec des négociations sur l'AMI comme étant en partie dû à « la difficulté de trouver un juste milieu entre les normes

---

<sup>1036</sup> Ibid.

<sup>1037</sup> *Sawhoyamaya Indigenous Community c. Paraguay*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 mars 2006, Série C, n° 146, § 140, p. 77.

concurrentes »<sup>1038</sup> nous semble à cet égard difficilement contestable, tout comme d'ailleurs les interrogations que cela a pu susciter par rapport à « un juste équilibre » entre les intérêts en présence<sup>1039</sup>. Mais la réponse paraît encore plus complexe dès lors que l'échiquier des *intérêts* se transforme: la prise en compte de *l'intérêt général* devient une nécessité et l'exigence de compatibilité la condition de sa réalisation et, par conséquent, de *l'équilibre des intérêts*.

## **Conclusion du Chapitre 6**

Tel qu'indiqué dans l'AMI, l'intégration des normes de protection sociales et environnementales dans les AII renvoie nécessairement au respect du principe d'*équilibre* et se traduit par la prise en compte de *l'intérêt général* dans la balance des droits et *intérêts* en présence dans une relation d'investissement. Si la mission réformatrice du droit est de devancer les habitudes pour les corriger et les ancrer dans un nouveau socle, alors, *l'équilibre des intérêts* semble bien tenir ses promesses en amenant à la concrétisation certaines normes de protection spécifiques relevant de la *soft law* (en l'occurrence, celles relatives à la protection des valeurs sociales et environnementales : standards, principes directeurs, techniques et normes). Ici également, il s'agit d'une structuration à la fois axiologique et évolutive du droit international des investissements par l'une de ses sources originelles : le principe d'*équilibre des intérêts*.

En plus, l'effet migratoire des normes de la *soft law* sur l'ensemble du système est désormais une réalité qui confirme le constat selon lequel le problème de la compatibilité entre les règles de protection est la conséquence directe de la mise en œuvre de la dimension évolutive du PGD de *l'équilibre des intérêts*.

---

<sup>1038</sup> v. A. DUVERGER-PICHON, *Supra* n° 81, p. 209.

<sup>1039</sup> *Ibid.*, p. 211.

### Conclusion du Titre III

Comparativement à la situation en droit interne - où ce sont les codes civils et les législations particulières (relatives au travail et à la protection des consommateurs) qui ont largement contribué à rendre effective la mise en œuvre du principe d'*équilibre* - c'est les AII et les instruments juridiques relevant de la *soft law* qui sont ici le premier champ d'opérationnalisation de *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements; et il semble à cet égard plus éclairé de considérer que malgré l'absence de référence précise, celle-ci existe de toute manière et réside dans la nature même du PGD de *l'équilibre des intérêts*.

Lorsqu'on prend en considération l'ensemble des AII, la tendance est nette et en pleine progression. Celle-ci marque également l'ampleur de la réforme des AII amorcée depuis peu sous la bannière de la CNUCED. L'univers des AII est désormais modulé sous le prisme d'un nouveau critérium prenant appui sur un régime général de protection caractérisé par l'apparition d'une nouvelle génération d'exceptions spécifiques. Plus fondamentalement, l'interrelation investissement/environnement n'est pas structurée autrement qu'au travers de la transformation du contenu normatif des AII par l'insertion de plus de 1691 clauses de protection sociales et environnementales. Cette incorporation des normes de protection de *l'intérêt général* ne se limite pas seulement au AII, instruments de la *hard law* mais se poursuit au niveau de la *soft law*. Certes, le caractère pluriel de la juridicité des règles d'occurrence relatives à la protection de l'environnement et aux droits sociaux demeure moins prononcé en ce qui concerne les AII qu'en ce qui concerne les instruments de la *soft law*. Mais, à l'analyse, le résultat est le même. Dans le premier cas, la référence au principe d'*équilibre* sert à justifier la transformation du contenu normatif des AII qui eux-mêmes sont des instruments dont la portée juridique est indiscutable. *L'équilibre des intérêts* recouvre à cet



égard la dimension évolutive que lui permettent d'assurer ses fonctions logiques, axiologiques et unificatrices. Dans le second cas, ses fonctions se complètent et se renforcent grâce à l'autonomie du principe d'*équilibre*, sa compatibilité et son utilité opérationnelle au sein de l'ordre juridique international.

Au total, si l'on s'en tient uniquement à la pratique des textes, l'on peut déjà dire que la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements s'amorce positive. Toutefois, sa réalisation concrète requiert l'intervention du juge ou de l'arbitre. Par conséquent, si le rôle réformateur de *l'équilibre des intérêts* en droit international des investissements a pu ainsi se traduire par la mise en place d'un système renouvelé, archétype d'une juridicité transversale, son rôle complétif et correcteur des solutions juridiques - jusqu'alors proposées en la matière - sont également à retenir.

## TITRE IV

### LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS DEVANT LES INSTANCES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Un examen du contentieux montre l'existence d'un effectif croissant d'affaires où il est fait application ou il a été fait référence au principe *d'équilibre* mais devant différents *fora* de règlement des différends et dans des domaines divers. Outre les applications les plus nombreuses enregistrées dans le domaine de la protection des droits humains - dépossession et réglementation des biens et intérêts des personnes - le droit international des investissements connaît actuellement une pratique significative relative à *l'équilibre des intérêts* et qui a fait du contentieux de l'expropriation indirecte le principal champ d'expression de ce principe. Si toutefois la juridicité du principe *d'équilibre* dépend de son acceptation par les instances de règlement des différends, c'est à partir des limites relatives à son applicabilité que l'on appréciera davantage et avec plus de justesse la portée réelle de ce principe en droit international des investissements. Il convient dès lors de commencer par fixer les esprits sur les modalités pour une mise en œuvre efficiente du principe (Chap. 7) pour pouvoir ensuite envisager sa réalisation concrète (Chap. 8). Il s'agit, avant d'examiner la sanction proprement dite des obligations par les juges et arbitres internationaux de rendre compte des préalables à cette sanction à la fois comme étant des prémisses, préludes ou suggestions, en même temps que des modalités de mise en œuvre : une sorte de guide méthodologique destinée aux praticiens, une invitation à plus d'audace dans l'utilisation du principe une fois qu'on aura compris ce qu'il est réellement, c'est-à-dire: un principe qui vise à éviter le péril des intérêts particuliers là où les nécessités de la vie commandent de recourir à des mesures de protection de *l'intérêt général*.

## Chapitre 7

# L'ANCRAGE DE *L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS* DANS LE CONTENTIEUX D'INVESTISSEMENT RELATIF À L'ENVIRONNEMENT

La découverte d'un principe général de droit comporte une part d'abstraction et de généralisation<sup>1040</sup>. Elle implique tout particulièrement une transposition des réponses adaptées à certaines situations pour lesquelles une similarité est requise<sup>1041</sup> - soit à l'intérieur d'un même ordre juridique, soit d'un ordre juridique à un autre. En tant qu'outils de concrétisation, le processus de judiciarisation et partant le phénomène contentieux y tiennent un rôle non négligeable. Certes, il n'y a peut-être pas trop à espérer d'une étude exploratoire du contentieux, puisse que celui-ci ne procède pas d'une vue méthodique et ordonnée des rapports rattachés à des principes et règles précédemment établis. Mais il importe ici d'en rechercher le lien avec *l'équilibre des intérêts*.

En effet, si la question s'est posée et le demeure encore, c'est d'abord à cause de la forte augmentation des différends entre investisseurs et États<sup>1042</sup>. C'est ensuite parce que, fruit d'un antagonisme, d'un conflit de rationalité entre deux impératifs de protection, *le contentieux d'investissement relatif à l'environnement* n'a de contenu que conceptuel, vague et aléatoire dont la matérialité varie en fonction des faits empruntés à la pratique devant les tribunaux arbitraux. Ses contours encore imprécis laissent cependant subsister un lien de connexité entre les deux branches du droit dont dépendrait son existence : d'une part le droit des investissements et d'autre part le droit de l'environnement. Mais, c'est beaucoup plus le premier qui, jusqu'à présent, détermine sa mise en

---

<sup>1040</sup> v. le premier titre de cette étude et plus spécialement le chapitre 1; dans le même sens J-M., ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23, p. 151.

<sup>1041</sup> Ibid., 152.

<sup>1042</sup> v. CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2017*, *Supra* n° 569, p. 109 et s.

œuvre et lui sert de référence devant les instances arbitrales. La quête d'une définition du phénomène contentieux comporte dès lors un double défi : celui d'une articulation entre le problème tel qu'il se pose, ses origines lointaines, le contexte de son émergence ainsi que ses manifestations pratiques d'une part (7.1) puis, celui de la construction d'un référent théorique et conceptuel en vue de sa rationalisation d'autre part (7.2).

### **7.1.- Analyse contextuelle d'un principe téléologiquement fondé sur le contentieux de l'expropriation indirecte**

D'essence juridictionnelle, une construction théorique du *contentieux d'investissement relatif à l'environnement* ne peut se faire que sur la base d'une matrice nouvelle et inhabituelle du point de vue des outils d'analyse et de leur positionnement par rapport à la doctrine juridique dominante. Deux éléments de structuration nous paraissent particulièrement significatifs à cet effet: l'un juridique, le principe de la souveraineté réglementaire et l'autre tiré de la théorie des relations internationales, le « transnationalisme » (7.2.2). Par ailleurs, ce serait un effort absolument vain que de commencer une telle analyse sans remonter la source de la confrontation actuelle entre l'investissement international et les mesures de protection environnementales. La traque de cette confrontation, initialement incertaine, devient quasi implacable après un exposé phénoménologique du contentieux d'investissement relatif à l'environnement. Plus fondamentalement, cela permet de frayer le chemin à une analyse systématique qui prenne préalablement appui sur des considérations factuelles et contextuelles (7.1.1.).

### **7.1.1.- Contexte historique et facteurs d'émergence du contentieux d'investissement relatif à l'environnement**

L'état empirique des considérations factuelles relatives à l'interaction particulière entre investissement et environnement révèle deux types de contentieux : le contentieux interétatique et le contentieux arbitral transnational. Sans en minimiser les conséquences au plan juridique, il s'agit d'abord de rappeler certains faits et situations dont l'actualité-même invite à les reconsidérer. C'est d'abord dans l'affaire de *la Fonderie de Trail*<sup>1043</sup> que l'on retrouve les premiers éléments en prélude à la problématique d'une conciliation d'intérêts aussi divergents dans une relation d'investissement, précisément parce que celle-ci est confrontée à l'exigence d'une prise en compte des préoccupations environnementales et sanitaires. Il y a ensuite l'affaire *Ethyl Corporation*<sup>1044</sup> dont on peut dire qu'elle a marqué d'un timbre originel le *contentieux d'investissement relatif à l'environnement*<sup>1045</sup>. Enfin, en marge de ces deux affaires, il se dégage un nombre important d'affaires qui ont contribué à entretenir le débat sur la question du contrepoids aux droits des parties dans une opération d'investissement dont nous ne retiendrons ici que les plus significatives<sup>1046</sup>.

#### **a.- Bref rappel des faits et analyse empirique du contentieux d'investissement relatif à l'environnement**

L'interaction entre investissement et environnement a d'abord été mise en évidence dans une série de contentieux interétatiques parmi lesquels: l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*<sup>1047</sup> relative à la suspension puis l'abandon pour cause de risque environnemental du projet de construction

---

<sup>1043</sup> *Trail Smelter case* (United States c. Canada), 16 avril 1938 et 11 mars 1941, NATIONS-UNIES, RSA, Vol. III, p. 1905-1982.

<sup>1044</sup> *Ethyl Corporation*, *Supra* n° 27.

<sup>1045</sup> v. Ch. LEBEN, *Supra* n° 31, p. 163.

<sup>1046</sup> v. en général les affaires citées *Supra* n° 27.

<sup>1047</sup> *Gabcikovo-Nagymaros*, *Supra* n° 356.

d'un barrage électrique sur le Danube; l'affaire du *Rhin de fer*<sup>1048</sup>, qui a donné lieu à une sentence arbitrale le 24 mai 2005 et une sentence rectificative le 20 septembre de la même année à propos des conditions de réalisation et de financement d'une liaison de chemin de fer chevauchant la Belgique et les Pays-Bas, et qui mobilisait autant le TBI entre les deux parties que les règles communautaires en matière d'impact environnemental des opérations d'investissement; l'affaire de *l'Usine MOX*<sup>1049</sup> qui a été l'occasion pour l'Irlande de rappeler que le retraitement puis le transfert international de combustible nucléaire représente une grande menace pour l'environnement<sup>1050</sup>.

#### **i)- L'affaire de la Fonderie de Trail**

Considérée par De Visscher<sup>1051</sup> comme l'une des plus illustratives parmi les sentences arbitrales qui ont fait état de *l'équilibre des intérêts* ou des considérations d'équité pour justifier le principe de l'indemnisation, la détermination des dommages ou le calcul de leur réparation, la sentence *Trail Smelter* a en effet fait une application adéquate de la maxime anglo-saxonne *Equality is Equity* en invoquant à titre confirmatif, la considération que les deux États en cause avaient un *intérêt* égal à ce que les réclamations non prouvées ou injustifiées ne fussent pas admises:

[...] car tandis qu'à présent se sont des intérêts américains qui peuvent se dire atteints par les activités d'une société canadienne, il est également possible que, plus tard, des intérêts canadiens puissent donner lieu à réclamation pour dommage subis du fait d'une société américaine<sup>1052</sup>.

---

<sup>1048</sup> *Rhin de fer*, *Supra* n° 151.

<sup>1049</sup> *Usine MOX* (Ireland c. United Kingdom), v. PCA, *The Mox Plant Case Record of the proceedings 2001-2008*, PCA ed., 2010; et pour les commentaires v. S., MALJEAN-DUBOIS, et J.-Ch., MARTIN, «L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux», *JDI*, 2007, p. 437-471.

<sup>1050</sup> v. également et plus généralement, les affaires connues devant le tribunal du droit de la mer (TIDM), <https://www.itlos.org/fr/affaires/affaires-contentieuses> (consulté le 13/07/2015).

<sup>1051</sup> Ch. De VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 57-58.

<sup>1052</sup> *Trail Smelter*, *Supra* n° 1043, p. 1938-1939.

Pour combien particulière est la compréhension de cette affaire, il convient de rappeler que les faits datent de l'époque d'avant l'apparition des premiers traités d'investissement, c'est-à-dire en 1896<sup>1053</sup>, année d'implantation d'une fonderie à Trail au Canada. Celle-ci était destinée à l'exploitation des minerais de cuivre et de plomb dans la région. L'entreprise d'exploitation fût rachetée par la Consolidated Mining and Smelting Co of Canada, et la fonderie agrandie au point où le raffinage du minerai a entraîné le dégagement d'une importante quantité de gaz sulfureux de l'ordre de 300 à 350 tonnes par jour - en cette année record de 1930. Par suite d'émissions de ces gaz, des dommages importants ont été causés aux populations riveraines; la ville de Trail se situant à une dizaine de kilomètres de la frontière américaine sur le cours du fleuve Colombia, dans la province canadienne de la Colombie britannique. Jusqu'en 1925 - où l'affaire a connu un rebondissement grâce à l'intervention d'une association de défense des personnes lésées - l'entreprise propriétaire de la fonderie se contentait de verser quelques indemnités individuelles aux victimes de la pollution. Et, c'est à la suite d'une intervention du gouvernement américain en juin 1927, et en considération des tentatives infructueuses à régler l'affaire par d'autres moyens, que les États concernés ont convenu de soumettre le différend à un tribunal arbitral par un compromis signé le 15 avril 1935. À cette époque, l'argumentation était encore chancelante de vouloir poser les bases d'une réglementation internationale en matière environnementale.

---

<sup>1053</sup> Alors que les deux traités qui sont à l'origine des Conventions d'investissement remontent respectivement au 25 novembre 1959 pour le traité de promotion et de protection des investissements entre la République fédérale d'Allemagne et le Pakistan, *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*, *Supra* n° 719, et au 2 décembre 1961 pour le *Traité entre la Confédération Suisse et la République Tunisienne relatif à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2982/download>.

Dans sa sentence finale du 11 mars 1941<sup>1054</sup>, le tribunal arbitral avait notamment indiqué qu'en la matière «il n'y [avait] aucun précédent international». En l'espèce, il a fallu s'en référer à deux décisions du tribunal fédéral suisse entre les cantons de Soleure et d'Argovie pour pouvoir conclure que : «[...] no more precautions may be demanded for shooting ranges near the boundaries of two cantons than are required for shooting ranges in the interior of a canton»<sup>1055</sup>. Et, c'est pour la première fois, devant un tribunal international, que venait d'être admise l'idée que des mesures de précaution devant être prises par l'État mis en cause, doivent être identiques à celles qu'il prendrait pour protéger ses propres ressortissants en cas de pollution atmosphérique. C'est après avoir ainsi énoncé une obligation spécifique pour les États que le tribunal arbitral a essayé de rechercher une solution juste et équitable tel que suggéré par l'article IV du compromis d'arbitrage :

[...] in making its answers to the questions, the Tribunal should endeavour to adjust the conflicting interests by some "just solution" which would allow the continuance of the operation of the Trail Smelter but under such restrictions and limitations as would, as far as foreseeable, prevent damage in the United States, and as would enable indemnity to be obtained, if in spite of such restrictions and limitations, damage should occur in the future in the United States<sup>1056</sup>.

En définitive, dans cette affaire, le droit à réparation allait finalement reposer sur le principe général de droit selon lequel un État ne peut utiliser son territoire ou permettre de le faire d'une façon susceptible de nuire à un autre État<sup>1057</sup>. En clair, il s'agissait pour le tribunal d'établir un *équilibre* entre les *intérêts* en présence. Toutefois, en ce qui concerne l'interrelation entre investissement et environnement, la question n'aura été qu'ébauchée malgré la contribution importante de cette sentence dans

---

<sup>1054</sup> La première décision dans le cadre de cette affaire a été rendue le 16 avril 1938, (v. *Trail Smelter, Supra* n° 1043).

<sup>1055</sup> *Ibid.*, p. 1963.

<sup>1056</sup> *Ibid.*, p. 1939.

<sup>1057</sup> *Ibid.*, p. 1963; v. dans le même sens l'affaire de la souveraineté sur *Île de Palmas (ou Miangas), États-Unis c. Pays-Bas, Supra* n° 10; v. également Ch. De VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 57-58.



le développement du droit international en matière de pollution transfrontière<sup>1058</sup>.

Dans le même ordre d'idée, on ne peut compléter la liste des différends interétatiques en préservant la chronologie des événements si l'on oublie de mentionner qu'à la suite de l'affaire du *Trail Smelter*, l'affaire du *Barrage de Gut*<sup>1059</sup> est également une illustration du contentieux d'investissement relatif à l'environnement pour lequel il a été mis en place un régime conventionnel spécial préalablement établi, avec des obligations réciproques, permettant au Canada de payer une indemnité à tous les citoyens américains qui subissaient un dommage provoqué par la construction et l'exploitation d'un barrage situé sur le lac Ontario<sup>1060</sup>. Cette pratique étatique où l'État auteur de l'opération d'investissement reconnaît l'obligation d'indemniser les populations riveraines pour le préjudice transfrontière est un cas intéressant qui méritait d'être souligné même si elle ne permet pas de tirer une conclusion positive quant à la balance des droits et obligations respectifs des parties.

Rappelons à la suite de cette constatation que dans les deux affaires précitées, les acteurs non-étatiques – l'investisseur privé et la société civile – étaient certes présents, mais ils ne pouvaient alors tenir qu'un rôle de second rang. Différent à ce titre est le contexte de déroulement des faits se rapportant à l'affaire *Ethyl Corporation*. Le spectre de mesures de protection environnementales et sanitaires semble désormais planer sur

---

<sup>1058</sup> v. L. J., DHOOGHE, *Supra* n° 29.

<sup>1059</sup> v. *Canada-United States: Settlement of Lake Ontario (Gut Dam)*, Rapport de l'Agent des États-Unis devant le tribunal spécial, 27 septembre 1968, 8 *ILM* 118 (1969), *Rapport d'introduction d'instance arbitrale présenté par Edward D. Re, Chairman, U.S. Foreign Claims Settlement Commission*, le 4 mai 1965 à p. 473, 4 *ILM* 472 (1965); v. les commentaires de G., HANDL, «State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private persons» 74 *Am. J. of Int'l Law* 525 (1980), p. 538-539; J., G., POLAKIEWICZ, «La responsabilité de l'État en matière de pollution des eaux fluviales ou souterraines internationales», *JDI*, 1991 (2), p. 292-293.

<sup>1060</sup> Pour le texte de l'Accord v. le *Rapport d'introduction d'instance arbitrale*, *ibid.*; v. également le *Rapport du 27 septembre 1968*, *ibid.*, p. 119-120.

les entreprises multinationales<sup>1061</sup>, tandis que les États sont constamment habités par la peur de devoir faire face à des plaintes de la part des investisseurs étrangers.

## ii)- Le contentieux arbitral transnational

Le constat d'originalité à propos de l'affaire *Ethyl Corporation*<sup>1062</sup> n'empêche pas - s'agissant de la confrontation entre investissement et environnement - d'évoquer les cas les plus récents à travers lesquels ce type de contentieux s'illustre et se manifeste encore aujourd'hui.

Rappelons qu'après l'affaire du *Plateau des Pyramides*<sup>1063</sup>, on ne peut s'empêcher de faire un parallèle entre cette affaire et la sentence *Glamis*<sup>1064</sup> du 8 juin 2009, notamment à cause de son objet. Celui-ci est relatif à la décision de mettre un terme au projet d'exploitation d'une mine d'or à ciel ouvert afin de préserver les sites culturels autochtones situés à proximité du chantier. En effet, Glamis Gold Ltd. est une société minière canadienne incorporée en Colombie-Britannique et ayant son siège social dans le Nevada, aux États-Unis. En 1994, afin de faciliter la réalisation du projet, Glamis Gold Ltd. a créé la Glamis Imperial Corporation. Le site du projet étant en Californie, à proximité d'un territoire où vit une population autochtone, le plan des opérations avait alors prévu la restauration complète de deux des trois mines à ciel ouvert exploitées dans le cadre de

---

<sup>1061</sup> La demande introduite dans cette affaire coïncide avec la grande campagne que menaient alors les organisations non gouvernementales contre l'adoption du projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) (voir les observations de A., MILANOVA, «Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie», *JDI*, 2003, pp. 87-100).

<sup>1062</sup> *Ethyl Corporation*, *Supra* n° 27 et pour un rappel des faits, voir notre introduction à la p. 10.

<sup>1063</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte*, *Supra* n° 27 (v. notre analyse dans la première partie de cette étude). Et pour les commentaires v. E., GAILLARD, *JDI*, 1994, p. 229 et s.; G., DELAUME, «The Pyramids Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace », *ICSID Review F.I.L. Journal* 1993, p. 228 et s.; et du même auteur, « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.* 1994, n° 1, p. 39 et s.

<sup>1064</sup> *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis*, *Supra* n° 27.

l'Imperial Project. Conformément à la *Federal Land Policy and Management Act* (FLPMA) de 1976, l'Imperial Project nécessitait l'autorisation du Department of the Interior (DOI). Or, bien que les démarches visant à obtenir le permis aient été entreprises en 1994, ce n'est qu'en janvier 2001 que le Secretary of the Interior va décider de ne pas accéder à cette demande. L'une des raisons avancées pour justifier ce refus était que le projet minier entraînerait une dégradation des ressources naturelles en plus d'avoir des impacts négatifs pour la population autochtone vivant à proximité du site d'exploitation. Entre-temps, cette position a évolué avec l'entrée en fonction d'un nouveau Secretary of the Interior et la révision subséquente des critères de délivrance de permis. Le refus initial a alors été annulé en novembre 2001. Outre l'autorisation du gouvernement fédéral, l'Imperial Project devait également obtenir un permis du gouvernement de la Californie conformément au *Surface Mining and Reclamation Act* (SMARA) de 1975. Or, en décembre 2002, a été adopté le *State Mining and Geology Board* (SMGB). Cette réglementation visait à restaurer complètement les sites d'exploitation à ciel ouvert des minerais métalliques en vue de la préservation du bien-être du public en général. À la suite de cette réglementation, la Californie a décidé de ne plus admettre tout projet minier situé tout près d'un territoire autochtone et qui ne prévoit pas une restauration complète des sites exploités, en adoptant le projet de loi - sénatoriale n° 22 d'avril 2003. La portée symbolique de ces deux sentences face notamment à la difficile question de la hiérarchisation des normes de protection est à retenir.

Viennent ensuite les affaires *Metalclad*<sup>1065</sup> et *Methanex*<sup>1066</sup>, puis une série d'affaires dont certaines sont relatives aux réclamations d'investisseurs concernant les tarifs de rachat garantis dans les énergies

---

<sup>1065</sup> *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, *Supra* n° 27.

<sup>1066</sup> *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, *Supra* n° 27.

renouvelable<sup>1067</sup> ainsi que de nombreuses autres affaires dont certaines impliquent des États européens au sujet de la modification de leur législation<sup>1068</sup>. Plus récemment, des réclamations impliquant des sociétés minières canadiennes à l'étranger<sup>1069</sup> ainsi qu'une réclamation particulièrement sensible sur le plan politique entre les États-Unis et TransCanada Corporation<sup>1070</sup> - au sujet du projet d'oléoduc transcontinental Keystone XL - continuent d'alimenter le contentieux<sup>1071</sup>. La balance entre la protection de l'investissement et la protection de l'environnement semble manifestement une équation difficile à résoudre. Les réclamations mettant en cause des législations nationales et des réglementations prises par divers organes de l'État se multiplient. Cela a certainement partie liée avec la contestation par certaines ONG de la constitutionnalité des tribunaux arbitraux constitués sur la base des

---

<sup>1067</sup> v. notamment *Mesa Power Group LLC (USA) c. Canada*, *Supra* n° 27; *Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, *Supra* n° 27; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaward Inc. c. Canada*, *Supra* n° 27; *Detroit International Bridge Company c. Canada*, *Supra* n° 27; *St. Marys VCNA c. Canada*; *Windstream Energy LLC c. Canada*, *Supra* n° 27.

<sup>1068</sup> v. notamment *Vattenfall AB et autres c. République fédérale d'Allemagne*, *Supra* n° 27; *Burlington Resources Inc. and others c. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (PetroEcuador)*, *Supra* n° 27; *Pac Rim Cayman LLC. c. Republic of El Salvador*, *Supra* n° 27; *Abengoa SA y COFIDES SA c. United Mexican States*, *Supra* n° 27; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. Republic of Ecuador*, *Supra* n° 27; *Renco Group Inc. c. Republic of Peru*, *Supra* n° 27; *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited («Bapex») and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation («Petrobangla»)*, *Supra* n° 27; *Accession Eastern Europe Capital AB and Mezzanine Management Sweden AB c. Republic of Bulgaria*, *Supra* n° 27; *Nova Scotia Power Incorporated c. Venezuela*, *Supra* n° 27.

<sup>1069</sup> Mentionnons ici les affaires *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, AFF. CIRDI n° ARB(AF)/11/2 (TBI Canada-Venezuela du 4 avril 2016); *Rusoro Mining Limited c. Venezuela*, AFF. CIRDI n° ARB(AF)/12/5 (TBI Canada-Venezuela, 22 août 2016); *Copper Mesa Mining Corporation c. Équateur*, *Supra* n° 27; *Eco Oro Minerals c. Colombie*, AFF. CIRDI n° ARB/16/41 (ALÉ Canada-Colombie du 29 décembre 2016); *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>; *Infinito Gold c. Costa Rica*, AFF. CIRDI n° ARB/14/5 (TBI Canada-Costa Rica du 4 mars 2014); *Zamora Gold c. Équateur*, AFF. CPA n° 2012-2 (TBI Canada-Équateur, 15 mars 2016).

<sup>1070</sup> v. *TransCanada Corporation c. États-Unis*, «Requête d'arbitrage», AFF. CIRDI n° ARB/16/21 (ALÉNA, 15 juillet 2016).

<sup>1071</sup> v. le détail des faits relatifs à ces affaires dans l'*Annuaire canadien de droit international* 2016, Ch.-E., CÔTÉ, *Supra* n° 758, p. 469-475.

traités<sup>1072</sup>. Mais cela procède surtout de la convergence de deux facteurs : d'une part, la résurgence des problèmes environnementaux et le développement parallèle des normes de protection environnementales et d'autre part, la tendance à une intégration des normes de protection environnementales dans le champ des investissements.

### **b.- Facteurs d'émergence**

Il faut d'abord observer que non seulement l'investissement international n'est plus une opération isolée de la politique de croissance des économies nationales mais encore, la relation d'investissement draine aujourd'hui un faisceau d'éléments impliquant à la fois les relations politiques nationales et les sphères économiques nationale, régionale et globale. Dans cette figure, les considérations Nord-Sud aussi bien que les frontières jadis étanches entre *intérêts publics* et *intérêts privés* tendent à disparaître. On se souvient de la formule particulièrement éloquente employée par le juge Gros à ce propos:

[...], le monde économique présente aujourd'hui des phénomènes d'intervention et de responsabilité de l'État dans les activités économiques de ses ressortissants sur le territoire national et à l'étranger, d'une telle fréquence et d'une telle intensité que la séparation de l'intérêt des individus et de l'intérêt de l'État ne correspondent plus à la réalité<sup>1073</sup>.

Il faut ensuite rappeler que depuis les premières manifestations des effets irréversibles de la pollution atmosphérique, la pollution des mers, des fleuves, des rivières, et leurs coûts considérables pour l'environnement, la santé des personnes, la survivance de la faune et la flore ainsi que les perturbations sociales, politiques et économiques qui leur sont associées<sup>1074</sup>, l'interaction entre les particuliers et les institutions publiques

---

<sup>1072</sup> v. A., MILANOVA, *Supra* n° 1061 aux p. 87 & s.

<sup>1073</sup> A., GROS, Opinion individuelle, *Barcelona Traction*, *Supra* n° 4, p. 269.

<sup>1074</sup> Outre l'explosion d'une usine de pesticides à Bhopal en 1984, l'accident nucléaire de Tchernobyl en 1986, la marée noire d'Exxon Valdez sur la côte de l'Alaska (1989), celle des pétroliers Érika (1999) et Prestige (2002), ou encore celle de la Louisiane en 2010, le naufrage du chimiquier Ievoli Sun dans la Manche en 2000, l'explosion en 2001 d'une

prend de plus en plus de la vigueur. Elle se concrétise à travers les implications de la société civile dans la transformation du droit international – tant dans sa formation que dans sa mise en œuvre. L'émergence et le développement de nouvelles catégories juridiques viennent en parfaite illustration de cette constatation. Ces règles d'inspiration récente tentent de cerner l'impact environnemental des opérations d'investissement, à la fois comme moyens de contrôle, d'assainissement et de promotion des investissements.

### **i)- L'interaction entre les particuliers et les institutions publiques**

Cette interaction a généré des initiatives multiples dont notamment les normes, standards et techniques relatives à la RSE qui ont fait l'objet du chapitre 6 de cette étude. En effet, la prise de conscience généralisée des risques de dégradation de l'environnement, l'effet de serre et le

---

usine de stockage de nitrate d'ammonium AZF à Toulouse en 2006, l'affaire Probo Koala du nom du navire qui a déversé 600 tonnes de déchets toxiques dans la ville d'Abidjan en 2006, et plus récemment en Chine (le 12 août 2015) une explosion d'entrepôt contenant des marchandises dangereuses dans la zone portuaire industrielle de Binhai (à Tianjing), l'actualité internationale enregistre chaque année une série d'événements permettant de se rendre compte de l'état de catastrophe dans lequel se trouve l'environnement mondial, (v. <http://www.france24.com/fr/20101007-catastrophes-ecologiques-ces-40-dernieres-annees-tchernobyl-amoco-cadiz-erika-maree-noire/>, accès du 12 août 2015 ; pour une analyse approfondie de ces événements, v. J., P., BYRNE, «Precipice Regulations and Perverse Incentives: Comparing Historic Preservation Designation and Endangered Species Listing», 27 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 343-392 (2015); J., P., BYRNE, «Historic Preservation and Its Cultured Despisers: Reflections on the Contemporary Role of Preservation Law in Urban Development», 19 *Geo. Mason L. Rev.* 665-688 (2012); C., DURIEZ-TOUTAIN, *Prévenir les catastrophes écologiques?: les marées noires*, Éd. MILAN, Toulouse, 2004; K., F., McCALLION et H., R., SHARMAN, «International Resolution of Environment Disputes and the Bhopal Catastrophe», in *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, p. 239; J. L., WOODARD, «Rivers in Peril: An Examination of International Law and Land-based Nuclear Pollution in the Former Soviet Union», 11 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 741 (1999); L., M, KAPLAN, «International responsibility of an Occupying Power for Environmental Harm: The case of Estonia», 12 *Transnat'l Law* 153 (1999); N., S., ZAHEDI, «Implementing the Rotterdam Convention. The Challenges of transforming Aspirational Goals into effective Controls on Hazardous Pesticide Exports to developing Countries», 11 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 707 (1999)).

réchauffement climatique, ont donné naissance à une critique écologiste dans les années 1970 et renforcé la tendance à la remise en question des certitudes scientifiques relatives à la question environnementale. Celle-ci charrie désormais des incertitudes qui, à leur tour, commandent l'adoption d'une attitude positive – c'est-à-dire la prise de mesures susceptibles d'anticiper des dommages éventuels :

[...] En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement<sup>1075</sup>.

Or, l'adoption de l'approche anticipative, par application du *principe de précaution*<sup>1076</sup>, procède d'une aporie qui, semble-t-il, est de nature à inciter les entités étatiques à prendre plus souvent des mesures réglementaires touchant aux *intérêts* des investisseurs privés<sup>1077</sup>. Dans certains milieux d'affaire, le risque de dégradation de l'environnement est désormais perçu

---

<sup>1075</sup> Principe 15 de la *DÉCLARATION DE RIO SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DÉVELOPPEMENT, PRINCIPES DE GESTION DES FORÊTS, SOMMET PLANÈTE TERRE*, ONU, doc. A/CONF.151/26/Rev.1, (vol.1), Annexe II, également reproduit dans *RGDIP*, vol. 96, 1992, p. 975; L., BOISSON DE CHAZOURNES, R., DESGAGNE, C., ROMANO, *Protection internationale de l'environnement – Recueil d'instruments juridiques*, A. Pedone, Paris, 1998, p.15; M., PRIEUR et S., DOUMBÉ-BILLÉ, (dir.), *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 35; C., DOMMEN et Ph., CULLET (dir.), *Droit international de l'environnement, Textes de base et références*, Kluwer Law International, London – The Hague – Boston, 1998, p. 16.

<sup>1076</sup> Étroitement lié au concept de prévention qui impose de prendre des mesures pour éviter la survenance d'un dommage dont la probabilité d'occurrence, la nature et les effets sont connus, le *principe de précaution* s'en distingue pour mieux l'enrichir au point d'en transformer la portée (v. J.-M., ARBOUR, *Supra* n° 30 aux p. 20 & s.; J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23 aux p. 910-911; voir également P., MARTIN-BIDOU, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», *RGDIP*, n° 3, 1999, p. 632-666; L., BOY, «La nature juridique du principe de précaution», *Nature Sciences Société*, 1999, vol. 7, n° 3, p. 5-11; SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruylant, Bruxelles, 1999; L., BAGHESTANY PERREY, «La valeur juridique du principe de précaution», *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° Spécial, p. 19-27; A., TROUWBORST, *Precautionary Rights and Duties of States*, Nijhoff, the Hague, 2006; et pour une vue plus approfondie de la question, voir M. M., MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, A. Pedone, Paris, 2009.

<sup>1077</sup> Dans l'enceinte de l'OMC, le *principe de précaution* a été accueilli avec beaucoup de réserve. Il y est notamment interprété comme «une licence générale inconditionnelle donnée à tout État pour adopter des mesures environnementales qui sont incompatibles avec le droit de l'OMC», (J.-M., ARBOUR, *Supra* n° 30 à la p. 13).

comme un facteur de démultiplication des mesures de régulation étatique identifiées comme étant des expropriations «indirectes» ou «déguisées»<sup>1078</sup>. À cela s'ajoute le fait que, grâce à la normalisation technique internationale, le droit international de l'environnement a atteint un niveau de maturité avérée pouvant entraîner des conflits entre différentes normes de protection en droit international<sup>1079</sup>.

## ii)- La transformation du paysage juridique

L'environnement juridique international s'est transfiguré avec le développement parallèle des normes de protection environnementales et des traités d'investissement : de plus en plus dense, le champ juridique révèle l'existence d'un réseau complexe de plus de trente mille textes<sup>1080</sup> dont les démembrements sont des traités relatifs aux investissements, des traités de protection de l'environnement qu'ils soient multilatéraux, régionaux ou sectoriels, des législations nationales, des déclarations de principes, les règles édictées par la Banque mondiale ou par de nombreuses institutions traitant des investissements et de la protection de l'environnement<sup>1081</sup>. Le phénomène est certes récent, mais son ampleur est telle qu'on pourrait dire qu'à défaut d'être complètement balisé, l'environnement juridique international est devenu propice à l'expression non seulement des *intérêts* divergents des parties - investisseur étranger et État d'accueil - mais également de ceux de la société civile qui tient désormais un rôle de catalyseur dans la prise de mesures

---

<sup>1078</sup> Pour le lien avec l'expropriation, voir D. A., GANTZ, *Supra* n° 81 aux p. 728-729.

<sup>1079</sup> v. Ph., SANDS, *Supra* n° 47. Le régime juridique de la protection internationale de l'environnement a généré un faisceau d'instruments et principes qui ont fait l'objet de publications (v. les *Recueils* cités *Supra* n° 1200).

<sup>1080</sup> Selon un décompte réalisé il y a une quinzaine d'années, v. *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, *Supra* n° 47, p. 203.

<sup>1081</sup> *Ibid.*



gouvernementales en vue de la protection de *l'intérêt général*<sup>1082</sup>. Au total, avec la généralisation croissante de l'approche de précaution, l'exigence de conformité aux normes environnementales, l'évaluation préalable des opérations d'investissement en vue de connaître leur impact social et environnemental..., c'est le fondement même d'un nouveau type de réconciliation des *intérêts* divergents qui se trouve posé. Le droit international des investissements s'élargit, conforté par un régime général de protection des considérations sociales et environnementales dans les AII<sup>1083</sup>. L'idée d'aménager une place à *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur est désormais admise.

### **7.1.2.- L'apport de la théorie transnationaliste à la mise en œuvre de l'équilibre des intérêts**

L'évolution de la souveraineté en situation d'interdépendance est un intéressant point de départ. Elle a, comme nous l'avons souligné plus haut, acquis ses lettres de noblesse en droit. Mais il convient aujourd'hui de la relativiser en la mettant aux prises avec l'urgence d'une adaptation du droit. Cela implique pour le théoricien un changement de référent par rapport à la perspective juridique. L'entreprise est risquée; puisqu'elle consiste à sortir des sentiers battus de la dogmatique juridique pour aller explorer, et à découvrir, les implications du « transnationalisme » sur la souveraineté étatique. Certes, la démarche reste flatteuse pour le juriste à qui il ne viendrait pas forcément à l'esprit de sortir du cadre juridique pour chercher à comprendre le pourquoi des phénomènes, tant il lui suffit, pour remplir sa mission, d'appréhender l'état du droit tel qu'il est présentement. Autrement dit, le droit international étant un ordre interétatique privilégiant les moyens spécifiques de production et d'application des normes, il s'agit de reconnaître l'existence d'une rupture entre ces normes

---

<sup>1082</sup> v. M., IOVANE, «*La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement*», R.G.D.I.P. 2008-3, p. 465-519.

<sup>1083</sup> v. notre analyse au chapitre 5 précédent.

formelles et les réalités socio-politiques. Cela permettra ensuite d'opérer des changements d'approche nécessaires à la compréhension de l'interaction entre ces normes et les intérêts qui sont sous leur emprise. L'objectif est de parvenir à définir de nouveaux axes de validation de la norme juridique afin de maintenir constante la dynamique de réveil et d'adaptation du droit, en l'occurrence le droit international des investissements.

#### **a- Les implications du transnationalisme sur la souveraineté étatique**

Ces implications tirent leur justification du fait qu'aujourd'hui, l'humanité est en proie à un bouleversement, à des transformations qui sont de nature à réhabiliter la thèse d'une déconstruction de l'État et nous obligent à admettre des limitations à la souveraineté étatique.

#### **i)- Les considérations relatives à l'abandon du stato-centrisme**

D'entrée, il faut observer que selon les théories politiques, chaque dogme ayant son histoire et ses événements fondateurs, «les systèmes politiques ne sont [...] souverains ni par principe, ni par nécessité»<sup>1084</sup>. Par conséquent, la souveraineté des États relève d'une fiction dogmatique. En tant que telle, elle a été forgée par l'histoire et les événements ayant marqué la vie internationale. Aussi, se doit-on de remarquer que «l'État souverain, acteur exclusif des relations internationales – sans principe antérieur qui pourrait le nuancer, l'amender ou le surveiller»<sup>1085</sup> ne peut perdurer. Cette conjecture marque chez les internationalistes contemporains<sup>1086</sup> le début d'une remise en cause du postulat «stato-centré»

---

<sup>1084</sup> B., BADIE, *Supra* n° 320 à la p. 7.

<sup>1085</sup> Ibid. p. 19.

<sup>1086</sup> Voir notamment les travaux de K., KAISER, «La politique transnationale. Vers une théorie de la politique multinationale», dans P., BRAILLARD, *Théories des relations internationales*, Paris, PUF, 1977, p. 222-247; B., BADIE, *ibid.*; B., BADIE et M.-C., SMOUTS, *Le retournement du monde, Sociologie de la scène internationale* Presses de

selon lequel l'État unitaire, incarné dans le pouvoir exécutif, est le seul acteur sur la scène internationale. Que ce soit chez Badie, Battistella, Kaiser, Smouts, ou que ce soit chez les auteurs anglo-saxons<sup>1087</sup>, le point de départ est le même : il faut rompre avec la tradition du «stato-centrisme» pour se concentrer sur les relations transnationales – c'est-à-dire,

[...] toute relation qui, par volonté délibérée ou par destination, se construit dans l'espace mondial au-delà du cadre étatique national et qui se réalise en échappant au moins partiellement au contrôle et à l'action médiatrice des États<sup>1088</sup>.

Une telle relation intègrerait l'ensemble des mouvements transfrontaliers de biens tangibles ou intangibles mettant aux prises, des acteurs dont l'un au moins n'est de nature ni gouvernementale, ni inter-gouvernementale<sup>1089</sup>. Cela prend également en compte, l'information, les flux financiers, le transport des biens physiques et la circulation des personnes et des idées<sup>1090</sup>. Ces différents éléments exercent une contrainte sur les États qui vont devoir apprendre à composer avec d'autres acteurs internationaux. Si donc nous voulons accéder à une bonne compréhension des relations d'investissements dans un contexte de mondialisation, une étude des effets réciproques entre relations transnationales et systèmes inter-étatiques est indispensable. Or, ces effets réciproques ne sont pas pris en compte par le paradigme «stato-centré» qui, par déduction, fournit une base inadéquate pour l'étude des relations économiques en changement<sup>1091</sup>. D'où la nécessité de passer au paradigme de la «société mondiale», tel que le proposait Burton<sup>1092</sup>.

---

Sciences Po., Paris, 1999 (3<sup>e</sup> éd.); D., BATTISTELLA, *Théorie des relations internationales*, Paris, Presses des Sciences Po., 2009; R., KEOHANE et J., NYE (eds) «Transnational Relations and World Politics», *International Organization*, vol. 25, n° 3 (numéro spécial), 1971, p. 329-349.

<sup>1087</sup> KEOHANE et NYE, *ibid.*

<sup>1088</sup> BADIE et SMOUTS, *Supra* n° 1086, p. 66.

<sup>1089</sup> *Ibid.*

<sup>1090</sup> *Ibid.*

<sup>1091</sup> *Ibid.*

<sup>1092</sup> J., BURTON, *World society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

Même s'il faudrait reconnaître que la plupart des auteurs qui remettent en cause le «super-étatisme» finissent par accorder *in fine* une prime à l'État par rapport aux acteurs non étatiques, c'est probablement chez Burton suivi de près par Deutsch<sup>1093</sup> que l'on retrouve l'argument fondateur d'une remise en question effective du «stato-centrisme». Selon ces auteurs, pour qui le principal facteur structurant de la «société mondiale» serait la communication - et non la puissance - l'interdépendance des États est devenue inéluctable, provoquée par l'augmentation des transactions de toutes sortes<sup>1094</sup>.

Une confirmation de cet précepte est la thèse de Rosenau<sup>1095</sup> dont le modèle de la «turbulence» met l'accent sur l'intensification des relations sociales planétaires, rapprochant à tel point tant des endroits éloignés que des événements locaux, qui eux, sont influencés par des faits survenus à des milliers de kilomètres et vice-versa. Rosenau recentre ainsi le débat sur l'importance et le rôle de l'individu dans le processus de prise de décision politique et sur l'avènement d'acteurs collectifs non étatiques – suite notamment au déclin progressif de la capacité de l'État à satisfaire les demandes des citoyens. L'auteur prend principalement appui sur le fait que les paramètres régulateurs qui organisaient depuis 1648 le système inter-étatique Westphalien sont aujourd'hui affectés par l'«impuissance» de l'État<sup>1096</sup>. Selon lui, le système international n'étant plus exclusivement inter-étatique, cela ouvre le champ à de nouveaux acteurs.<sup>1097</sup> La volonté individuelle des citoyens est de plus exprimée à travers l'engagement sur la scène internationale d'individus prêts à s'engager au sein de collectifs d'appartenance non étatiques. Qu'il s'agisse d'ONG qui sont engagées

---

<sup>1093</sup> K., DEUTSCH, *The Analysis of International Relation*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, [1968] 1988.

<sup>1094</sup> v. BURTON, *Supra* n° 1092 à la p. 45; DEUTSCH, *ibid.*, p. IX.

<sup>1095</sup> J., ROSENAU, *Turbulence in world politics a theory of change and continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

<sup>1096</sup> *Ibid.*; v. également B., BADIE, *L'impuissance de la puissance. Essai sur les nouvelles relations internationales*, CNRS Éd., Paris 2013.

<sup>1097</sup> *Ibid.*

dans la défense des problèmes globaux de l'humanité ou d'organisations de type identitaire, on assiste aujourd'hui à un double mouvement d'intégration et de fragmentation des souverainetés étatiques; un mouvement de globalisation et de localisation d'acteurs sous la forme, à la fois, de réseaux autonomes et d'institutions étatiques ou non étatiques<sup>1098</sup>. Cette apparition de nouveaux acteurs internationaux influence considérablement la structure même de l'État ainsi que la balance des intérêts entre les parties engagées dans une relation économique internationale.

## ii)- Des limitations à la souveraineté de l'État

Du côté de la doctrine juridique, jamais la critique n'a été aussi incisive que cela semble être le cas contre la souveraineté. Dénoncée dans un premier temps par des publicistes, le discrédit de la souveraineté, comme jadis sa formule absolutiste, n'a pas tardé à passer du droit public au droit international. Historiquement<sup>1099</sup>, elle a été conçue pour traduire les relations de supériorité/infériorité entre le chef et ses sujets dans l'ordre interne d'une collectivité politique. Puis, au XVIe siècle, de l'ordre interne, elle a été appliquée à l'ordre international. Ainsi, maître absolu chez lui, l'État a été considéré comme investi à l'extérieur de la plénitude du pouvoir. L'expression «souverain» était devenue synonyme de roi, monarque, chef absolu. Selon cette conception, l'État ne pouvait subir dans la vie internationale d'autres restrictions que celles de son bon vouloir. Sa souveraineté était absolue et son indépendance entière.

Toutefois, prise dans son sens absolu, celle-ci va marquer un mouvement de recul. Elle est d'abord dénoncée comme un dogme

---

<sup>1098</sup> v. dans le même sens B., BADIE, *Supra* n° 320.

<sup>1099</sup> La notion de la souveraineté a été pendant longtemps le point cardinal de la doctrine dominante en droit international. Aux ouvrages cités dans nos notes précédentes, on peut ajouter v. D., J., HILL, « Legal limitation upon the initiation of military action », 19 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 95, 1925; DUGUIT, *Supra* n° 71; DUPUIS, *Supra* n° 440; L. Le Fur, *Supra* n° 440; J., W., GARNER, *Supra* n° 437; N., POLITIS, *Supra* n° 324, p. 10 et s.

«inadmissible»<sup>1100</sup> à l'intérieur duquel l'État n'est plus considéré comme investi d'un pouvoir absolu, mais comme chargé d'une mission sociale qu'il doit remplir d'après des règles établies<sup>1101</sup>. À cela s'ajoute une série d'objections condamnant irrémédiablement la notion: son «incompatibilité» avec le droit ou avec l'existence d'une «communauté juridique internationale», son «inconsistance» et sa «contradiction» par rapport à la conception moderne de la gouvernance, son aboutissement à l'«individualisme national» et à «l'anarchie»<sup>1102</sup>.

La critique a ensuite gagné le terrain de la pratique. On a alors invoqué - outre l'abandon progressif de l'irresponsabilité de la puissance publique de l'État<sup>1103</sup> - des considérations dont certaines ont l'apparence d'une solidité à toute épreuve :

La souveraineté a permis de donner des apparences de justification à toutes les prétentions arbitraires des gouvernements. Elle leur a fourni des prétextes pour leur intransigeance, leur ambition, leur impérialisme. Elle les a poussés à des guerres et à des conquêtes. Elle les a arrêtés sur la voie du progrès, en leur voilant *l'intérêt général* qui conditionne leur *intérêt particulier*, en les empêchant de comprendre plus tôt que, pour être vivifiés, leurs droits doivent être accompagnés de devoirs allant, au-delà de la formule négative du respect, jusqu'à l'assistance et à la solidarité. Elle les a rendus méfiants ou hostiles contre les innovations et les essais d'organisation internationale. En mettant constamment en éveil les susceptibilités nationales, elle a empêché des discussions de s'engager et des ententes nécessaires ou désirables d'aboutir<sup>1104</sup>.

Malgré sa vigueur et sa perspicacité, la fronde doctrinale a été suivie d'une résistance particulièrement perceptible chez Vattel<sup>1105</sup> et chez ceux qui, se focalisant sur l'«absolue» de la souveraineté, ont proposé de la

---

<sup>1100</sup> L., DUGUIT, *Supra* n° 71 à la p. 438.

<sup>1101</sup> v. D., J., HILL, *Supra* n° 1099, p. 95-102.

<sup>1102</sup> v. J., W., GARNER, *Supra* n° 437 à la p. 37 et 54; D., J., HILL, *Supra* n° 1099; A., De LAPRADELLE, *Supra* n° 262 aux p. 339-340; L., DUGUIT, *Supra* n° 71 aux p. 438, 555, 565; J., KELSEN, *Supra* n° 71 aux p. 38 et 267; DUPUIS, *Supra* n° 440, p. 479 et s.; J., RASTON, *Le droit international de la démocratie*, Paris, 1923, p. 173.

<sup>1103</sup> Aux opinions émises dans la note précédente, il faut ajouter celles très nombreuses développées par POLITIS, *Supra* n° 324, pp. 10-23 et plus spéc. p. 16-17.

<sup>1104</sup> *Ibid.*, p. 20 (Italique ajoutée).

<sup>1105</sup> VATTEL, *Le droit des Gens*, *Supra* n° 84.

modérer par diverses réserves et restrictions<sup>1106</sup>; cela, grâce notamment à des obligations créées par le droit international, ou à travers l'épurement des excès et des exagérations qui pervertissent la notion, sa reformulation dans des termes compatibles avec la pratique internationale, et même sa substitution par le terme d'«indépendance»<sup>1107</sup>.

Au total, la doctrine a d'abord voulu confronter la notion en proposant de la débarrasser des dogmes et des fictions, avant finalement de s'apercevoir que «ce qu'on appelle liberté pour les personnes, on l'appelle souveraineté pour les nations»<sup>1108</sup>. Sur cette base, on a pu déduire que «Les devoirs et les droits des États sont tout simplement les devoirs et les droits des hommes qui les composent»<sup>1109</sup>. Ainsi, malgré la vague d'absolutisme qui a longtemps prévalu, le parallèle anciennement établi par Grotius et ses précurseurs entre souveraineté étatique et libertés individuelles<sup>1110</sup> a, non seulement repris vie, mais également l'idée a pu s'imposer, confortée par les manifestations sociales du droit dont les juristes ne peuvent plus détourner leur attention<sup>1111</sup>. L'analyse du droit conventionnel confirme d'ailleurs ce constat par une démonstration

---

<sup>1106</sup> v. J., W., GARNER, *Supra* n° 437 à la p. 37; DUPUIS, *Supra* n° 440 aux p. 484 et s.; N., POLITIS, *Supra* n° 324 à la p. 21.

<sup>1107</sup> Bien entendu, cette proposition demeure l'une des plus radicales. Elle a valeur à son auteur une critique d'autant plus intéressante qu'elle émane d'un juriste soviétique : «Cette conception affirme que la souveraineté est incompatible avec la coopération internationale, alors que la coopération normale comporte le développement des relations politiques et économiques entre des États égaux en droit, ainsi que le respect mutuel de leur souveraineté nationale» (S. B., KRYLOV, *Les notions principales du droit des gens : La doctrine soviétique du droit international*, RCADI, 1947, I, p. 451-452).

<sup>1108</sup> G., TARDE, *Les transformations du droit. Étude sociologique*, Préface de la 2e édition par Gabriel Tarde, Originellement publié en mai 1891. Reproduction de la 2e édition, 1891. Paris : Berg International Éditeurs, 1994, p. 163 (pour l'édition complétée le 15 juin 2003 à Chicoutimi, Québec, v. p. 109).

<sup>1109</sup> J., WESTLAKE, *Chapters of the principles of international law*, Cambridge University Press, 1894, p. 78.

<sup>1110</sup> v. A., PILLET, « Recherche sur les droits des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *R.G.D.I.P.*, 1898, p. 80-81.

<sup>1111</sup> La vie internationale a été marquée par la prise de conscience dans la plupart des domaines, de l'existence de la solidarité internationale et d'un intérêt commun à la défendre » (v. P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 60 ; N., POLITIS, *Supra* n° 324 à la p. 7).

devenue classique: « par souveraineté, on entend une certaine compétence particulière possédée par les États sur la base du droit international »<sup>1112</sup>. Ainsi comprise, la souveraineté, est une notion évolutive, contingente et dont la valeur dépend aussi bien des circonstances que de l'état du droit. Elle comporte dès lors des limitations multiples et variables<sup>1113</sup>. De ces limitations à la souveraineté, découle une nouvelle conception du droit international. Le droit international devient le droit de tous les rapports, qu'ils soient publics ou privés, internes ou internationaux, et avec pour but l'homme.

#### **b.- Une nouvelle conception du droit international consacrant l'existence des intérêts communs et leur prise en compte général**

Si l'on admet qu'il existe un noyau du droit international classique dont le contenu consiste essentiellement dans la protection des *intérêts* entre États - espaces, biens, organes, individus et les symboles sur lesquels s'exercent leurs souverainetés - il faut également reconnaître qu'au-delà des *intérêts* étatiques, le droit international vise également la satisfaction de ces besoins individuels dans l'*intérêt* de l'humanité dans son ensemble. Le droit international resterait ainsi dans son plus beau rôle tant que les États ne se mettraient pas d'accord pour rendre inefficaces des normes de protection d'*intérêts communs* qu'ils avaient eux-mêmes formellement adoptées, tels que des traités relatifs à l'environnement, la santé, la sécurité, le développement économique international<sup>1114</sup>. On pourra alors le circonscrire en termes de contenu, de destinataire ou de but:

[...] le droit international se compose d'impératifs s'adressant aux individus, qui ont pour fondement la solidarité existant entre eux ou si l'on préfère, la connaissance qu'ils ont à un moment donné de cette solidarité. Il contient un certain nombre d'impératifs qui s'adressent spécialement, mais non exclusivement, aux gouvernants, parce que, détenteurs de la

---

<sup>1112</sup> v. N., POLITIS, *Supra* n° 324 à la p. 21.

<sup>1113</sup> Ibid.

<sup>1114</sup> v. M., IOVANE, *Supra* n° 1082 à la p. 469.



plus grande force, il leurs appartient de formuler et de sanctionner, de créer, d'organiser, de diriger les services publics<sup>1115</sup>.

Cette conception marque à la fois un mouvement de recul et de transformation qui, ici, met en relief la corrélation entre la souveraineté étatique et la place souvent reconnue à l'individu. Il faut rappeler que dans son essence même, le volontarisme juridique pose comme principe fondamental qu'une norme de droit international n'oblige un État que si ce dernier l'a spécifiquement reconnue et acceptée. Ce qui rend impossible l'émergence d'un ordre international qui soit valable *erga omnes*. Dans l'affaire du *Lotus*, la Cour permanente de justice internationale a fait écho de ce *credo* en proclamant que les limitations de la souveraineté de l'État ne se présument pas et que les règles de droit international procèdent de la volonté des États<sup>1116</sup>. Éminemment défavorable à l'émergence d'un ordre juridique international supérieur aux États, cette thèse implique que tout État peut demeurer à l'écart de tout système conventionnel en faisant valoir ses *intérêts* souverains<sup>1117</sup>.

Dans la dialectique entre souveraineté étatique et espace privé, on remarquera que ce sont toujours les États qui, en dernière analyse, décident ou non de reconnaître les individus comme sujets dérivés de l'ordre juridique international<sup>1118</sup>. Autrement dit, il a fallu attendre plusieurs années pour qu'après moult confrontations entre les résistances doctrinales et la force des faits, le chemin soit considérablement réduit - qui restait à parcourir pour voir reconnu aux *intérêts* de l'homme un titre direct à l'application du droit international<sup>1119</sup>. Cela étant, la perspective peut paraître davantage limitée avec des objections parfois surprenantes

---

<sup>1115</sup> L., DUGUIT, *Supra* n° 71 à la p. 559.

<sup>1116</sup> *Lotus*, *Supra* n° 101.

<sup>1117</sup> v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *Supra* n° 23, p. 45 et s.

<sup>1118</sup> v. J.-M., ARBOUR et G., PARENT, *ibid.*, à la p. 2 et s.; v. P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 594 et s.

<sup>1119</sup> Sur l'ensemble de la question, v. Ch.-E, CÔTÉ, *Supra* n° 20, aux p. 115 et s.; G., DIENA, «L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit international», dans la *RGDIP*, 1909, p. 57-76; POLITIS, *Supra* n° 324 à la p. 8, note 4; P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 aux p. 643-728.

qui prétendent réfuter toute idée de transformation - aussi bien qualitative que quantitative - du droit international: «Le droit international s'intéresse à de nouveaux problèmes, réglemente des matières jadis abandonnées à la liberté des États, mais il n'y a aucune raison d'en déduire une transformation fondamentale du droit»<sup>1120</sup>. Ces explications seraient tenues pour inacceptables, si elles ne s'accordaient pas avec l'idée d'une communauté juridique internationale. Certes, les notions de coopération, d'interdépendance et de souveraineté ne sont pas incompatibles<sup>1121</sup>. Certes, juridiquement encore, les États demeurent souverains et indépendants en droit<sup>1122</sup>. Mais, ce serait nier l'évidence que d'en déduire une fixation d'état pour le droit international, notamment en ce qui concerne les règles en matière de coopération et d'interdépendance. De plus en plus nombreuses, ces règles enrichissent, confortent, influencent l'évolution du droit international et le transforment. Le professeur Bourquin entrevoit la source de cette transformation dans le fait que le droit international s'attache de plus en plus aux questions sociales et économiques<sup>1123</sup>. Le phénomène social contemporain n'étant plus l'isolement des nations mais l'extension et la multiplicité croissante des relations internationales, il convient pour mieux l'appréhender de l'inscrire dans une approche plus globale. Tel que souligné plus haut, dans cet espace élargi, la frontière entre *intérêt public* et *intérêt privé* devient de plus en plus indistincte et on assiste à une « prise de conscience dans presque tous les domaines de l'existence des intérêts communs »<sup>1124</sup>. Le rapport qui s'instaure entre l'État et les particuliers tend alors à se reproduire au niveau des normes internationales. Au plan international également, on retrouve «[...]», la même confrontation qui existe dans les ordres juridiques internes entre

---

<sup>1120</sup> J. D., ROULET, *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Éd. De la BACONNIÈRE, Neuchâtel, 1958, p. 78.

<sup>1121</sup> Ibid.

<sup>1122</sup> Ibid.

<sup>1123</sup> v. BOURQUIN, «Pouvoir scientifique et droit international», *R.C.A.D.I.*, vol 70, 1947, I, p. 361; voir également De LAPRADELLE, *Supra* n° 319 à la p. 338.

<sup>1124</sup> v. P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 à la p. 60.

les individus et l'organisation étatique»<sup>1125</sup>. Le droit international s'ouvre alors à une pratique que connaissait depuis longtemps le droit interne, à savoir l'interaction entre les institutions publiques et les particuliers dans la protection des valeurs fondamentales de l'homme, telles que la santé et l'environnement<sup>1126</sup>. C'est l'étape de la consécration de la solidarité internationale dans l'ordre juridique international avec comme facteur d'accélération l'entrée sur la scène internationale de la société civile. Sa participation à l'élaboration et à l'application du droit international complète ainsi le tableau sur le plan de la capacité juridique internationale après celles de l'individu et des organisations internationales<sup>1127</sup>.

L'évolution des rapports entre particuliers et sujets classiques du droit international, celle relative au « dogme » de la souveraineté ainsi que la transformation subséquente du droit international, bref, les implications du « transnationalisme » sur les relations internationales en générale, ont eu pour conséquence d'apporter une certaine restriction aux libertés publiques et une plus grande attention à la sauvegarde des *intérêts communs*.

---

<sup>1125</sup> v. M., IOVANE, *Supra* n° 1082 à la p. 466.

<sup>1126</sup> Ibid.

<sup>1127</sup> v. P. DAILLIER et A. PELLET, *Supra* n° 19 aux p. 643-728.

### c.- Le principe *Salus publica suprema lex*

Comme on a pu le constater, le droit international se développe et s'enrichit de nouvelles considérations au fur et à mesure que les relations internationales s'amplifient : «Plus la civilisation se développe et moins les peuples sont libres. Pour eux comme pour les individus, civilisation et liberté sont en raison inverse l'une de l'autre»<sup>1128</sup>. De plus, avec la complexité de la vie internationale et l'interdépendance toujours plus étroite qui en résulte sous le rapport économique, moral, voire politique, l'idée même de liberté se transforme<sup>1129</sup>. À une conception négative de l'activité humaine se substitue une conception positive qui est celle de la solidarité<sup>1130</sup>. Les libertés des États tout comme celles des individus rencontrent par conséquent de multiples limitations. Toutefois, en tenant compte de l'état actuel du droit international, l'on se doit de constater qu'il y a certaines activités de l'État qui n'ont pas encore été formellement limitées. Par conséquent, les libertés - particulièrement celles des États - comportent deux domaines : l'un où elles sont limitées et l'autre où elles ne le sont pas<sup>1131</sup>.

Si aucun problème ne semble en apparence se poser dans le premier cas, l'hypothèse des libertés non réglementées pose en soi un problème de fond, notamment en ce qui concerne la survie des libertés réglementées: comment résoudre les conflits manifestes entre deux *intérêts* dont l'un est particulier et l'autre *général*. Lorsqu'on prend en considération les spécificités du *contentieux d'investissement relatif à l'environnement*, un examen d'ensemble de la pratique internationale - comme certains l'auraient suggéré<sup>1132</sup> - ne risque-t-il pas de déboucher sur une équation qui elle-même serait difficile à résoudre.

---

<sup>1128</sup> v. A., PILLET, *Supra* n° 1110 à la p. 88.

<sup>1129</sup> Ibid.

<sup>1130</sup> Ibid.

<sup>1131</sup> v. dans le même sens, N., POLITIS, *Supra* n° 324 à la p. 22.

<sup>1132</sup> v. M., IOVANE, *Supra* n° 1082 à la p. 466.

Ayant entrevue la question sous l'angle de l'égoïsme de l'État, Herbert Kraus proposait de la solutionner en rappelant le principe *Salus publica suprema lex* qu'il définit à la fois comme l'ancre et la barrière de l'activité étatique :

Aujourd'hui que nous vivons sous le signe de ce qu'on appelle l'État de culture ou civilisé, le concept de salut public recommence à s'étendre et, sous le signe modifié d'une activité favorable à la civilisation, l'évolution présente, décrivant une courbe régressive, nous ramène manifestement aux tendances de l'État policier et notre existence individuelle doit s'effacer à nouveau et toujours davantage devant le bien commun. Le domaine de la liberté de chacun se rétrécit à nouveau toujours un peu plus et cela non seulement dans la mesure où l'activité de la vie individuelle apparaît dangereuse à la collectivité, mais encore dans la mesure où l'État moderne recommence à vouloir favoriser par la contrainte le bien et le bonheur de ses ressortissants<sup>1133</sup>.

Toutefois, recommande l'auteur, nous ne serons justifiés à considérer la poursuite par l'État du *salut public* comme légitime qu'aussi longtemps que la mesure est prise dans *l'intérêt général*<sup>1134</sup>. En cela, la réponse de Kraus apparaît à la fois «fondatrice» pour la doctrine de l'expropriation en droit international qu'elle préfigure la confrontation actuelle entre les règles de protections de l'investissement étranger d'une part et les normes de protection environnementales et socio-sanitaires d'autre part. Elle emporte des conséquences importantes quant à la conformité des engagements internationaux de l'État par rapport à leurs destinations sociale et environnementale<sup>1135</sup>. La souveraineté réglementaire retrouve à cet effet ses lettres de noblesse. Toutefois, le risque d'une dérive totalitaire par rapport aux interférences réglementaires commande de soumettre les règles d'occurrence à un double test de proportionnalité et de « raisonabilité ».

---

<sup>1133</sup> H., KRAUS, *Supra* n° 693 aux p. 475-476.

<sup>1134</sup> *Ibid.*, p. 476.

<sup>1135</sup> v. N., POLITIS, *Supra* n° 324 à la p. 89.

## **7.2.- Applicabilité générale de *l'équilibre des intérêts* aux rapports entre investissement et environnement**

L'aporie de *l'équilibre des intérêts* est d'être une affirmation du principe de la souveraineté réglementaire en même temps que la mesure de celui-ci. Dans un premier temps, cela se traduit par une prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur à travers une hiérarchisation des *intérêts* en présence (8.2.1.). Dans un second temps, l'exigence d'une prise en compte de *l'intérêt général* se concrétise par un test de proportionnalité par rapport aux intérêts lésés des particuliers et se jauge à l'aune de son caractère raisonnable. Il faut à tout prix éviter le péril des *intérêts* particuliers là où s'affirme la souveraineté réglementaire. Plus qu'un simple rappel du contenu normatif de *l'équilibre des intérêts*, il s'agit ici de revenir sur son caractère intrinsèque en droit international des investissements: c'est-à-dire la dialectique entre *l'intérêt général*, la souveraineté réglementaire et le raisonnable (8.2.2.).

### **7.2.1.- *L'équilibre des intérêts* comme une affirmation du principe de la souveraineté réglementaire**

Postuler une hiérarchie entre les intérêts en présence dans une relation d'investissement est sans doute le moyen le moins coûteux pour parvenir à la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur. Il s'agit de réadapter le cadre juridique de l'investissement international – afin d'y faciliter l'intégration des considérations sociale et environnementale. Mais cela consiste en même temps à reconsidérer cette ouverture d'accès à *l'intérêt général* comme étant un impératif, aussi bien pour les parties que pour les tribunaux arbitraux. Or, toute interprétation favorable à l'exercice du pouvoir réglementaire de l'État n'aurait de justification légitime que lorsque le but poursuivi l'est également. Cela revient à établir un rapport entre *l'intérêt général* et ce qui ne l'est pas.

## a- Le caractère impératif de la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur

Historiquement<sup>1136</sup>, la notion d'*intérêt général* s'est construite au milieu du XVI<sup>e</sup> siècle et désigne une finalité d'actions, d'institutions ou de besoins, relatifs ou destinés à une population, une collectivité publique, une communauté locale, nationale ou à la communauté internationale considérée dans son ensemble<sup>1137</sup>. *L'intérêt général* constitue dès lors le fondement de l'action publique, et sert de justification à l'intervention des entités étatiques (nationales, régionales ou internationales) et, plus fréquemment, des organisations de la société civile. Cette pluralité de sources et de destinataires qui caractérise toute initiative d'*intérêt général* invite toutefois à un exercice délicat de distinction de celui-ci d'avec les notions voisines d'*intérêt commun*, d'*intérêt public* ou encore d'*intérêt collectif*.

Alors que *l'intérêt public* concerne la mise en œuvre de *l'intérêt général* à travers le cadre juridique d'un pays, *l'intérêt commun* se rapporte, quant à lui, à une finalité définie comme la résultante de l'ensemble des *intérêts* exprimés par les membres d'une communauté. Il s'agit là d'une conception utilitariste et anglo-saxonne, où *l'intérêt public* est considéré comme un bien commun regroupant les *intérêts* individuels de tous. Cette conception a également prévalu en France avant son remplacement progressif, voulu par les débats de la Révolution française<sup>1138</sup> où *l'intérêt général* sera conçu comme une finalité d'ordre supérieur à la somme des *intérêts* individuels<sup>1139</sup>.

---

<sup>1136</sup> v. J., BROCH, « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, n° 1, janvier-mars 2017, p. 59-86.

<sup>1137</sup> Ibid.

<sup>1138</sup> v. J., BROCH, « L'utilité publique dans l'ancienne France », *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, n° 5 et 6, 2014, p. 179-209.

<sup>1139</sup> Ibid.

La trajectoire des grands ensembles sera toutefois différente, voire moins ambitieuse. Dans l'Europe en construction, qui considère qu'une action est *d'intérêt général* si elle est reconnue comme telle par une puissance publique, la tendance est au remplacement de la notion d'*intérêt public* par celle de l'*intérêt commun*<sup>1140</sup>. Or, dans la mesure où les entités étatiques n'ont plus le monopole de l'action publique, et que les organisations non gouvernementales ont désormais la possibilité d'agir ou d'intervenir dans des actions en justice pour défendre des principes ou des biens *d'intérêt public*, le fait pour une association de recevoir une subvention pour un projet donné constitue une reconnaissance de la contribution de cette action à *l'intérêt général*. Il se pose alors la question de la légitimité de cette action par rapport aux autres membres de la communauté. Par ailleurs, en tant qu'expression de la volonté générale, la référence à *l'intérêt général* varie d'une communauté à une autre et évolue en fonction des besoins sociaux à satisfaire ou des nouveaux enjeux, tel par exemple l'émergence de la question écologique. À l'échelle de la communauté internationale, les « biens publics globaux », la protection de l'environnement sont une illustration de cette volonté et partant, de la notion de *l'intérêt commun* de l'humanité. *L'intérêt général* dépasse à cet égard la sphère de l'action publique interne de l'État pour acquérir une dimension globale, commune et universelle.

En résumé, le but de la distinction entre *l'intérêt général* et ses notions voisines d'une part et entre *l'intérêt général* et les *intérêts particuliers* de l'autre, est d'arriver à réconcilier les *intérêts* en présence. Cela implique qu'il faut faire appel à la capacité des individus à dépasser leurs propres *intérêts* pour former une *communauté d'intérêts*. Le défi

---

<sup>1140</sup> v. *Réflexions sur l'intérêt général, rapport public du Conseil d'État 1999* (France), <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999> (consulté le 08/08/2017).



consiste alors à trouver comment y parvenir sans faire prévaloir l'un sur l'autre et vice-versa.

## **b.- La hiérarchie des intérêts**

Appréhender *l'intérêt général* en droit n'est pas une entreprise facile. En effet, la place que l'on accorde aux droits subjectifs varie en fonction de la conception de *l'intérêt général* à laquelle on adhère et dépend du lien qu'entretient celui-ci avec les accords des parties. Non seulement l'espace aménagé pour ces accords, leur contenu et leur force obligatoire en dépendent, mais encore, cela oblige à spécifier la nature des relations qu'entretiendront désormais les sujets classiques du droit international d'une part et le reste des acteurs du jeu économique international d'autre part. À cela s'ajoute – telle que rappelée ci-dessus - la question de la légitimité de la société civile qui se veut être la gardienne de *l'intérêt général*, ainsi que celle de son rôle croissant dans le mouvement de collectivisation du droit. Par conséquent, il serait hasardeux de vouloir dégager un critère de fond, notamment en ce qui concerne la recherche d'un certain *équilibre* entre les *intérêts* en présence. Il est en revanche possible de procéder à un classement linéaire en vue d'un choix judicieux qui soit conforme aux aspirations légitimes des parties. Autrement dit, c'est le postulat d'une hiérarchisation des intérêts tel qu'envisagé par Politis qui trouve ici son terrain d'élection : lorsque des intérêts particuliers sont en conflit avec *l'intérêt général* de la collectivité, celui-ci l'emporte qui, seul, a qualité pour départager les premiers<sup>1141</sup>. L'auteur invite expressément à considérer que, dans le «spectacle des libertés non règlementées», préférence doit être donnée à celle qui, selon les fonctions exercées, représente *l'intérêt public* le plus considérable<sup>1142</sup>. Cela revient à dire que chaque pesée d'*intérêts* doit nécessairement avoir pour mesure

---

<sup>1141</sup> v. N., POLITIS, *Supra* n° 324, p. 89 et s.

<sup>1142</sup> Ibid.

*l'intérêt général* de la société<sup>1143</sup>. Toutefois, la question demeure à savoir comment apprécier la présomption de fait qui serait ainsi établie en faveur des mesures *d'intérêt général* adoptées par les entités publiques ? Faut-il, dans ces conditions, définir un domaine réservé de l'activité normative de l'État en vue de la protection des *intérêts communs* ? En admettant que ce domaine soit également celui de la réglementation environnementale, à qui reviendrait la charge du paiement des coûts engendrés par une norme d'interférence réglementaire ?

La pertinence de cette question réside notamment dans le fait que même en l'absence de dommage immédiat, les *intérêts* de l'investisseur, ceux de l'État et ceux plus spécifiques relatifs à la protection de l'environnement peuvent se trouver en conflit. Alors, commence une quête de référence qui, ici, se poursuit sur le terrain du contentieux avec la multiplication des interférences réglementaires. La problématique d'une interaction entre les *intérêts* en présence devient persistante et s'alimente d'un nombre incessant d'affaires dont les faits confirment l'existence d'un conflit de rationalité entre deux impératifs de protection – de *l'intérêt particulier* d'une part et de *l'intérêt commun* de l'autre. Une fois de plus, la nécessité de recourir à un mécanisme de référence précis se confirme, laissant sous-jacente, la question de sa source éventuelle. Le défi est réel et appelle désormais à une solution novatrice.

---

<sup>1143</sup> Ibid.

### **7.2.2- L'équilibre des intérêts comme une limitation au principe de la souveraineté réglementaire**

Dans la perspective d'une mise en œuvre efficace de *l'équilibre des intérêts*, il importe de poser quelques balises à la souveraineté réglementaire et par conséquent, à la hiérarchisation des *intérêts*. Non seulement, *l'intérêt particulier* se doit d'être mesuré à l'aune de son utilité sociale et commune, mais ensuite l'impact de cette première balance est lui-même limité par une exigence complémentaire de « proportionnalité raisonnable ». Cette relativité de la souveraineté réglementaire était devenue nécessaire lorsque devant les tribunaux arbitraux, la question s'est posée de savoir comment tracer une ligne de démarcation entre une réglementation qui est normale, non-discriminatoire et qui définit de manière légitime les droits et obligations de l'investisseur d'une part, et, d'autre part, le moment à partir duquel une réglementation devient si exorbitante qu'elle compromet *l'équilibre* des droits et intérêts au point d'ouvrir droit à une compensation<sup>1144</sup>.

Les premiers éléments de réponse ayant été fournis par la doctrine en matière de l'expropriation indirecte, toute démarche éclairée doit partir des positions - tant doctrinales que jurisprudentielles - qui ont marqué le début de la systématisation.

#### **a.- La thèse d'une réglementation exemptée de compensation**

Il faut d'abord s'en référer à Tarde qui, voulant donner une explication rationnelle de « la transformation du droit international » a cru lancer, il y a un peu plus d'un siècle, la boutade qui marqua d'un impact remarquable le débat sur la construction de l'Europe: « [...] Après avoir regardé comme un grand progrès l'expropriation des particuliers pour cause d'utilité publique, on regarderait comme une rétrogradation

---

<sup>1144</sup> Th., WÄLDE & A., KOLO, *Supra* n° 26, p. 825.

l'expropriation d'un État pour cause d'utilité européenne [...]»<sup>1145</sup>. Il faut ensuite préciser qu'à la suite de Grotius<sup>1146</sup>, le droit international contemporain n'a pas tardé à confirmer ce fait en rappelant la règle selon laquelle:

Le respect de la propriété privée et des droits acquis des étrangers fait sans conteste partie des principes généraux admis par le droit des gens [...]. Toutefois, si le droit des gens autorise un État, pour des motifs d'utilité publique, à déroger au principe du respect de la propriété privée des étrangers, c'est à la condition *sine qua non* que les biens expropriés ou réquisitionnés seront équitablement payés le plus rapidement possible <sup>1147</sup>.

Toutefois, autant il est constant qu'en droit international, l'expropriation des particuliers pour cause d'utilité publique demeure la règle<sup>1148</sup>, autant cela semble aujourd'hui difficile de soutenir que toute expropriation ouvre automatiquement droit à une indemnisation compensatoire. Certes, dans un premier temps, la réponse à cette interrogation s'est avérée affirmative<sup>1149</sup>. Seulement, des considérations nouvelles vont s'introduire dans le débat et faire basculer la position des tribunaux arbitraux<sup>1150</sup>. Elle se particularise ensuite avec la sentence *Methanex* avant d'être plus d'une fois confirmée - tant sur le principe<sup>1151</sup> que sur le fond<sup>1152</sup>. La sentence *Saluka* illustre bien cette dichotomie lorsqu'elle affirme que:

---

<sup>1145</sup> G., TARDE, *Supra* n° 11108, p. 110.

<sup>1146</sup> v. H., GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *Supra* n° 4.

<sup>1147</sup> v. *Goldenberg*, *Supra* n° 35, p. 909.

<sup>1148</sup> Ibid.

<sup>1149</sup> Ibid.

<sup>1150</sup> v. notamment, *Emmanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*, sentence du 29 décembre 1989, Iran – Us CTR, vol 23, 1989-II, p. 378; *S.D. Myers*, *Supra* n° 27, § 281, et plus spéc. § 263, 264; *Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, CIRDI/ARB/97/7, 13 novembre 2000, § 90, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf> (consulté le 26 /10/2015); *Tecmed*, *Supra* n° 91, §. 119; *Lauder*, *Supra* n° 1103, § 198; puis en droit américain, *International Bank c. Overseas Private Investment Company (OPIC)*, 8 novembre 1972, *ILM*, vol. 11, 1972, p. 1216.

<sup>1151</sup> v. notamment la sentence *Enron Corporation Ponderosa Assets, L. P. c. Argentine*, ARB/01/3, 22 mai 2007, § 239, (v. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>) (consulté le 26 /10/2015).

<sup>1152</sup> v. *European Media Ventures c. République Tchèque*, sentence du 8 juillet 2009. Dans cette affaire qui a opposé la République tchèque à la société luxembourgeoise European Media Ventures concernant la chaîne TV3, la Cour d'arbitrage de Londres a donné gain de cause à la République tchèque pendant la phase décisive d'une procédure qui a été

It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare<sup>1153</sup>.

Dès lors, l'État n'a plus à supporter le fardeau d'une charge induite par une mesure de protection de *l'intérêt général*. Certes, l'état de la controverse, le caractère éclaté de la doctrine, ne permettait pas - dès le départ - d'affirmer qu'il s'agit là d'une règle de droit international coutumier. Toutefois, des idées nouvelles émergent chaque jour et tendent à corroborer la thèse de la non-compensation. Il convient dès lors de reconsidérer la question en tenant compte non seulement des orientations qui se dégagent de la jurisprudence internationale, mais surtout du contexte dans lequel sont prises les mesures d'expropriation «indirecte». Par le passé individuelles, certaines de ces mesures sont aujourd'hui de portée générale, non discriminatoires, et sont prises dans un but *d'intérêt général*. Il serait alors hasardeux de ne pas tenir compte des anciennes balises dont certaines ont valeur d'autorité :

Il ne suffit pas de savoir qu'il y a privation de la propriété, il faut encore savoir quelle mesure est à l'origine de cette privation. En effet, si toutes les atteintes à la propriété privée se heurtent au principe du respect de la propriété privée des étrangers, il y a des hypothèses dans lesquelles la souveraineté de l'État l'emporte sur le droit de l'individu qui peut être privé de sa propriété sans indemnisations. D'autres fois, le caractère excessif, arbitraire, de mesures qui par elles-mêmes ne donnent pas lieu à l'indemnisation fondera la réclamation. Enfin, d'autres mesures ouvrent dans tous les cas le droit à obtenir réparation pour la privation de la propriété privée<sup>1154</sup>.

---

ouverte en 2005 (v. commentaire IRIS - Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/8/article10.fr.html>) (consulté, le 23/10/2015).

<sup>1153</sup> *Saluka, Supra* n° 422, § 255.

<sup>1154</sup> G., FOUILLOUX, *Supra* n° 446 à la p. 173; I., BROWNLIE, *Principles of Public International Law, Supra* n° 35, p. 532. Il faut souligner le parallèle entre cette thèse et l'article 10, paragraphe § 3(a) du projet de Convention qui a été rédigé à la Harvard Law School en 1961 et qui a été reproduit et annexé au rapport Ago de la Commission de droit international sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission de droit international Rapport Ago de la Commission de droit international sur la responsabilité des États, Annuaire de la Commission de droit international* 1969, vol. II, pp. 147-155; v. également les propositions de l'American Law Institut, in *Third Restatement of Law, the Foreign Relation Law of the United States*, American Law Institut (1987), p. 201, § 712.

Cette thèse - qui fait la synthèse des solutions jusqu'alors proposées - trouve un éloquent défenseur en Gantz qui est l'un des rares auteurs à entrevoir un lien direct entre la mise en application du *principe de précaution* et la question de «l'expropriation rampante»<sup>1155</sup>. L'auteur se démarque ainsi de ses prédécesseurs qui ne s'intéressaient à la question que parce qu'ils y percevaient une nouvelle forme de manifestation du problème de l'expropriation<sup>1156</sup>. Mais, la complexité grandissante du phénomène ainsi que les confrontations qu'il suscite au sein des forums internationaux de règlement de différends ont augmenté son importance. On observe alors que le champ théorique est principalement discuté par deux courants dont les positions font écho dans les sentences arbitrales, à travers d'un côté la théorie de l'*effet*, et de l'autre, la théorie de l'*objet*. On retiendra tout particulièrement les travaux de Dolzer sur ces deux théories dont la première fait de l'effet dommageable sur l'investissement le critère prépondérant de la mesure gouvernementale en cause tandis que la seconde est plutôt axée sur la mesure éligible elle-même et de son auteur en ce qu'il s'agisse de l'intention d'exproprier ou du but d'*intérêt public* poursuivi<sup>1157</sup>.

De toutes les matrices analytiques conçues en vue d'appréhender le phénomène réglementaire, et plus spécialement celles dont la voie d'emprunt est la théorie générale de l'expropriation, on est forcé d'admettre que la thèse de l'*effet unique* a été la plus féconde. Sans cesse relayée par la doctrine<sup>1158</sup> et plusieurs fois invoquée par les entreprises<sup>1159</sup>, la thèse

---

<sup>1155</sup> D. A., GANTZ, *Supra* n° 81 aux p. 728-729.

<sup>1156</sup> v. WAGNER, *Supra* n° 81; SOLOWAY, *Supra* n° 81; LORITZ, *Supra* n° 81.

<sup>1157</sup> v. R., DOLZER, *Supra* n° 37 aux p. 64 et s.

<sup>1158</sup> Aux auteurs cités *Supra* n° 35, il faut ajouter N., RUBINS et S., KINSELLA, *Supra* n° 26, p. 206 et A., HOFFMANN, «Indirect Expropriation», in A., REINISCH, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 151-170.

<sup>1159</sup> Il s'agit notamment d'Azurix et Bayindir dans les causes qui les ont opposées respectivement à l'Argentine et au Pakistan. (v. *Azurix Cop. c. Argentine*, AFF N° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, *ICSID Reports* vol. 14, p. 374, § 276; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S c. Pakistan*, AFF. N° ARB/03/29, sentence

de *l'effet unique* est désormais d'application courante devant les instances de règlement des différends<sup>1160</sup>. Elle suscite cependant de nombreuses critiques. Jugée incompatible avec l'évolution actuelle du droit international, la théorie de *l'effet unique*<sup>1161</sup> a entraîné dans son sillage la thèse des «*police powers*» en ce sens que la seconde comporte les mêmes tares que la première. En effet, si l'application de *l'effet unique* conduit à délaisser les *intérêts* de l'État<sup>1162</sup>, celle des «*police powers*» se traduirait, quant à elle, par l'absence d'une prise en compte des *intérêts* légitimes de l'investisseur<sup>1163</sup>. Il s'en suit un jeu à somme nulle entre les *intérêts* de l'investisseur et ceux de l'État. Or, dans l'un comme dans l'autre cas, la démarche prend appui sur le droit de la responsabilité pour sa réalisation pratique; la thèse de *l'effet unique* consistant à établir la responsabilité de l'État expropriant sur la base uniquement de l'atteinte au droit de propriété, le degré ou le seuil de cette atteinte, sans qu'il soit besoin de tenir compte du caractère de la mesure à l'origine de cette atteinte, de sa finalité ou des circonstances de son adoption<sup>1164</sup>. L'on comprend alors pourquoi la principale objection à cette thèse tire sa justification du principe selon lequel une mesure d'application générale poursuivant un but légitime ne peut engager la responsabilité de l'État<sup>1165</sup>. Quant à

---

du 29 août 2009, p. 124, § 426, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf> ).

<sup>1160</sup> Pour ses applications positives, v. notamment *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, AFF. CIRDI N° ARB/05/07, sentence du 30 juin 2009, p. 41-42, § 134 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf> ; *CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, AFF. CIRDI N° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, *ICSID Reports*, vol. 14, p. 158, § 262, également reproduit dans 44 *ILM* 1205 (2005), § 290; *Compania del Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, § 72, *Supra* n°28.

<sup>1161</sup> De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 24.

<sup>1162</sup> *Ibid.*

<sup>1163</sup> *Ibid.*, p. 26-27 et plus particulièrement p. 465-529.

<sup>1164</sup> Il en est de même de l'«effet redéployé», à la différence toutefois que le critère de l'effet redéployé induit, selon son auteure, une certaine flexibilité dans l'appréciation des éléments constitutifs de l'expropriation indirecte et permet de prendre en compte les réalités économiques de l'investissement. (v. S., NIKIEMA, *Supra* n° 36, p. 279, et plus spec. p. 344 et 345).

<sup>1165</sup> v. A., HOFFMAN, *Supra* n° 1158, p. 165; B., STERN, « In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation », A., Rovine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration*

l'approche basée sur l'exception des *police powers*, elle se traduirait par une prise en compte du caractère de la mesure visée et, subséquemment, par une absence de compensation en cas d'expropriation<sup>1166</sup>. Pour la doctrine, la question s'est alors posée de savoir comment sortir de ce cercle vicieux - où prévaut «le tout ou rien» dans la démarche de protection des *intérêts* en présence et - où chacun essaye de tirer la couverture juridique vers lui. À partir de ce moment, on a proposé de remplacer, si non de compléter, ces deux approches - qui, sans être contradictoires, ont quelque mal à fusionner - par deux autres approches: celle de « l'atteinte normale » et celle d'un régime autonome de protection essentiellement axé sur le critère du raisonnable, respectivement développées par de Nanteuil<sup>1167</sup> et Robert-Cuendet<sup>1168</sup>.

L'ambition manifeste de ces deux approches est de trouver le moyen de réconcilier les différentes positions qui les ont précédées et faire disparaître la logique protectionniste. Pour de Nanteuil, le critère de la nature de l'atteinte portée à l'investissement est à l'origine d'un régime juridique de l'expropriation indirecte pouvant permettre de préserver la liberté normative de l'État<sup>1169</sup>. La démarche exclut toutefois le critère de la mesure raisonnable comme étant un élément déterminant dans la qualification de l'expropriation<sup>1170</sup>. Pour cela, l'auteur propose de le réserver uniquement aux mesures environnementales au risque, selon lui, de ne pas arriver à «assurer un véritable équilibre des droits en présence»<sup>1171</sup>. C'est certainement là une conception approximative de la notion. Selon J.

---

*and Mediation*, La Haye, Kluwer, 2007, p. 45-46; A., NEWCOMBE, *Supra* n° 29, p. 26 et s.; Ph., SANDS, «Searching for Balance: Concluding Remarks», 11 *N.Y.U. Environmental Law Journal* 198, 202 (2002); American Law Institute, *Restate of the Law Third – The Foreign Relations Law of the United States*, *Supra* n°, 1154, p. 196-216, § 712.

<sup>1166</sup> En terme d'application positive, les sentences *Methanex* (*Supra* n° 27, IV, Chap. D) et *Saluka* (*Supra* n° 422, § 255).

<sup>1167</sup> A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36.

<sup>1168</sup> S., ROBERT-CUENDET, *Supra* n° 36.

<sup>1169</sup> A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36, aux p. 31-32.

<sup>1170</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>1171</sup> *Ibid.*



A. Salmon, le raisonnable «qualifie une attitude de souplesse pragmatique et s'oppose à cet égard à l'intransigeance du rationnel»<sup>1172</sup>. Cela nous amène tout naturellement à suggérer quelques ajustements terminologiques.

**b.- Le raisonnable comme une marque de relativité de la souveraineté réglementaire en vue de l'équilibre des intérêts**

Il faut rappeler que c'est lorsqu'il a fallu créer des normes internationales, ou lorsqu'il s'est agi de résoudre des conflits d'intérêts dont on ne voulait pas trop faire ressortir les contradictions, qu'on s'est rendu compte de l'utilité du concept autant pour les sujets de droit international que pour les instances de règlement des différends. La notion du «raisonnable» a en effet joué un rôle considérable dans le contrôle de l'exercice des droits et des finalités proclamées par la règle de droit, ainsi que dans le contrôle de l'exercice de la compétence juridictionnelle des tribunaux. Dans l'affaire *North Atlantic Coast Fisheries*<sup>1173</sup>, la Cour permanente d'arbitrage (CPA) a estimé que la Grande-Bretagne n'avait pas outrepassé son droit de *réglementation raisonnable* des libertés individuelles en matière de pêche prévue par le traité de 1918 qui la liait aux États-Unis:

[... ] Regulations which are (1) appropriate or necessary for the protection and preservation of such fisheries, or (2) desirable or necessary on grounds of public order and morals without unnecessarily interfering with the fishery itself, and in both cases equitable and fair as between local and American fishermen, and not so framed as to give unfairly an advantage to the former over the latter class, are not inconsistent with the obligation to execute the Treaty in good faith, and are therefore reasonable and not in violation of the Treaty<sup>1174</sup>.

---

<sup>1172</sup>J. A., SALMON, «Le concept de raisonnable en droit international public», in *Le droit international: Unité et diversité, Mélanges offerts à Paul REUTER*, A. Pedone, Paris, 1981, p. 448-478.

<sup>1173</sup> *North Atlantic Coast Fisheries*, (GB c. États-Unis), C.P.A., sentence du 7 septembre 1910, RSA, XI.

<sup>1174</sup> Ibid., p. 189.

De même, dans l'affaire du *Lac Lanoux*, il a été rappelé la nécessaire adéquation entre le raisonnable et les principes généraux du droit international dans les termes ci-après:

La méthode de raisonnement qui apparaît dans les développements de la thèse espagnole appelle d'ailleurs une remarque plus générale. La nécessité d'un accord préalable découlerait de toutes les circonstances dans lesquelles les deux Gouvernements sont amenés à tomber d'accord: ainsi, en ce qui concerne les indemnités prévues à l'article 9 de l'Acte additionnel, ainsi même du fait des propositions françaises qui, pour le jeu de garanties, qu'elles prévoient supposeraient un accord du Gouvernement espagnol. Ce raisonnement est en contradiction avec les principes les plus généraux du droit international : il appartient à chaque État d'apprécier, raisonnablement et de bonne foi, les situations et les règles qui le mettent en cause ; son appréciation peut se trouver en contradiction avec celle d'un autre État; dans ce cas, apparaît un différend que les Parties cherchent normalement à résoudre par la négociation, ou bien en se soumettant à l'autorité d'un tiers; mais l'une d'elles n'est jamais obligée de suspendre, du fait du différend, l'exercice de sa compétence, sauf engagement de sa part; en exerçant sa compétence, elle prend le risque de voir sa responsabilité internationale mise en cause s'il est établi qu'elle n'a pas agi dans la limite de ses droits<sup>1175</sup>.

Le raisonnable offre ainsi l'occasion de compléter la règle juridique par des standards divers et se démarque à cet égard par sa capacité à réaliser la congruence entre les intérêts en présence. Autrement dit, en commandant de confronter les moyens aux fins, les comportements aux circonstances, de distinguer entre le discrétionnaire et l'arbitraire, d'enrayer au besoin l'absurde ou le ridicule, elle aboutit finalement à l'établissement d'un *équilibre* entre les droits ou *intérêts* divergents<sup>1176</sup>. Tel, manifestement, est le sens attaché à la notion par les instruments internationaux<sup>1177</sup> et que

---

<sup>1175</sup> *Lac Lanoux* (Espagne c. France), Sentence du 16 novembre 1957, R.S.A. XII, p. 310.

<sup>1176</sup> v. J. A., SALMON, *Supra* n° 1172, p. 452 et plus spéc. p. 470-471.

<sup>1177</sup> v. par exemple l'Art. XXIV, § 12 du GATT, *Supra* n° 337; l'Art. 4 de la *Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental*, (Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1964, vol. 499, p. 311); Art. V, § 2 et VI de la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures du 29 novembre 1969*, (v. *ILM*, 1979, vol. 18, p. 899); Art. I(7) de la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures résultant des de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin du 1<sup>er</sup> mai 1977* (*ILM*, vol. 16, 1977, p. 1450); Art. 3 du *Traité du 7 septembre 1977 sur l'exploitation du canal de Panama* (NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, 1980, vol. 1161, p. 177); ... etc. Pour l'ensemble de ces instruments, v. L., BOISSON DE CHAZOURNES, R., DESGAGNE, C., ROMANO, *Supra* n° 1075, p. 945; v. également, M.,

viennent corroborer les différentes positions qui ont prévalu au fil du temps, d'un forum de règlement des différends à un autre<sup>1178</sup>. On peut dès lors observer avec Salmon que «La notion de raisonnable a ceci de positif qu'elle est une ouverture à la flexibilité, à l'évolution future des contradictions pour limiter l'exercice d'une volonté arbitraire»<sup>1179</sup>.

Certes, une décision rendue ou une mesure prise sur une base raisonnable doit être nécessairement proportionnelle et à chaque fois argumentée avec davantage de circonspection. Mais, ceci ne peut être une tare et doit plutôt être perçu comme une occasion d'expliquer l'«irrationnelle». C'est d'ailleurs pour cette raison qu'à la logique du rationnel qui semble caractériser la démarche basée sur «l'atteinte normale», nous serons tentés de préférer celle du «raisonnable». Autant les

---

PRIEUR et S., DOUMBÉ-BILLÉ, (dir.), *Supra* n° 1075; C., DOMMEN et Ph., CULLET (dir.), *Supra* n° 1075.

<sup>1178</sup> v. à cet effet et selon l'instance de règlement des différends considérée, les affaires ci-après: *Gabcikovo-Nagymaros*, *Supra* n° 356, §. 78, p. 51 ; *Oscar Chin*, (Grande-Bretagne c. Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, *CPJI, Série C*, n° 75, p. 304; *The Home Insurance Co (U.S.A) c. Mexique*, 31 mars 1926, *RSA*, IV, p. 52; *A. H. Francis (GB) c. Mexique*, 15 février 1930, *RSA*, V, p. 100; *Leonor Buckingham (GB) c. Mexique*, 3 août 1931, *RSA*, V, p. 288; *Naomie Russel (USA) c. Mexique*, 24 avril 1931, *RSA*, IV, p. 820; *Lac Lanoux*, *Supra* n° 1175, p. 310; *Cunningham and Thompson and others (GB) c. USA*, 22 décembre 1925, *RSA*, VI, p. 172; *Aff. 61-77, Commission des Communautés européennes c. Irlande*, Ordonnance du 22 mai 1977, *Recueil 1977*, p. 939; *Procureur du Roi c. Benoit et Gustave Dassonville*, arrêt du 11 juillet 1974, *CJCE, Recueil 1974*, p. 837; *Paris c. Conseil des Communautés européennes*, arrêt du 12 octobre 1976, *Recueil 1976*, § 19; v. également les nombreuses affaires citées *Supra* n° 18 pour les arrêts de la CEDH dont notamment *Mellacher*, *Pressos* et *James etc.*; v. enfin les sentences rendues dans le domaine qui nous nous occupe: *Pope & Talbot*, *Supra* n° 420; *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, *Affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3*, sentence du 26 juin 2003, *ICSID Rep.*, vol. 7, § 104-118; *Tecmed*, *Supra* n° 91, § 121-122; *Azurix*, *Supra* n° 1159, § 311; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. Argentine*, (CIRDI, AFF. N° ARB/02/1), sentence du 3 octobre 2006, § 299, 315-316, 443-444, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf> (consulté le 17/07/2018); et plus récemment, *Vivendi c. Argentine II*, CIRDI Affaire No. ARB/03/19, sentence du 9 septembre 2015, § 33, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf> (consulté le 17/11/2015) et pour la décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, *Vivendi c. Argentine II*, CIRDI Affaire No. ARB/03/19, §. 20, 162.

<sup>1179</sup> J. A., SALMON, *Supra* n° 1172, p. 478. La discussion pourrait se poursuivre avec une distinction entre le «raisonnable» et «l'équitable» proposée pas la sentence *Parkerings c. Lituanie*, CIRDI, AFF. N° ARB/05/8, Sentence du 11 septembre 2007, §. 271-274 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>, (consulté le 15/03/2016).

limites théoriques des deux approches sont connues, autant il est difficile de s'y accrocher sans craindre de s'en dessaisir très rapidement au détour d'une nouvelle confrontation entre les *intérêts* légitimes des parties, ou encore, face à la controverse entre les courants progressistes qui se proposent de trouver une réponse à la préoccupation de ménager un espace à *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur. Par conséquent, il est important de ne pas minimiser le fait que ceux qui rejettent la perspective d'intégration de *l'intérêt général* - parce qu'empreinte de particularismes par rapport à la protection de l'environnement - sont également les premiers à reconnaître *in fine* le caractère indéniable de la démarche<sup>1180</sup>. Cela nous amène à envisager la question avec autant de sérénité que nous nous sentons encouragés à inscrire le droit des investissements dans une dynamique autre que celle d'une protection asymétrique des *intérêts*.

Comme nous l'avons si longuement développé dans la première partie de notre analyse, c'est cette préoccupation qui est sous-jacente au développement récent de la branche du droit international, objet de la présente étude. Il ne s'agit pas simplement d'une recherche d'alternative par rapport à une solution déjà éprouvée, mais d'un impératif catégorique qui se résume en la question cruciale de savoir quelle est la norme de référence lorsqu'on cherche à établir un bon *équilibre* entre les *intérêts* en présence dans une relation d'investissement, notamment en cas d'interférences réglementaires.

Le principal, disait Lauterpacht, ce n'est pas d'établir un système bien équilibré de droits et obligations ou de donnant et de recevoir, mais plutôt l'hypothèse d'une obligation absolue vers un *intérêt commun*, perçue comme telle et faisant appel à notre volonté commune à souscrire un

---

<sup>1180</sup> A., De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 529.

engagement de solidarité internationale<sup>1181</sup>. Poser la question de *la norme d'équilibre* revient donc à rechercher la finalité des AII par rapport à la balance des *intérêts* en présence. C'est conformer les engagements internationaux de l'État par rapport à leur destination sociale. Or, dans sa fonction unificatrice, le principe *d'équilibre* vise à établir l'unité des situations juridiques diverses. Si donc il existe une différence entre *l'intérêt général* et *l'intérêt particulier*, entre *l'intérêt public* et *l'intérêt privé*, c'est essentiellement celle de la valeur sociale attachée à cet *intérêt*. Par conséquent, aux préoccupations de fin sociale, s'ajoutent également celle d'une prise en compte du but harmoniste et unificateur de la norme de protection.

En outre, compte tenu de l'état actuel de la question, la préoccupation d'une préservation de *l'intérêt général* implique également que *l'équilibre* soit recherché non pas dans les *intérêts* réciproques, mais dans l'abandon des préférences mutuelles. Le but, est de parvenir à faire de *l'équilibre des intérêts* un principe d'application générale en droit international des investissements à travers le maintien d'un *juste équilibre* entre les exigences de *l'intérêt général* de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu<sup>1182</sup>. En d'autres termes, la quête d'une norme aux sources du droit se présente ici comme la démarche la plus éclairée face aux difficultés d'appréhension de la question. Elle élargit le champ théorique pour l'étendre à des voies jusqu'alors inexplorées : celle de la construction d'un principe référentiel comme solution la plus appropriée, la plus juste qui soit. À cet effet, la contribution de Levesque<sup>1183</sup> nous paraît essentielle : sa démarche consiste à rechercher dans les sources du droit une solution globale au problème de l'expropriation « rampante » en s'appuyant sur les principes

---

<sup>1181</sup> v. *Law of Treaties*, Doc.A/CN.4/63, p. 127, *Rapport de la Commission du droit international sur le droit des traités par Mr. H. LAUTERPACHT, Rapporteur Spécial, Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international*, 1953, vol. II, p. 90-162.

<sup>1182</sup> v. les arrêts cités *Supra* n° 18.

<sup>1183</sup> C., LEVESQUE, *Supra* n° 25.

fondamentaux du droit dont notamment *le principe du juste équilibre*<sup>1184</sup>. Manifestement mue par la volonté de sortir du cadre classique de l'analyse, l'auteure a voulu proposer une approche qui, selon elle, « force un retour aux sources, un retour à des valeurs fondamentales ». Elle permet, dit-elle, « de concilier des principes qui pourraient, autrement, sembler antinomiques »<sup>1185</sup>. Dès lors, pour éviter - lorsque la privation est au centre de l'analyse - de se concentrer uniquement sur l'impact de la mesure sur le propriétaire, et par ricochet sur le pouvoir étatique responsable de l'adoption de la mesure - lorsque le pouvoir de police est au centre de l'analyse - il faut, à travers une combinaison des principes, rechercher *l'équilibre*<sup>1186</sup>. *Le principe d'équilibre* est ici perçu comme un principe médian, un principe de référence, une finalité. L'auteure termine ensuite par un appel à la recherche de certains principes communs en matière de « propriété », révélatrice selon elle d'une « [...] universalité propre à faciliter la résolution du problème de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international »<sup>1187</sup>. Certes, on peut s'étonner de l'accent particulièrement mis sur la notion de « propriété » et le refus catégorique d'intégrer les considérations environnementales alors que l'auteure semble avoir bien identifié le problème comme étant celui de l'expropriation « rampante ». Au demeurant, la voie semble désormais tracée pour sortir la doctrine de son état de cantonnement généralisé à des conceptions étroitement protectrices de l'investisseur étranger. À cet égard, et dans un ordre de recherches où les contributions restent rares, il n'est que juste de reconnaître à Wälde et Kolo le mérite d'avoir été les premiers à prôner une prise en compte, par les juges et arbitres, de *l'équilibre* entre « l'atteinte subie » et « l'objectif poursuivi » :

A subsequent environmental regulation which meets the above tests but which effectively or totally renders the investment/property without any

---

<sup>1184</sup> Ibid., p. 53-54, 58-59, 91.

<sup>1185</sup> Ibid., p. 91.

<sup>1186</sup> Ibid.

<sup>1187</sup> Ibid.

economically beneficial use or imposes on the owner a special sacrifice in favour of the community at large is compensable. In such situations, the regulation may be perfectly legitimate, but the sacrifice should not be borne by the victim, but the community at large. These standards are not the end, but only the beginning of an analysis where balancing of relevant standards is necessary—and some discretion unavoidable<sup>1188</sup>.

Même si, la recherche d'*équilibre* peine encore à devenir une composante maîtresse du débat - notamment devant les tribunaux arbitraux - l'approche basée sur la balance des *intérêts* se confirme et devient quasi-incontournable dès 2012 avec les travaux de la 3<sup>e</sup> Conférence biennale de la *Society of International Economic Law* (SIEL)<sup>1189</sup> et ceux en 2013 du *Grotius Centre for International Legal Studies*<sup>1190</sup>, juste après la publication de la thèse de Radi qui fait de la recherche d'*équilibre* une exigence systémique, à la fois téléologique et fonctionnelle, « apte à conférer une cohérence certaine au droit des investissements »<sup>1191</sup>. Elle sera suivie en janvier 2016 de la publication de Steffen Hindelang et Markus Krajewski sur le *Changement de paradigme dans le droit international des investissements: plus équilibré, moins isolé, de plus en plus diversifié*<sup>1192</sup> et d'une étude plus récente réalisée en 2018 sous la direction de Vadi : « *La proportionnalité, le caractère raisonnable et les normes d'examen dans le droit international des investissements et l'arbitrage* »<sup>1193</sup>.

---

<sup>1188</sup> Th., WÄLDE & A., KOLO, *Supra* n° 26, p. 827.

<sup>1189</sup> v. notamment M., DEVANEY, *Leave it to the Valuation Experts ? : The Remedies Stage of Investment Treaty Arbitration and the Balancing of Public Private interests*, Published by the Society of International Economic Law with the support of the University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law, London, June 19, 2012, (<http://www.ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html>); C., HENCKELS, *Supra* n° 568.

<sup>1190</sup> v. E., de BRABANDERE, T., GAZZINI (eds), *Foreign Investment in the Energy Sector : Balancing Private and Public interests*, Leiden/Boston, MartinusNijhoff Publishers, November 2013.

<sup>1191</sup> v. Y., RADI, *Supra* n° 851, p. 319-336. Il convient également de rappeler la contribution de SORNARAJAH et sa position plutôt discutable selon laquelle, autant la théorie juridique de *l'équilibre des intérêts* ne peut prospérer, autant son statut juridique serait douteux (SORNARAJAH, *Supra* n° 419, p. 348-368).

<sup>1192</sup> v. S., HINDELANG et M., KRAJEWSKI, *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 377 et s.

<sup>1193</sup> v., VADI (dir.), *Supra* n° 801. Il faut également rappeler qu'en marge de cette publication, s'est tenue à Paris une table ronde sur les aspects juridiques de l'équilibre

## Conclusion du Chapitre 7

Au-delà de l'ancrage du principe d'*équilibre* dans le *contentieux d'investissement relatif à l'environnement*, sa systématisation repose en partie sur une conception marginale des conséquences pratiques de l'expropriation indirecte, puisque cela peut finalement se traduire par la non-compensation des pertes subies par l'investisseur. Dès lors, la finalité des mesures de dépossession et la manière dont cela affecte le caractère légal de l'expropriation marquent les débuts de l'opérationnalisation de la dimension évolutive du PGD de *d'équilibre des intérêts* en droit international des investissements. Certes, cette synthèse se réfère davantage aux applications hésitantes des premiers tribunaux arbitraux qu'à une mise en œuvre ferme et sans ambages du principe d'*équilibre*. On peut néanmoins en retenir la fine trame ainsi que les modalités de cette mise en œuvre : son caractère inhérent aux relations d'investissement (où les *intérêts général* et *particulier* sont constamment en conflit), une hiérarchisation des *intérêts* en présence, une prise en compte de *l'intérêt général* admis sur la base d'une limitation à l'exercice de la souveraineté réglementaire. La prise en compte de *l'intérêt général* se traduisant généralement par une extension et/ou une restriction des *intérêts individuels*, il est impératif pour les juges et arbitres des tribunaux internationaux relatifs à l'investissement d'éviter l'écueil d'une surprotection du premier par rapport aux seconds. Le but n'est pas de magnifier *l'intérêt général* au détriment de *l'intérêt particulier*, mais de faire en sorte que les deux soient préservés.

---

(Vers un nouvel équilibre des accords internationaux de commerce et d'investissement) organisée par la branche française de l'International Law Association (ILA), et le Mouvement Européen – Paris, avec la Société d'encouragement pour l'Industrie Nationale, autour de Edouard Bourcieu, Arnaud de Nanteuil, Nathalie Bernusconi.



## Chapitre 8

# L'ÉQUILIBRE DANS LA SANCTION DES OBLIGATIONS PAR LES JUGES ET ARBITRES INTERNATIONAUX : LE CONTENTIEUX DE LA DÉPOSSESSION

Selon que la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* s'organise par le moyen d'une méthode d'interprétation du droit reposant sur le droit ou qu'elle vise à combler les lacunes de celui-ci, ou encore qu'elle conduit le juge ou l'arbitre à écarter une règle de droit pour lui préférer une autre solution, la recherche d'*équilibre* peut être perçue comme étant *infra legem*, *praeter legem*, ou *contra legem*<sup>1194</sup>. Dans le premier cas, la recherche d'*équilibre* constitue une forme d'interprétation du droit faisant appel à des considérations de proportionnalité et/ou du raisonnable tandis que dans le second cas, *l'équilibre* opère en tant que remède à la pauvreté normative du droit dont il sert à combler certaines lacunes<sup>1195</sup>. Quant à l'*équilibre contra legem*, il s'agit, nous semble-t-il, d'une hypothèse excessive qui, tout comme l'*équilibre praeter legem*, ne connaît pas encore d'application positive et dont la mise en œuvre a tout simplement été écartée par la CIJ dans un arrêt majeur relatif à l'affaire du *Différend frontalier*<sup>1196</sup> du 22 décembre 1986. Malgré les avantages théoriques que l'on peut leur reconnaître<sup>1197</sup>, ni l'un ni l'autre ne semblent guère prospérer devant les tribunaux arbitraux d'investissement - comparé à *l'équilibre infra legem*. Toutefois, la consécration de l'*équilibre infra legem* par les instances de règlement des différends (8.1.), est encore dans sa phase de balbutiement (8.2.).

---

<sup>1194</sup> v. J-M., ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23, p. 174-175; P., WEIL, *Supra* n° 70, p. 248-249; Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 1 et s.

<sup>1195</sup> Ibid.

<sup>1196</sup> v. *Différend frontalier*, *Supra* n° 17, § 28, p. 567-568.

<sup>1197</sup> v. notamment l'économie du *Non liquet* en ce qui concerne l'*équilibre praeter legem* (v. J-M., ARBOUR et G. PARENT, *Supra* n° 23, p. 175; Ch., de VISSCHER, *Supra* n° 11, p. 12).

## 8.1.- L'équilibre *infra legem* devant les instances de règlement des différends

Si nous mettons de côté la délimitation des frontières terrestres et maritimes - qui est le champ traditionnel de la CIJ en la matière – pour ne considérer que les mises en œuvre relevant directement de la dépossession de la propriété privée, on constate que les implications pratiques de l'équilibre *infra legem* varient en fonction de nombreux facteurs dont notamment le mode de sa réalisation ainsi que le contexte de cette réalisation. Que celle-ci s'appuie sur le raisonnable ou qu'elle repose sur la proportionnelle, ou les deux, la recherche d'équilibre oscille entre l'hypothèse d'un déclin du principe de la souveraineté règlementaire (8.1.1.) et la perspective d'un retour de balancier en faveur de l'État (8.1.2.).

### 8.1.1.- L'équilibre *infra legem* devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

La consécration jurisprudentielle du *principe d'équilibre* a été la plus importante devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*<sup>1198</sup>, le palmarès du principe devant la CEDH a atteint son point culminant avec plus d'une cinquantaine d'affaires faisant référence au principe du *juste équilibre*<sup>1199</sup>. Dès lors, la recherche d'équilibre en vue de contrôler si des mesures étatiques affectant la propriété privée sont classifiables ou non dans la catégorie des mesures d'expropriation indirectes ou celles de la réglementation se trouve ainsi élargie à un régime de protection différente de celle habituellement offerte par les AII : la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu garantis

---

<sup>1198</sup> *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, *Supra* n° 18, § 73.

<sup>1199</sup> v. l'ensemble des affaires citées *Supra* n° 18.

par l'article 1 du *Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme*<sup>1200</sup>. Selon cette disposition:

Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes<sup>1201</sup>.

Lorsque l'on prend en considération les émulations institutionnelles à l'intérieur de l'Europe ainsi que les confrontations classiques entre les intérêts publics et privés dans les sphères nationales, la balance des intérêts sous le prisme de cette disposition n'est pas sans poser quelques difficultés. Son interprétation a donné lieu à maints rebondissements devant la CEDH, rendant inéluctable la préoccupation de trouver un *juste équilibre* entre les exigences de *l'intérêt général* de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux des citoyens. Les juges ayant eu à se prononcer sur cette problématique à l'occasion de nombreuses affaires, il convient de revenir sur quelques-unes de ces affaires afin de souligner le caractère constant de la caution jurisprudentielle de la CEDH au *principe d'équilibre* en insistant sur les cas les plus récents.

Le premier à cet égard est sans doute l'affaire *Boyadzhieva et Gloria International Limited Eood*<sup>1202</sup> au sujet de la violation alléguée de l'article 1 du protocole n° 1 de la *Convention européenne des droits de l'homme* par l'article 646 (2) de la Loi bulgare sur le commerce alors en vigueur à l'époque des faits et reconnue par le gouvernement comme équivalant à une ingérence dans les « possessions » des requérants. Après avoir

---

<sup>1200</sup> *Premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Supra* n° 436.

<sup>1201</sup> Article 1 du *Premier Protocole additionnel* tel qu'amendé par le *Protocole n° 11*, *ibid.*

<sup>1202</sup> *v. Boyadzhieva et Gloria International Limited Eood c. Bulgarie*, *Supra* n° 18.

confirmé le caractère licite de cette ingérence réalisée selon elle dans un but légitime d'intérêt public, à savoir la protection des intérêts des créanciers de faillite<sup>1203</sup>, la CEDH a tenu à préciser que la question saillante était plutôt celle de savoir si l'ingérence en cause a ébréché le *juste équilibre* entre l'intérêt public et les droits des requérants<sup>1204</sup>. À cette interrogation, la Cour a répondu par l'affirmative - au terme d'une démonstration qui lui a permis de conclure que :

[...] in the circumstances of the present case, that the interference with the applicants' "possessions" failed to strike a fair balance between the public interest and the applicants' rights, and that the applicants were made to bear an excessive and unjustified individual burden<sup>1205</sup>.

Ainsi, c'est sur la base d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts en présence que la Cour a jugé qu'il y a lieu de constater que la législation bulgare - telle qu'appliquée dans les circonstances de l'espèce - a violé le principe du *juste équilibre*<sup>1206</sup>, en faisant supporter aux requérants une charge individuelle, excessive et injustifiée. Certes, il faut rappeler que dans cette affaire, le gouvernement a prétendu que les États devaient être considérés comme bénéficiant d'une marge d'appréciation particulièrement large lorsqu'ils réglementaient des questions telles que la procédure d'insolvabilité, ce qui nécessitait un équilibrage minutieux des intérêts contradictoires des différentes parties et que les requérants étaient supposés assumer « certains risques » lorsqu'ils entreprennent des activités économiques<sup>1207</sup>. L'argumentaire n'est pas anodin puisque qu'il soulève la question de la marge de manœuvre de l'État en matière de réglementation. Celle-ci est actuellement au cœur de la réforme des AII et retient l'attention des commentateurs<sup>1208</sup>. À cet égard, le bémol apporté par la CEDH dans certains arrêts comme celui relatif à l'affaires

---

<sup>1203</sup> Ibid., § 40-42.

<sup>1204</sup> Ibid., § 43.

<sup>1205</sup> Ibid., § 47.

<sup>1206</sup> Ibid., § 48.

<sup>1207</sup> Ibid., § 34.

<sup>1208</sup> v. nos références citées *Supra* n° 778 ainsi que notre analyse au chap. 5 précédent.

*Gauchin*<sup>1209</sup> est particulièrement édifiant puisque qu'il s'agissait pour elle de reconnaître que, compte tenu de la marge d'appréciation des États en la matière, un *juste équilibre* a été ménagé entre les exigences de *l'intérêt général* et la protection du droit au respect des biens du requérant<sup>1210</sup>. À l'origine de l'affaire se trouve une requête dirigée contre la République française et dont deux ressortissants de cet État, MM. René et Olivier Gauchin, ont saisi la Cour le 26 février 2003 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales<sup>1211</sup>. Selon les circonstances de l'espèce, les requérants se plaignaient d'un arrêt de la Cour française de cassation du 18 décembre 2002, qui a, selon eux, violé, d'une part, le droit de propriété du premier requérant, qui se trouve dans l'impossibilité de reprendre possession de ses terres, et, d'autre part, le droit du second requérant à l'exploitation des terres agricole à l'origine du conflit.

Par ailleurs, dans le prolongement de l'affaire *Sporrong*, l'affaire *Fredin*<sup>1212</sup> a été l'une des meilleures illustrations de la mise en œuvre du *principe d'équilibre* sur le triple plan de la légalité, de la finalité et de la proportionnalité. Sur les deux premiers aspects, la Cour a refusé de considérer comme une expropriation le retrait, aux fins de conservation de la nature, d'un permis d'extraction de gravier sur les propriétés qui en bénéficiaient depuis plus d'une dizaine d'années estimant qu'il s'agissait d'un simple contrôle de l'usage des terres - vu que les plaignants avaient gardé leurs droits de propriétés et pouvaient en faire un autre usage en dehors de celui qui était désormais prohibé par la *Naturskyddslagen* (Loi suédoise de 1952 sur la sauvegarde de la nature - plusieurs fois amendée et dont le premier amendement remonte à 1964 avec l'introduction du

---

<sup>1209</sup> v. *Gauchin c. France*, *Supra* n° 18, § 68.

<sup>1210</sup> Ibid., § 68, v. dans le même sens *Mellacher et autres c. Autriche*, *Supra* n° 18, § 48 ; AGOSI, *Supra* n° 18, § 52.

<sup>1211</sup> v. *Gauchin c. France*, *Supra* n° 18, § 1.

<sup>1212</sup> v. *Fredin c. Suède*, *Supra* n° 18, § 51.

paragraphe 48 relatif à l'exigence d'un permis d'exploitation)<sup>1213</sup>. Par conséquent, la Cour n'a pu tenir le retrait incriminé pour inadéquat ou disproportionné<sup>1214</sup>. Elle a ensuite poursuivi avec le troisième aspect (relatif à la proportionnalité) en restituant le substrat du *principe d'équilibre*:

Selon une jurisprudence bien établie, le second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1-2) doit se lire à la lumière du principe consacré par la première phrase de l'article [...]. En conséquence, une mesure d'ingérence doit ménager un "*juste équilibre*" entre les impératifs de *l'intérêt général* et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu [...]. La recherche de pareil *équilibre* se reflète dans la structure de l'article 1 (P1-1) tout entier, donc aussi dans le second alinéa ; il doit exister un rapport *raisonnable de proportionnalité* entre les moyens employés et le but visé [...]. En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l'État une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans *l'intérêt général*, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause [...]<sup>1215</sup>.

En claire, la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* suppose l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre le but poursuivi par la mesure étatique visant la protection de *l'intérêt général*, et la charge imposée aux particuliers généralement victimes de ces mesures. Sans que l'on ne puisse véritablement en tirer une conclusion par rapport au pouvoir réglementaire des pays concernés par ces décisions, il est intéressant de remarquer que ce *credo* de la CEDH connaît désormais un retentissement devant les tribunaux arbitraux relatifs à l'investissement étranger.

---

<sup>1213</sup> Ibid. § 10, 48-50.

<sup>1214</sup> Ibid., § 55.

<sup>1215</sup> Ibid., § 51 [Italiques ajoutées].

### **8.1.2.- *L'équilibre infra legem* devant les tribunaux arbitraux relatifs à l'investissement**

En même temps que cela semble justifier l'accroissement d'un type de recours devant la CEDH, la recherche d'*équilibre* par le moyen de la proportionnalité ou du raisonnable a également connu quelques applications positives devant les tribunaux arbitraux relatifs à l'investissement. Tout en évoquant les références qui ont pu apparaître comme des signes précurseurs à la mise en œuvre du principe d'*équilibre* lors de l'examen d'allégations relatives à la non-discrimination<sup>1216</sup>, nous nous intéresserons aux plus significatives des sentences qui ont été l'occasion pour les tribunaux arbitraux de donner une portée pratique à l'*équilibre des intérêts* en droit international des investissements. En partant de la diversité des cas rencontrés, il est possible d'en arriver à une conclusion partielle notamment en ce qui concerne la juridicité de l'*équilibre des intérêts* à travers la prise en compte de l'*intérêt général* dans le balancier État-investisseur.

#### **a.- Les débuts d'une concrétisation de la mise en œuvre du principe d'*équilibre* par les tribunaux arbitraux**

Nous retiendrons tout particulièrement la sentence relative à l'affaire *Tecmed*<sup>1217</sup> dont on peut dire qu'elle a permis de préparer la voie à une opérationnalisation du principe d'*équilibre des intérêts* en droit international des investissements. Dans cette affaire, le Tribunal arbitral a en effet souscrit au raisonnement de la CEDH selon lequel, une mesure privant une personne de sa propriété doit non seulement poursuivre, tant sur le plan des faits que sur le principe, un but légitime «d'intérêt public», mais il doit aussi exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre

---

<sup>1216</sup> v. notamment *Pop & Talbot*, *Supra* n° 420, § 43-72; *Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. Etats-Unis d'Amérique*, *Supra* n° 1178, § 104-118; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. Argentine*, *Supra* n° 1178, § 190.

<sup>1217</sup> *Tecmed*, *Supra* n° 91, § 122.

les moyens employés et le but poursuivi. *L'équilibre* recherché ne pouvant être considéré comme atteint si la personne concernée a dû supporter «une charge individuelle et excessive». Par conséquent, toute mesure réglementaire doit être à la fois appropriée pour atteindre son but et non disproportionnée<sup>1218</sup>.

Pour un rappel des faits, la requérante Técnicas Medioambientales, Tecmed S.A. est une société commerciale de droit espagnol domiciliée à Madrid, et mère de Tecmed, Técnicas Medioambientales de Mexico, S.A. de C: V. ("Tecmed"), une société de droit mexicain, dont elle détient plus de 99% des actions en même temps qu'elle détient plus de 99% des actions de Cytrar, S.A. DE C.V. (« Cytrar »), société de droit mexicain par laquelle l'investissement à l'origine du différend a été effectué<sup>1219</sup>. La requête d'arbitrage a été déposée auprès du secrétariat du CIRDI conformément au mécanisme supplémentaire et sur le fondement de l'accord de promotion et de protection réciproques des investissements entre l'Espagne et les États-Unis du Mexique. Les prétentions du demandeur sont liées à un investissement en terrains, bâtiments et autres actifs dans le cadre d'une vente aux enchères publique organisée par Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (« Promotora »), une agence municipale décentralisée de la municipalité de Hermosillo, située dans l'État de Sonora, au Mexique. Le but de la vente aux enchères était la vente de biens immobiliers, de bâtiments et d'installations et d'autres actifs liés à «Cytrar», une décharge contrôlée de déchets industriels dangereux. Tecmed était la société adjudicataire, conformément à une résolution adoptée par le conseil d'administration de Promotora le 16 février 1996. Plus tard, le titulaire des droits et obligations de Tecmed dans le cadre de l'appel d'offres est devenue Cytrar, une société organisée par Tecmed à cette fin et pour exécuter les opérations d'enfouissement<sup>1220</sup>. La décharge

---

<sup>1218</sup> Ibid., p. 47.

<sup>1219</sup> Ibid., § 4.

<sup>1220</sup> Ibid., § 35.



a été construite sur un terrain acheté par le gouvernement de l'État de Sonora dans la juridiction de la municipalité de Hermosillo et possédait un permis renouvelable pour une durée de cinq ans à compter du 7 décembre 1988. Le permis a été délivré par le ministère du développement urbain et de l'écologie (SEDUE) du gouvernement fédéral du Mexique à Parques Industriales de Sonora, une agence décentralisée du Gouvernement de l'État de Sonora. La propriété de la décharge a ensuite été transférée à un organisme décentralisé de la municipalité de Hermosillo, le Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo (O.P.D). Pendant cette nouvelle phase, une nouvelle autorisation d'exploitation d'une durée indéterminée avait été accordée le 4 mai 1994 par la division des matières dangereuses, des déchets et des activités de l'Institut national d'écologie du Mexique (INE), un organisme du gouvernement fédéral des États-Unis mexicains relevant du ministère de l'environnement, les ressources naturelles et la pêche (SEMARNAP), qui a annulé l'autorisation précédente, accordée le 7 décembre 1988. L'INE - tant dans le cadre de SEDUE que de son successeur SEMARNAP - est en charge de la politique nationale d'écologie et protection de l'environnement, et est également l'organisme de réglementation sur les questions environnementales<sup>1221</sup>. Lors de la liquidation et de la dissolution de l'agence décentralisée susmentionnée, ordonnée par le gouverneur de l'État de Sonora le 6 juillet 1995, les biens de la décharge sont devenus la propriété du gouvernement de l'État de Sonora. Par la suite, le 27 novembre 1995, grâce à un accord de don conclu entre ce gouvernement et la municipalité de Hermosillo, la propriété a été transférée à Promotora<sup>1222</sup>. Après maintes péripéties, l'INE notifie à Cytrar, qu'en réponse à la demande de changement de nom introduite par Tecmed, une nouvelle autorisation relative à la décharge a été émise en remplacement

---

<sup>1221</sup> Ibid., § 36.

<sup>1222</sup> Ibid., § 37.

de l'ancienne et indiquant le nouveau nom de l'entité. Cette autorisation pouvait alors être prolongée chaque année à la demande du déposant 30 jours avant son expiration jusqu'au 25 novembre 1998, date à laquelle INE a rejeté la demande de renouvellement de l'autorisation d'exploiter la décharge, expirant le 19 novembre 1998, conformément à une décision de l'INE le même jour, par laquelle l'INE a en outre demandé à Cytrar de présenter un programme de fermeture de la décharge<sup>1223</sup>.

La demande d'arbitrage sollicite des dommages et intérêts, y compris une indemnité pour atteinte à la réputation, et des intérêts liés à des dommages prétendument acquis ainsi que, subsidiairement, une restitution en nature par l'octroi de permis lui permettant d'exploiter la décharge jusqu'à la fin de son cycle de vie<sup>1224</sup>. La demanderesse fait en outre valoir une série de violations, aussi bien de la loi mexicaine que du TBI, imputables selon elle au défendeur à cause de son comportement répréhensible (actes ou omissions)<sup>1225</sup>. En résumé, la demanderesse considère que le refus de renouveler le permis d'exploitation de la décharge, contenu dans la résolution de l'INE du 25 novembre 1998, constitue une expropriation de son investissement, sans aucune compensation ou justification, et constitue en outre une violation des articles 3 (1), 3 (2), 4 (1), 4 (5), 5 (1), 5 (2) et 5 (3) du TBI, ainsi qu'une violation de la loi mexicaine. Selon elle, un tel refus irait à l'encontre de ses attentes justifiées quant à la continuité et à la durée de l'investissement réalisé et nuirait au recouvrement des montants investis et au taux de rendement attendu<sup>1226</sup>.

Quant à elle, la défenderesse prétend que le refus du permis est une mesure de contrôle dans un secteur hautement réglementé et qui est très étroitement lié à l'intérêt public. Par conséquent, ce refus viserait

---

<sup>1223</sup> Ibid., § 38.

<sup>1224</sup> Ibid., § 39.

<sup>1225</sup> Ibid., § 40.

<sup>1226</sup> Ibid., § 41.

seulement à décourager certains types de conduite, mais ne vise pas à les pénaliser. La défenderesse rejette à cet effet la prétention de la requérante relative à un traitement discriminatoire et conclut finalement que les autorités municipales, étatiques ou fédérales des États-Unis mexicains n'ont eu aucun comportement - à l'égard de Cytrar, de Tecmed, du requérant, de la décharge ou des investissements du réclamant - qui soit constitutif d'une violation du droit mexicain, du TBI ou du droit international<sup>1227</sup>.

Pour démêler l'écheveau, le Tribunal arbitral va d'abord chercher à s'assurer qu'un *équilibre* est maintenu entre l'exigence de préservation de *l'intérêt général* de la communauté et celle de sa proportionnalité avec les *intérêts* lésés des particuliers<sup>1228</sup>. Sur cette base, il confirme la position de la CEDH en indiquant expressément que :

After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality<sup>1229</sup>.

Certes, concevoir la proportionnalité comme un critère de rationalisation de la définition de l'expropriation peut paraître incongru et revient à confondre le moyen avec le but; cela, d'autant que le Tribunal arbitral avait précédemment pris la précaution de rejeter la prétention visant à exclure les considérations relatives à la protection de l'environnement du champ d'application du TBI à la base du litige<sup>1230</sup>. Il a ensuite poursuivi en rappelant que la déférence due à l'État lorsque celui-ci définit les questions qui affectent sa politique publique ou les intérêts de la société dans son ensemble, ainsi que les actions qui seront mises en œuvre pour protéger

---

<sup>1227</sup> Ibid., § 51.

<sup>1228</sup> Ibid., § 122.

<sup>1229</sup> Ibid., p. 46.

<sup>1230</sup> Ibid., § 121, p. 46.

ces valeurs, n'empêche pas dans le cas d'espèce, d'examiner ces actions pour déterminer si les mesures litigieuses sont raisonnables eu égard à leurs objectifs, à la privation des droits patrimoniaux et à la confiance légitime de ceux qui ont subi cette privation. Ainsi, rappelle le Tribunal arbitral, il doit y avoir un rapport raisonnable de proportionnalité entre la charge ou le poids imposé à l'investisseur étranger et le but visé par toute mesure d'expropriation<sup>1231</sup>.

Dans le même ordre d'idées, la démarche du Tribunal va également s'appuyer sur un point important qu'il emprunte à la CEDH et qu'il dit reconnaître que cela s'applique aux actions de l'État non seulement à sa qualité de législateur mais aussi en sa qualité « d'administrateur ». Il s'agit de l'observation de la Cour de Strasbourg selon laquelle les étrangers sont plus vulnérables à la législation nationale car, contrairement aux nationaux, ils n'auront généralement pas participé à l'élection ou à la désignation de ses auteurs et n'auront pas été consultés lors de son adoption. À cela, s'ajoute le fait que, bien que la prise de possession se doive toujours d'être effectuée dans l'intérêt public, des considérations différentes peuvent s'appliquer aux nationaux et aux non-nationaux et il peut y avoir des raisons légitimes d'imposer aux nationaux une charge d'intérêt public supérieure à celle des non-nationaux<sup>1232</sup>. Cela offre manifestement un surcroît de protection en faveur de l'investisseur étranger et il semblait nécessaire d'en tenir compte dans la transposition du *principe d'équilibre* dans le contentieux d'investissement<sup>1233</sup>. Si toutefois, la proportionnalité comme moyen de rationalisation du *principe d'équilibre* semble ici prospérer, celui de « la raison raisonnable » n'aura pas connu le même sort : le Tribunal arbitral ayant finalement conclu que la mesure ne visait pas un but de protection environnementale<sup>1234</sup>.

---

<sup>1231</sup> Ibid., p. 47.

<sup>1232</sup> Le Tribunal arbitral rappelait ainsi une position de la CEDH dans l'arrêt *James et autres c. Royaume-Uni*, *Supra* n° 18, § 63, p. 24.

<sup>1233</sup> *Tecmed*, *Supra* n° 91, § 122, p. 47.

<sup>1234</sup> Ibid., § 124-132.

**b.- L'équilibre *infra legem* et le test de la prise en compte pratique de l'intérêt général**

De facture différente est la décision relative à l'affaire *Methanex*<sup>1235</sup> qui est une affaire riche d'enseignements et dont les conclusions sont particulièrement intéressantes en ce qui concerne la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* par le moyen du raisonnable. Elle permet en effet d'éprouver sous l'angle de la pratique arbitrale, l'approche d'intégration des considérations sociales et environnementales développée dans les chapitres précédents. Le litige concerne une mesure du gouvernement Californien interdisant l'utilisation d'un additif à essence considéré comme extrêmement polluant et nocif, le MTBE. La requérante avait allégué du fait que cette mesure a été prise afin de promouvoir l'utilisation de l'éthanol, un substitut du MTBE dont le principal producteur aux États-Unis est Archer Daniels Midland (ADM), une société concurrente qui aurait contribué à la caisse électorale du futur gouverneur Davis, dont l'Administration est à l'origine de la mesure. Était au cœur du débat, la question de savoir si une mesure ne visant pas directement un investisseur mais dont celui-ci en subit les effets dommageables peut être considérée comme étant discriminatoire au regard des dispositions de l'ALENA. Après avoir réglé les écueils relatifs à sa propre compétence, le tribunal arbitral a posé dans un précédent controversé intervenu le 3 août 2005, le principe selon lequel la finalité peut bel et bien influencer le caractère légal de l'expropriation en ce sens qu'elle permet d'établir une nette distinction entre les mesures équivalentes à une expropriation et les mesures adoptées dans le cadre de l'exercice du pouvoir souverain de réglementation de l'État en vue de la protection de *l'intérêt général* – en l'occurrence environnemental – et pour lesquelles ne sont requis le

---

<sup>1235</sup> *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, *Supra* n° 27.

paiement d'aucun droit à compensation<sup>1236</sup>. Sur cette base, le Tribunal arbitral a décidé que:

[...] the California ban was made for a public purpose, was non-discriminatory and was accomplished with due process. Hence, Methanex's central claim under Article 1110(1) of expropriation under one of the three forms of action in that provision fails. From the standpoint of international law, the California ban was a lawful regulation and not an expropriation<sup>1237</sup>.

Certes, les implications théoriques de cette décision sont multiples et se doivent d'être reconsidérées dans l'analyse du contentieux en vue d'une conciliation des droits, obligations et intérêts des parties. Mais il s'agit ici d'insister sur le rôle médiateur du *raisonnable* dans la balance des *intérêts* en présence (*l'intérêt général* y compris). Autrement dit, lorsqu'interfèrent les mesures de réglementation relatives à la protection de l'environnement dans le balancier État-investisseur, il ne suffit plus d'arriver à une hiérarchisation entre les *intérêts* en présence. Il faut en plus que cette hiérarchie des intérêts soit *juste et équilibrée*. En tant que critère de réalisation du principe *d'équilibre*, la prise en compte de *l'intérêt général* se doit d'être initialement nécessaire et «absolument» proportionnelle. Selon la sentence *LG&E*<sup>1238</sup>, il faut évaluer le degré d'interférence de la mesure avec le droit de propriété, son impact par rapport aux attentes raisonnables de l'investisseur ainsi que sa durée<sup>1239</sup>, afin de pouvoir réconcilier les *intérêts* en présence<sup>1240</sup>. Aussi, a-t-on pu conclure dans cette affaire:

With respect to the power of the State to adopt its policies, it can generally be said that the State has the right to adopt measures having a social or general welfare purpose. In such a case, the measure must be accepted without any imposition of liability, except in cases where the State's action is obviously disproportionate to the need being addressed. The proportionality to be used when making use of this right was recognized in Tecmed, which observed that "whether such actions or measures are

---

<sup>1236</sup> Ibid., Part IV, Chap. D, § 7.

<sup>1237</sup> Ibid., § 15.

<sup>1238</sup> *LG&E Energy Corp. c. Argentine*, *Supra* n° 1178, § 189.

<sup>1239</sup> Ibid., § 190.

<sup>1240</sup> Ibid., § 189.

proportional to the public interest presumably protected thereby and the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact, has a key role upon deciding the proportionality<sup>1241</sup>.

Manifestement, l'efficacité opérationnelle du *raisonnable* réside ici dans la *proportionnelle* et vice-versa. Il convient toutefois, de ne pas perdre de vue les situations où cela pourrait comporter l'exigence supplémentaire d'établir la preuve de l'existence de *l'intérêt général*. Dans l'affaire *ADC*<sup>1242</sup>, le tribunal arbitral a estimé que l'État n'avait pas démontré le caractère d'«intérêt public» de la mesure litigieuse :

In the Tribunal's opinion, a treaty requirement for "public interest" requires some genuine interest of the public. If mere reference to "public interest" can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met<sup>1243</sup>.

Après cette brève introduction du contentieux arbitral transnational, nous pouvons établir que la juridicité de *l'équilibre des intérêts* trouve sa complétude dans le triptyque « raisonnable, proportionnelle, et *intérêt général* » dont les éléments d'occurrence se précisent et se déterminent tant dans leur application positive que dans leur rejet.

---

<sup>1241</sup> Ibid., § 195.

<sup>1242</sup> *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. Hongrie*, AFF. CIRDI N° ARB/03/16, Sentence du 2 octobre 2006, <http://www.italaw.com/documents/ADCvHungaryAward.pdf> (consulté le 15/03/2016).

<sup>1243</sup> Ibid., §. 432.

## **8.2.- Les balbutiements des tribunaux arbitraux dans la mise en œuvre du principe d'équilibre: entre infirmation et confirmation**

La mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* devant les tribunaux arbitraux navigue entre une confirmation et une infirmation - notamment en ce qui concerne la prise en compte de *l'intérêt général*. Les raisons manifestes de ce manque de constance sont non seulement la faiblesse structurelle de la discipline, mais également, les incohérences et hésitations nombreuses qui caractérisent plus généralement sa mise en œuvre. Cela a pu conduire à une interprétation approximative de certains préceptes clés comme la doctrine des pouvoirs de police et une tendance à en exagérer la portée (8.2.2.). D'un autre côté, on peut constater – en comparant l'issue de certaines affaires, leur appréciation des faits avec la motivation des arbitres<sup>1244</sup> - que la logique du droit transcendant l'a souvent emporté sur la logique du raisonnable, et que les considérations d'une recherche d'équilibre, de justice et d'équité ont parfois été méconnues (8.2.1).

### **8.2.1.- Les difficultés relatives à la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur**

Manifestation première de l'interaction entre investissement et environnement, la prise en compte de *l'intérêt général* est également le premier parmi les moyens de mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* dont la dimension pratique a été rapidement mise en évidence. Son développement a d'abord été constaté au niveau des AII<sup>1245</sup> avant d'être

---

<sup>1244</sup> v. à cet effet, et en ce qui concerne la sentence *Elena (Compania del Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica, Supra n° 28, § 71)*, le contraste entre la sensibilité des membres du tribunal arbitral pour l'unité, la diversité et l'équilibre du droit international d'une part et la motivation de la sentence arbitrale d'autre part (v. P., WEIL, *Supra n° 70*, p. 570 et *Supra n° 68*, p. 5-47; *Law of Treaties, Doc.A/CN.4/63, p. 127, Rapport de la Commission du droit international sur le droit des traités par Mr. H. LAUTERPACHT, Rapporteur Spécial, Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international, Supra n° 1181*, p. 90-162; L. Y., FORTIER, *Supra n° 81*, p. 1 et s.).

<sup>1245</sup> v. les discussions qui précèdent au Chapitre 5 de cette thèse.



plus tard observé devant les tribunaux arbitraux. Toutefois, la doctrine encore hésitante n'a pu saisir à temps cette évolution, prétextant de ce qu'il ne s'agirait là que d'une pratique encore récente<sup>1246</sup> avant finalement de se rendre compte qu'un nouvel axe de connexité était en train de naître pour le droit international des investissements et que celui-ci dispose de ses propres aptitudes à modifier l'échiquier des intérêts en présence<sup>1247</sup>. Redécouvert sous la parure des interférences réglementaires en lien avec la protection de l'environnement, *l'intérêt général* est dès lors apparu comme une composante clé de l'analyse mais dont la prise en compte devant les tribunaux arbitraux demeure controversée. La sentence *Elena*<sup>1248</sup> témoigne de la réticence de certains arbitres à accepter d'emblée la donne environnementale dans l'appréciation *de jure* du contentieux d'investissement.

Pour un rappel des faits, *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A.*, une société par action dont la majorité est détenue par des citoyens américains, s'est vue expropriée en 1978 par un décret écologique du gouvernement costaricain. Santa Elena est une région de plus de 15000 hectares longeant l'Océan pacifique sur plus de 30 Km, regorgeant de rivières, vallées, forêts et montagnes et abritant d'innombrables variétés animales et végétales, dont un grand nombre sont typiques du climat tropical. Bien entendu, le fait que cette région soit indispensable à la survie des espèces animales la rendait d'une grande valeur scientifique. Devant l'instance de règlement des différends, la question s'est posée de savoir si la spécificité environnementale d'une mesure expropriante altère ou non le caractère légal de cette mesure. La réponse du tribunal arbitral est allée

---

<sup>1246</sup> v. les références précitées notamment C., LÉVESQUE, *Supra* n° 25, p. 74; A., De NATEUIL, *Supra* n° 36, p. 466 et s.

<sup>1247</sup> Parmi les premiers travaux entièrement consacrés à cet aspect de la question, v. P., ACCONCI, A., De LUCA, G., SACERDOTI (dir.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2014, 478 pages [9781107279360]; S., El BOUDOUHI, «L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements», *AFDI*, 2005, vol. 51, n°1, p. 542-563 ; W., BEN HAMIDA, *Supra* n° 48 ; v. plus généralement S., ROBERT-CUENDET, *Supra* n° 36.

<sup>1248</sup> *Compania del Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, *Supra* n° 28.

dans le sens d'un rejet de la finalité de la mesure en cause. Selon lui, les mesures d'expropriation à des fins environnementales, même lorsqu'elles découlent d'une obligation internationale, sont similaires à toute autre mesure d'expropriation:

While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference<sup>1249</sup>.

Il n'y a en effet rien à redire sur le point de savoir si l'expropriation est admissible dans son principe pour des motifs d'intérêt public et moyennant une indemnisation équitable. Il faut également admettre que la mesure d'expropriation en elle-même n'était pas en cause, mais le montant que le gouvernement costaricain avait offert en compensation. Cependant, le raisonnement du tribunal arbitral a la tare d'avoir manqué de prise sur la réalité. Considérer qu'une indemnisation reste nécessaire dans le cas de toute expropriation fondée sur des motifs environnementaux<sup>1250</sup>, rend entière la problématique. Faut-il y voir un rejet de la préoccupation d'une prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur ou plutôt le signe d'un essoufflement des raisonnements basés sur une protection asymétrique de l'investissement ? À l'analyse, le tribunal arbitral aurait pu pousser le raisonnement plus loin en faisant valoir le principe de *l'équilibre des intérêts* qui implique à la fois une prise en compte des motifs environnementaux et la préservation des intérêts de l'investisseur et de l'État. Le résultat n'aurait peut-être pas été si différent puisse qu'il s'agit *in fine* d'éviter le péril des intérêts de l'investisseur lésé, en intégrant ceux plus généraux de l'État et de la

---

<sup>1249</sup> Ibid., § 71.

<sup>1250</sup> Ibid.

communauté, dans un ordre de «raisonnable proportionnalité» par rapport aux pertes et dommages subis.

Il faut à cet égard souligner le fait que la sentence *Santa Elena* s'inscrivait dans le sillage de la position antérieurement défendue par le Tribunal irano-américain dans l'affaire *Tippetts*<sup>1251</sup> et que celle-ci se rapproche de l'argumentaire ci-après de la sentence *Metalclad*<sup>1252</sup>:

The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal's finding of a violation of NAFTA Article 1110<sup>1253</sup>.

On se rappelle que cette affaire a opposé Metalclad Corporation au États-Unis du Mexique à propos du refus de permis d'exploitation d'une station d'enfouissement et de traitement de déchets dangereux. Les faits remontent à 1990, année où Coterin, une société de droit mexicain, a reçu l'autorisation du Gouvernement fédéral du Mexique pour construire un centre de traitement de déchets toxiques à La Pedrera, une vallée située sur la commune de Guadalcazar. À cette fin, elle obtient en 1993 un permis de construction auprès d'agences fédérales dépendant du ministère de l'environnement, des ressources naturelles et de la pêche (SEMARNAP). Peu après, en mai 1993, les autorités de l'État du San Luis Potosi lui délivrèrent un autre permis. Entre-temps, en avril de la même année, Metalclad une société américaine s'est vue consentir une promesse de vente lui permettant d'acquérir dans un délai de six mois la société Coterin. Elle leva l'option en septembre 1993 après s'être assurée que le

---

<sup>1251</sup> Où, à la question de savoir si la qualification donnée à une mesure de dépossession peut-elle avoir des incidences sur le standard d'indemnisation applicable, le Tribunal arbitral a jugé non pertinent l'argumentaire du gouvernement iranien visant à établir une distinction entre une expropriation licite ou une nationalisation à grande échelle donnant droit à une moindre compensation et une expropriation illicite qui requiert une pleine et entière compensation. Selon le Tribunal qui a préféré suivre la position des demandeurs américains, la qualification de la mesure de dépossession est indifférente à la détermination du standard d'indemnisation applicable (v. *Tippetts*, *Supra* n° 509, § 67, p. 225).

<sup>1252</sup> *Metalclad Corporation c. États-Unis du Mexique*, *Supra* n° 27.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, § 111; pour une approche semblable, v. l'affaire *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, *Supra* n° 420, § 99.

projet de centre de traitement des déchets toxiques à La Pedrera bénéficiait du soutien des autorités fédérales et étatiques et que toutes les autorisations nécessaires pour la réalisation de ce projet avaient été accordées. La construction du centre commença en mai 1994. Elle s'interrompit en octobre 1994, la commune de Guadalcazar, faute pour Metalclad de pouvoir justifier d'un permis de construction municipal, ayant ordonné l'arrêt de travaux. Après s'être à nouveau assurée auprès des autorités fédérales qu'elle disposait des autorisations nécessaires pour la construction et l'exploitation du centre et que la commune de Guadalcazar ne pouvait pas lui refuser le permis, Metalclad reprit les travaux en novembre 1994 et sollicita un permis de construire municipal. Les travaux furent achevés en mars 1995. Toutefois, lorsque Metalclad voulut inaugurer le centre, elle en fût empêchée par des manifestants qui, semble-t-il, étaient soutenus par la commune de Guadalcazar et les autorités du SLP. L'exploitation du centre étant devenue impossible, Metalclad engagea alors des pourparlers avec le gouvernement fédéral et parvient en novembre 1995 à un accord, le *Convenio* aux termes duquel elle était autorisée à exploiter le centre de traitement des déchets sous réserve de respecter certaines mesures relatives à la protection de l'environnement. En dépit de la signature de cet accord, la commune de Guadalcazar indiqua à Metalclad qu'elle refusait de délivrer le permis de construire sollicité. Peu après, la commune de Guadalcazar a entamé un recours devant le SEMARNAP pour dénoncer le *Convenio*. Le recours échoua mais la commune fit appel de la décision du ministère par une procédure dite d'*Amparo*. En outre, elle formula une injonction interdisant toute exploitation du centre. Toutefois, l'*Amparo* n'aboutissant pas, l'injonction fut levée en mai 1999. Il faut surtout rappeler que parallèlement à ces difficultés avec la commune de Guadalcazar, Metalclad avait tenté de négocier avec les autorités du SLP en mai 1996. Ces efforts n'ayant pu aboutir, cela a conduit Metalclad à engager une procédure

d'arbitrage en janvier 1997. C'est en septembre 1997 que le Gouverneur du SLP avait pris l'«Arrêté écologique» transformant la région où le centre était situé en une réserve naturelle. Metalclad soutenait devant le tribunal arbitral que cet arrêté empêchait dès son entrée en vigueur toute exploitation de son centre de traitement des déchets toxiques pendant que le Mexique objectait de la compétence du tribunal arbitral pour connaître d'une telle réclamation. Finalement, celui-ci a conclu qu'il y a bien eu expropriation en vertu de l'ALENA et compte tenu des interférences indirectes des structures fédératives de l'État mexicain<sup>1254</sup>.

Cette conjonction des questions juridiques où tendent à s'intégrer des considérations environnementales et économiques dans le contentieux d'investissement a également été palpable dans de nombreuses autres affaires<sup>1255</sup>, et la réticence des arbitres face à l'irruption de *l'intérêt général* dans la sphère du droit international des investissements a dû marquer quelques pas de recul, atténuée par les invocations de plus en plus fréquentes de la doctrine des pouvoirs de police devant les tribunaux arbitraux.

### **8.2.2.- L'invocation des *police powers* devant les tribunaux arbitraux**

Depuis son invocation originelle devant les juridictions américaines et ses adaptations diverses aussi bien en droit américain<sup>1256</sup> qu'en droit international<sup>1257</sup>, la reconnaissance de la doctrine des pouvoirs de police

---

<sup>1254</sup> Ibid., v. le § 103 de la décision.

<sup>1255</sup> v. les nombreuses références citées *Supra* n° 27 dont notamment *Southern Pacific Properties (SPP)*; *Ethyl Corporation*; *S.D. Myers*; *Glamis Gold*; *Dow Agro Sciences L.L.C.*

<sup>1256</sup> v. notamment *License Cases*, 46 U.S. 504 (1847); *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887), arrêt du 5 décembre 1887; *Hamilton v. Kennedy Distilleries & Warehouse Co.* 251 U.S. 146 (1919), 15 décembre 1919; *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), 11 décembre 1922; *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954); *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), 26 juin 1978; *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992), 29 juin 1992.

<sup>1257</sup> v. notamment, *Tecmed*, *Supra* n° 91, § 119; *Chemtura Corporation c. Canada*, UNCITRAL, sentence du 2 août, 2010, § 266, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf) ; *Saluka c. République tchèque*, *Supra* n° 422, § 254-255; *Total S.A. c. Argentine*, *Supra* n° 426, § 197;

a parfois été mal perçue<sup>1258</sup>. Considérée par certains tribunaux comme une échappatoire laissée à la disposition des États qui rechignent à faire face à leurs obligations internationales<sup>1259</sup>, l'utilisation de la doctrine des pouvoirs de police dans le contentieux d'investissement est jusqu'alors demeurée controversée<sup>1260</sup>. La sentence rendue le 30 novembre 2017 dans le cadre de l'affaire *Bear Creek*<sup>1261</sup> concernant une société minière de droit canadien et la République du Pérou, nous fournit ici une version récente de cette controverse.

#### **a.- La sentence *Bear Creek* : un bref rappel des faits**

Pour un rappel des faits, le demandeur, Bear Creek Mining Corporation (Bear Creek), est une entreprise canadienne dont le siège se trouve à Vancouver. En 2004, une exploration menée par Bear Creek conduit à la découverte d'importants gisements de minerai d'argent dans la mine de Santa Ana au Pérou. La mine se trouve dans le département de Puno, à moins de 50 kilomètres de la frontière entre le Pérou et la Bolivie. Conformément à l'article 71 de la Constitution péruvienne, tout investissement étranger visant à exploiter un gisement qui se trouve dans cette localité doit au préalable être muni d'une autorisation spécifique du pouvoir exécutif péruvien. À cet effet, Bear Creek demande d'abord à un de ses employés péruviens d'enregistrer les droits miniers correspondants afin de lui permettre par la suite, d'obtenir l'autorisation requise pour le

---

*Suez Inter Agua c. Argentine*, CIRDI Affaire No. ARB/03/17, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, § 128; *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, sentence partielle du 13 septembre 2001, ICSID Report, vol 9, § 603; *Lauder c. Czech Republic*, 3 septembre 2002, § 198, [http://www.italaw.com/documents/CME-2003-Final\\_001.pdf](http://www.italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf); *Methanex Supra* n° 27, § 7; *Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, AFF. CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, § 103, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf> (consulté, le 19/07/2018).

<sup>1258</sup> v. les références citées *Supra* n° 36.

<sup>1259</sup> v. *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, *Supra* n° 420, § 99.

<sup>1260</sup> v. les références citées *Supra* n° 36.

<sup>1261</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, *Supra* n° 1069.

transfert des droits en son nom propre. Cela s'est concrétisé en décembre 2007. Entre 2007 et 2011, Bear Creek a procédé à une levée de fonds externe afin de financer le développement du site de Santa Ana, sur la base d'un modèle durable qui a reçu l'approbation du gouvernement en 2011. Le rapport d'étude d'impact indique également que les réunions publiques avec les résidents locaux avaient toujours connu une belle participation et donné lieu à des résultats plutôt positifs. Toutefois, selon Bear Creek, Santa Ana rencontra dès cette année 2011 une opposition sociale importante, entraînant des manifestations parfois violentes. Certaines communautés voisines du site étaient en effet préoccupées par le fait que les activités minières polluaient les terres avoisinantes ainsi que le lac Titicaca tout proche. Suite à l'élection présidentielle de juin 2011, le nouveau président Péruvien pris un décret suprême 032 révoquant l'autorisation de Bear Creek. En août 2014, celle-ci dépose une demande d'arbitrage auprès du CIRDI et le Canada présente une soumission en tant que partie non-contestante sur le fondement de l'article 832 de l'Accord de libre-échange (ALE) entre le Canada et le Pérou.

Devant le tribunal arbitral, Bear Creek affirmait que le décret suprême 032 constituait une expropriation indirecte de son investissement alors que pour le Pérou, l'annulation du permis d'exploitation relevait de l'exercice légitime de son « pouvoir de police » et ne pouvait pas être considérée comme une expropriation indirecte. Les autorités péruviennes tiraient argument du fait que le poste de frontière avec la Bolivie risquait d'être perturbé par des manifestations violentes. Selon elles, l'entreprise minière avait en réalité concentré ses efforts sur une toute petite partie de la communauté riveraine, provoquant une opposition de plus en plus grandissante à la mine, le mécontentement de certains riverains, des grèves et des manifestations ayant entraîné l'instabilité, les pénuries alimentaires et l'insalubrité. Dans sa réplique, Bear Creek a indiqué que les manifestants n'étaient pas des riverains mais plutôt un groupe organisé par le candidat à l'élection présidentielle de

l'époque, Ollanta Humala, qui menait une campagne contre l'investisseur étranger. Selon elle, les raisons invoquées par le défendeur n'étaient que des prétextes politiquement motivés pour expulser l'investisseur qui, du reste, n'aurait pas eu connaissance au préalable du décret suprême 032, ni la possibilité de se faire entendre notamment en ce qui concerne l'obtention d'un « permis social ». Sur ce point important, le tribunal arbitral a répondu en indiquant que même si le concept de « permis social » n'est pas clairement défini dans le droit international, il aurait été possible et faisable d'aller au-delà des actions menées par Bear Creek en vue de l'obtention d'un permis social<sup>1262</sup>. Toutefois, souligne le tribunal, la question pertinente est de savoir si le défendeur peut en inférer que de tels efforts de communication étaient légalement exigés et que leur absence avait causé ou contribué aux troubles sociaux, de manière à justifier le décret suprême 032<sup>1263</sup>.

En réponse à cette interrogation, le tribunal arbitral a rappelé la position adoptée par la sentence *Abengoa c. le Mexique*<sup>1264</sup> selon laquelle, pour exclure la responsabilité d'un État sur la base de l'omission ou du manquement de l'investisseur, il faut non seulement pouvoir prouver ladite omission ou manquement, mais également démontrer un lien causal avec les dommages subis<sup>1265</sup>. Or, d'après les faits de l'espèce, toutes les activités de communication de Bear Creek étaient connues des autorités péruviennes et avaient en réalité été menées avec l'autorisation, l'appui et l'approbation du Pérou. Dès lors, l'Etat péruvien ne pouvait, a posteriori, prétendre que la conduite de l'investisseur avait été si insuffisante qu'elle avait causé ou contribué aux troubles sociaux. Sur cette base, le tribunal conclut que le décret suprême 032 constituait une expropriation abusive.

---

<sup>1262</sup> Ibid., § 406.

<sup>1263</sup> Ibid., § 408.

<sup>1264</sup> *Abengoa, S.A. and COFIDES, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/09/2*, sentence du 8 avril 2013, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf>.

<sup>1265</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou, Supra* n° 1069, § 410.



Restait alors la question de la compensation qui aurait été le principal point de désaccord entre les arbitres. Tout en reconnaissant que la demanderesse devait être indemnisée pour cause d'expropriation par l'État hôte, le tribunal n'a finalement accordé que les coûts irrécupérables, avec toutefois une opinion divergente. Pour l'arbitre dissident, le professeur Sands, le montant des dommages aurait dû être réduit de moitié pour refléter la contribution de l'investisseur aux événements ayant entraîné l'expropriation. Quelles sont, dans la perspective d'une mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts*, les conclusions que l'on peut tirer de cette affaire?

#### **b.- L'affaire *Bear Creek* et la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts***

En prenant pour point de départ le désaccord entre les arbitres ainsi que les considérations qui émergent de la confrontation des faits, on constate paradoxalement que la sentence *Bear Creek* se trouve non seulement à la confluence des courants d'interprétation de la doctrine des pouvoirs de police mais également, elle témoigne des défis actuels du droit international des investissements. Sur ce second aspect, l'argumentaire de l'arbitre dissident est très édifiant. En se référant à la *Convention (n° 169) relative aux peuples indigènes et tribaux* de l'Organisation internationale du travail (OIT)<sup>1266</sup>, le professeur SANDS souligne d'abord qu'il est utile que les parties s'accordent sur le fait que l'investissement a été réalisé sur un domaine où les droits de nombreuses communautés autochtones ont été pleinement appliqués depuis 1994<sup>1267</sup> - aussi bien en vertu du droit national que du droit international. Ce qui laisse entrevoir une situation d'incompatibilité, voire même de conflit normatif, exactement comme l'arbitre opinant le prévoyait près de deux décennies auparavant<sup>1268</sup>.

---

<sup>1266</sup> Ibid., §. 7 de l'opinion dissidente.

<sup>1267</sup> Ibid.

<sup>1268</sup> v. Ph., SANDS, *Supra* n° 47.

Ensuite, son raisonnement se poursuit sur le point de savoir si la majorité avait raison de considérer le fait que la Convention n° 169 de l'OIT n'impose pas d'obligations directes à l'investisseur étranger<sup>1269</sup>. Selon lui, cela ne doit pas signifier que la Convention n'est pas pertinente ou n'a pas d'effets juridiques pour l'investisseur<sup>1270</sup> au point qu'on ne puisse pas considérer celui-ci comme ayant manqué à ses obligations internationales<sup>1271</sup>. Voilà qui nous ramène sur les traces de « l'effet responsabilisant » des demandes reconventionnelles comme voie d'emprunt pour la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'investisseur<sup>1272</sup> et qui commande d'exclure toute interprétation isolée des règles de protection de l'investissement en violation des droits sociaux et fondamentaux<sup>1273</sup>. Tout comme dans l'affaire *Urbaser*<sup>1274</sup>, l'arbitre dissident a conclu que la Convention n° 169 de l'OIT ne peut être ignorée par l'investisseur, notamment dans son l'article 15 relatif à l'obligation de mener des consultations. Par conséquent, indique-t-il, «It is for the investor to obtain the «social license», and in this case it was unable to do so largely because of its own failure»<sup>1275</sup>. La divergence entre les arbitres dépasse dès lors la question de la compensation pour embrasser celle plus large de la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts* dans ses manifestations diachroniques : responsabilité internationale de l'investisseur, compatibilité des normes, prise en compte de *l'intérêt général* (« environnement », « populations autochtones », « permis social »).

---

<sup>1269</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, *Supra* n° 1069, § 664.

<sup>1270</sup> *Ibid.*, §. 10 de l'opinion dissidente.

<sup>1271</sup> *Ibid.*, §. 664 de la sentence.

<sup>1272</sup> v. L., DUBIN, «RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre», *Supra* n° 796, p. p. 881-891.

<sup>1273</sup> v. *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, *Supra* n° 959, § 78.

<sup>1274</sup> *Urbaser c. l'Argentine*, *Supra* n° 975.

<sup>1275</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, *Supra* n° 1069, § 37 de l'opinion dissidente.

Cette constatation rappelle avec à-propos la discussion autour de la doctrine des pouvoirs de police pour laquelle une illustration préalable à l'analyse nous a été fournie par le Canada dans son mémoire<sup>1276</sup>:

[...]“in evaluating a claim of expropriation it is important to recognize a State’s legitimate right to regulate and to exercise its police power in the interests of public welfare and not to confuse measures of that nature with expropriation”<sup>1277</sup>.

Dans quelles mesures la sentence *Bear Creek* rencontre-t-elle cette affirmation?

Après avoir vérifié les trois «facteurs» prévus pour l'identification d'une expropriation indirecte (l'impact économique de la mesure, l'interférence avec les attentes raisonnables de l'investisseur, et le caractère de la mesure) le tribunal arbitral a conclu que le décret suprême était une expropriation indirecte au sens de l'article 812 et de l'annexe 812.1 de l'ALE<sup>1278</sup>. Quant à la distinction entre l'expropriation et le droit légitime d'un État de légiférer et d'exercer son pouvoir de police, le tribunal arbitral a d'abord admis l'applicabilité de l'article 2201 relatif aux «Exceptions générales» en plus des dispositions « très détaillées de l'ALE en matière d'expropriation »<sup>1279</sup>, pour finalement conclure qu'il n'y a pas lieu de s'engager dans un débat entre les parties concernant la jurisprudence sur les exceptions de «*police powers*»<sup>1280</sup>. En claire, le tribunal arbitral estime qu'il serait inutile de chercher à savoir si le décret suprême est une mesure de réglementation incompatible avec l'exercice légitime des pouvoirs de police.

Par ce faux-fuyant, les arbitres ont choisi de laisser sans réponse la préoccupation essentielle de saisir l'impact de la doctrine des pouvoirs de police sur la prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-

---

<sup>1276</sup> Relayant une position du tribunal arbitral dans l'affaire *Suez Inter Agua v. l'Argentine*, *Supra* n° 1257, § 128.

<sup>1277</sup> *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, *Supra* n° 1069, § 338.

<sup>1278</sup> *Ibid.*, § 416.

<sup>1279</sup> *Ibid.*, § 473.

<sup>1280</sup> *Ibid.*, § 474.

investisseur. Autrement dit, le droit à compensation de *Bear Creek* pour la violation des dispositions de l'ALE (article 812, annexe 812.1 et article 2201.1) aurait-il subsisté en présence d'un péril grave et imminent visant un intérêt essentiel du Pérou et commandant l'application d'une « règle secondaire de droit international » relative à l'état de nécessité<sup>1281</sup>, ou en présence d'une exception de *police powers* en tant que principe de droit international coutumier, valable au-delà de toute dérogation<sup>1282</sup>. Le résultat aurait-il été différent ? Quelle conclusion peut-on en tirer quant à la signification des pouvoirs de police en droit international des investissements ?

Faisons une lecture graduelle de la question en commençant par rappeler que dans sa conception originelle, les juridictions américaines ont eu à adopter des positions variables en fonction du temps et des circonstances<sup>1283</sup>. On peut néanmoins y retenir la trame d'une double signification de la doctrine des pouvoirs de police en droit américain l'interprétant tantôt comme une exception à l'obligation de compensation tantôt comme un prolongement du pouvoir réglementaire de l'État<sup>1284</sup>. Dans le premier cas, il s'agit pour l'État de prendre des mesures de préservation de *l'intérêt général* pouvant porter atteinte à un droit individuel sans avoir à verser une compensation. L'affaire *Hamilton*<sup>1285</sup> est l'une des nombreuses illustrations de ce que la Cour suprême des États-Unis définissait elle-même comme « le pouvoir de gouverner les hommes et les choses » sans avoir pris la précaution de le distinguer du pouvoir de

---

<sup>1281</sup> Tel que l'envisageait l'arbitre dissident, (v. *ibid.* § 41 de l'opinion dissidente).

<sup>1282</sup> Selon l'argument du défendeur: « The police powers doctrine is a fundamental tenet of international law that applies even in the absence of an express reference thereto in the relevant international instrument » (v. *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, *Supra* n° 1069, § 460; v. dans le même sens *Saluka*, *Supra* n° 422, § 254-255; J., HERZ, *Supra* n° 36, p. 251-252; G. C., CHRISTIE, *Supra* n° 36, p. 338).

<sup>1283</sup> Pour la jurisprudence v. les références citées *Supra* n° 1256; et en ce qui concerne la doctrine v. A. NEWCOMBE, *Supra* n° 29, p. 26; ainsi que les références citées *Supra* n° 36.

<sup>1284</sup> *Ibid.*

<sup>1285</sup> *Hamilton*, *Supra* n° 1256; v. également *Mugler*, *Supra* n° 1256; *Lucas*, *Supra* n° 1256.

réglementation ordinaire<sup>1286</sup>. Dans le second cas, il s'agit plus d'un tempérament à l'exception radicale des pouvoirs de police et consiste en un prolongement du pouvoir réglementaire ordinaire de l'État. Tel manifestement a été le cas avec l'arrêt relatif à l'affaire *Penn Central*<sup>1287</sup> dans lequel la Cour suprême des États-Unis renversait une solution des juridictions inférieures ordonnant le versement d'une compensation à l'entreprise gestionnaire de la Grand Central Terminal de New York pour le refus d'autorisation de surmonter d'un immeuble de 50 étages le bâtiment principal érigé depuis 1913 et qui faisait figure de patrimoine architectural. Après avoir observé que la préservation de ce patrimoine étant la finalité de la mesure en cause, la Cour a indiqué que la mesure devrait être assimilée à un exercice de *police power* ne pouvant donner droit à une compensation obligatoire, sans préjudice toutefois de l'ampleur de l'impact sur la propriété<sup>1288</sup>.

Le droit international a repris à son compte ces deux conceptions de la *police power*, mais il semble toutefois que celui-ci ce soit résolument inscrit dans la perspective d'une exception au principe de la compensation en cas d'expropriation. D'une part la doctrine, plutôt préoccupée par l'évolution de la question en droit international des investissements a largement endossé cette approche<sup>1289</sup> afin, souligne-on, d'éviter « une confusion entre *police power* et pouvoir d'expropriation »<sup>1290</sup>. D'autre part, les tribunaux arbitraux ont confirmé à maintes reprises ce que la sentence *Saluka* a considéré comme relevant du droit international coutumier<sup>1291</sup>.

---

<sup>1286</sup> v. *License Cases*, *Supra* 1256, p. 583.

<sup>1287</sup> *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, *Supra* n° 1256; *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, *Supra* n° 1256; *Berman v. Parker*, *Supra* n° 1256.

<sup>1288</sup> *Ibid.*, p. 124 et s.

<sup>1289</sup> v. notamment A. NEWCOMBE, *Supra* n° 29, p. 26; Y., NOUVEL, *La souveraineté minière de l'Australie*, thèse, Université de Paris I, 1996, multigr. p. 223; De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 481-482; G., ALDRICH, *Supra* n° 36, p. 605.

<sup>1290</sup> v. De NANTEUIL, *Supra* n° 36, p. 481-482; et pour une illustration de cette confusion v. G., WHITE, *Nationalisation of foreign property*, Stevens & Sons. Ltd, Londres, 1961, p. 41-42.

<sup>1291</sup> v. *Saluka*, *Supra* n° 422, § 254 – 255; v. également les références citées *Supra* n° 1257.

### c.- Quelques applications positives de la *police power*

Pour pouvoir mieux comprendre la motivation des arbitres, il importe de revenir sur quelques applications positives afin d'analyser plus utilement les différentes approches qui ont été adoptées. En effet, reprenant une position déjà adoptée dans d'autres fora de règlement de différend<sup>1292</sup> la sentence *Methanex*<sup>1293</sup> va poser la base d'un principe d'intégration limitée de *l'intérêt général*. Après avoir écarté la thèse d'une expropriation indirecte<sup>1294</sup>, le trio arbitral a estimé que:

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<sup>1295</sup>.

L'idée que l'objectif de protection de *l'intérêt général* peut conférer une qualité spéciale à une mesure réglementaire en matière d'expropriation est ainsi lancée. Mais, faute de jouir d'une clarté méthodologique certaine, la sentence *Methanex* n'a pas reçu l'accueil qu'elle aurait mérité auprès de la communauté des juristes (arbitres, conseils, entreprises, universitaires et autres commentateurs). Toutefois, l'intérêt pratique de cette sentence est d'avoir indiqué - quoi que de manière peu convaincante - la voie pour une prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur. Ce

---

<sup>1292</sup> v. les nombreuses références citées *Supra* dont notamment *Sporrong et Lönnroth*, *Supra* n° 18 à la p. 19, § 69; *James*, *Supra* n° 18, § 46, 50-56, 69, et 76; *Lithgow*, *Supra* n° 18, §. 106, 120; *Agosi*, *Supra* n° 18, § 48, 52, 54; *Mellacher*, *Supra* n° 18, § 48; *Fredin*, *Supra* n° 18 *Supra* n° 18, § 51-56; *Papamichalopoulos*, *Supra* n° 18 *Supra* n° 18, § 45-46; *Pressos Compania Naviera SA*, *Supra* n° 18, § 38; *S.A. Dangeville*, *Supra* n° 18, § 48, 59-61; *Bronjowski*, *Supra* n° 18, § 121 et s. et spéc. § 182-187; *Gauchin*, *Supra* n° 18, § 56-68; *Kotov*, *Supra* n° 18, § 104 et 110.

<sup>1293</sup> *Methanex c. États-Unis d'Amérique*, *Supra* n° 27.

<sup>1294</sup> *Ibid.*, Part IV, Chap. D, § 6.

<sup>1295</sup> *Ibid.*, § 7.

faisant, elle a induit un changement d'approche<sup>1296</sup> dans la perspective d'une recherche d'équilibre en faisant ressortir le caractère référentiel de *l'équilibre des intérêts* dans le contentieux d'investissement relatif à l'environnement.

Certes, il convient de rappeler que le chemin avait déjà été balisé par la sentence *CME*<sup>1297</sup> suivie de près par la sentence *Feldman*<sup>1298</sup>. En effet, suite à une demande de réclamation formulée par la société CME à l'encontre du Conseil de régulation des médias en République Tchèque, le tribunal arbitral constitué dans le cadre de la première affaire a indiqué qu'il était primordial de considérer que:

[...], deprivation of property and/or rights must be distinguished from ordinary measures of the State and its agencies in proper execution of the law. Regulatory measures are common in all types of legal and economic systems in order to avoid use of private property contrary to the general welfare of the (host) State<sup>1299</sup>.

Sur cette base et en s'appuyant sur le *Restatement*<sup>1300</sup>, le tribunal arbitral dans l'affaire *Feldman* a estimé qu'il fallait d'abord démêler les multiples mesures gouvernementales dont certaines constituent une réglementation déraisonnable par opposition à celles qui peuvent être considérées comme des mesures régulières de protection et qui, pour cette raison, doivent être exonérées du versement d'une indemnité compensatoire. Dans le but de déterminer s'il y a eu ou non une différence de traitement en violation de l'article 1102 de l'ALENA, le tribunal arbitral a dû alors rappeler cet important principe:

[...] governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business

---

<sup>1296</sup> v. STEFFEN HINDELANG and MARKUS KRAJEWSKI, *Supra* n° 1192, p. 377 et s.

<sup>1297</sup> *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, *Supra* n° 11257, § 603.

<sup>1298</sup> *Feldman c. Mexique*, *Supra* n° 1257; v. également *Azurix Cop. c. Argentine*, *Supra* n° 1159, § 311; *LG&E*, *Supra* n° 1178, § 195.

<sup>1299</sup> *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, *Supra* n° 1257, § 603.

<sup>1300</sup> v. *Third Restatement of Law, the Foreign Relation Law of the United States*, *Supra* n° 1154, p. 201, § 712.

that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this (...) <sup>1301</sup>.

Ici, la question n'est plus seulement ébauchée. Exaltée par la doctrine<sup>1302</sup>, sa complexité est désormais touchée du doigt par les instances de règlement des différends. La pertinence de la solution *Methanex* est progressivement admise. La sentence *Saluka*<sup>1303</sup> sera l'une des premières à avoir confirmé avec la plus grande justesse le principe d'une prise en compte de *l'intérêt général*. À cet égard, son apport sur la conséquence d'une telle intégration est également à souligner: l'exercice des pouvoirs de police est légitime s'il est réalisé conformément aux normes d'application générale, de manière non discriminatoire, de bonne foi et en défense de *l'intérêt général*, et sans que l'État ne se soit préalablement soustrait à ses obligations<sup>1304</sup>. Ce *credo* a également retenti dans la sentence *Tecmed*<sup>1305</sup> qui a d'abord souligné le caractère irréfutable du principe de non compensation avant d'en fixer les bornes par la mesure de sa conformité avec les normes internes de l'État<sup>1306</sup>. Plus fondamentalement, le tribunal arbitral a rappelé le nécessaire rapport de proportionnalité qui doit exister non seulement entre la mesure et sa finalité, mais encore entre celle-ci et les attentes légitimes de l'investisseur ainsi privé de ses droits et intérêts: « There must be a reasonable relationship of proportionality between the

---

<sup>1301</sup> *Feldman*, *Supra* n° 1257, § 103.

<sup>1302</sup> v. notamment G., FOUILLOUX, *Supra* n° 446 à la p. 173. I., BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, *Supra* n° 35, p. 532. Il faut souligner le parallèle entre cette thèse et l'article 10, paragraphe § 3(a) du projet de Convention de la Harvard Law School de 1961 qui a été reproduit et annexé au *Rapport Ago de la Commission de droit international sur la responsabilité des États*, *Annuaire de la Commission de droit international*, *Supra* n° 1154, p. 147-155; v. également les propositions de l'American Law Institut, in v. *Third Restatement of Law*, *Supra* n° 1154, p. 201, § 712.

<sup>1303</sup> v. *Saluka c. République tchèque*, *Supra* n° 422, § 255.

<sup>1304</sup> *Ibid.*

<sup>1305</sup> *Tecmed*, *Supra* n° 91.

<sup>1306</sup> Selon le tribunal arbitral: « [...] such determination includes that of the limits which, if infringed, would give rise to the obligation to compensate an owner for the violation of its property rights », Sentence *Tecmed*, *ibid.*, § 119.



charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure »<sup>1307</sup>.

Dans le prolongement de la sentence *Tecmed*, les sentences *LG&E*<sup>1308</sup>, *Glamis*<sup>1309</sup> et *El Paso*<sup>1310</sup> ont également adopté la même approche selon la spécificité requise pour chaque espèce car, pour certains arbitres, «*No absolute position can be taken in such delicate matters, where contradictory interests have to be reconciled*»<sup>1311</sup>. Il se dessine néanmoins un cadre général que le tribunal arbitral dans l'affaire *El Paso* a pris le soin d'explicitier:

In summary, it is the Tribunal's view that:

1. Some general regulations can amount to indirect expropriation
  - a. As a matter of principle, general regulations do not amount to indirect expropriation.
  - b. By exception, unreasonable general regulations can amount to indirect expropriation.
2. A necessary condition for expropriation is the neutralisation of the use of the investment
  - a. This means that at least one of the essential components of the property rights must have disappeared.
  - b. This means also, a contrario, that a mere loss in value of the investment, even an important one, is not an indirect expropriation<sup>1312</sup>.

Ainsi, après plusieurs applications positives du principe de la prise en compte de *l'intérêt général*, il se dégage une règle d'occurrence qui consiste à dire qu'un État ne peut être responsable de la perte qu'un investisseur peut être amené à subir du fait d'une mesure étatique si celle-ci a été prise dans le cadre régulier de l'exercice du pouvoir réglementaire, a été adoptée de bonne foi et n'est pas discriminatoire. Par conséquent, il n'aurait d'exception à cette règle que dans le cas où la mesure n'aurait pas été prise de manière raisonnable et proportionnée. Dès lors, l'exigence de proportionnalité ainsi que le caractère raisonnable de la mesure

---

<sup>1307</sup> Ibid. § 122.

<sup>1308</sup> *LG&E*, *Supra* n° 1178, § 355.

<sup>1309</sup> *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, *Supra* n° 27, § 355.

<sup>1310</sup> *El Paso Energy International Company c. Argentine*, *CIRDI, Affaire No.ARB/03/15*, décision du 31 Octobre 2011, § 233.

<sup>1311</sup> Ibid., § 234.

<sup>1312</sup> Ibid., § 233.

consacrent la règle. Même lorsqu'elle est réalisée de manière linéaire, la conjonction de ces deux éléments permet de transformer la prise en compte de *l'intérêt général* en critère de base du principe d'*équilibre*. Certes, convient-il de l'observer, sa vitalité dépend également des applications négatives qui peuvent en résulter: non seulement les références incessantes à l'approche «*Methanex*» ou «*Saluka*» devant les tribunaux arbitraux aboutissent fréquemment à des positions contraires, mais encore l'interprétation diverge d'un tribunal à un autre. Dans l'affaire *SAUR International*<sup>1313</sup> par exemple, la demanderesse a invoqué la doctrine établie par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Saluka*, pour alléguer qu'un État, quand il fait usage de ses pouvoirs de police, ne peut éluder sa responsabilité internationale que s'il exerce lesdits pouvoirs de manière légitime, en respectant les engagements pris, et cela, de manière raisonnable et proportionnée<sup>1314</sup>. Au même moment, la partie étatique a pu soutenir, en invoquant la même doctrine, que la simple détermination de la privation d'un investisseur de son investissement ne donne pas, en soi, lieu à l'obligation d'indemniser<sup>1315</sup>.

Face à cette situation, la doctrine a identifié un faisceau d'indices par lesquels les arbitres tentent aujourd'hui de rétablir *l'équilibre* entre les *intérêts* en présence<sup>1316</sup>. Il s'agit, entre autres, de l'ajustement de certaines règles de traitement de manière à tenir compte du niveau de développement, la prise en considération de la conduite de l'investisseur lors de la qualification des manquements étatiques aux obligations conventionnelles, l'admission des demandes reconventionnelles introduites par l'État d'accueil contre l'investisseur étranger, la réduction de l'indemnité due en fonction des circonstances, ..., ou encore

---

<sup>1313</sup> *SAUR International S.A. c. Argentine*, AFF. CIRDI N° ARB/04/4, 6 juin 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1015.pdf>, (Consulté le 15/03/2016).

<sup>1314</sup> *Ibid.*, § 337.

<sup>1315</sup> *Ibid.*, § 344.

<sup>1316</sup> *v. W.*, BEN HAMIDA, *Supra* n° 48, p. 1017 et s.

l'intégration du critère de développement dans la définition de l'investissement <sup>1317</sup>. Sans préjuger de la pertinence de ces éléments, il convient de les tenir pour provisoires afin de saisir à temps l'opportunité de trouver une approche plus radicale et plus globale, en vue d'une explication rationnelle à l'idéal théorique qui se trouve ainsi attaché à la sentence *Tecmed* d'une part et à la sentence *Methanex* de l'autre. Certes, l'écueil d'une confusion entre *police power*, réglementation ordinaire, « pouvoir d'expropriation », ou autres, n'est guère complètement éliminé tel que cela a été palpable dans la sentence *Bear Creek*<sup>1318</sup>. Toutefois, la contribution manifeste de la doctrine des *police powers* à la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts*, est d'avoir permis de fixer les deux bornes de son champ d'application: la nécessité pour les tribunaux arbitraux de prendre en considération *l'intérêt général* dans la balance des intérêts en présence – à travers une approche plus finaliste – et le souci de symétrie des droits et obligations commandant une évaluation du préjudice subi à partir d'une démarche plus conciliante où s'allient le raisonnable et la proportionnelle.

## Conclusion du Chapitre 8

Malgré l'intérêt suscité par l'analyse des textes et la perspective d'une mise en œuvre pratique du principe d'*équilibre* à travers le renouvellement du cadre juridique de l'investissement international, les quelques applications jusqu'alors enregistrées traduisent une position plutôt mitigée. Cependant, même si la consécration de *l'équilibre infra legem* par les tribunaux arbitraux est encore balbutiante, on peut néanmoins retenir de la concordance de plusieurs éléments qu'il y a bien eu une transposition en droit international des investissements à travers aussi bien l'origine et l'objet du contentieux que des autres éléments de

---

<sup>1317</sup> Ibid.

<sup>1318</sup> v. *Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, *Supra* n° 1069, § 450-478.

l'analyse : contexte factuel, cadre de référence et logique d'interprétation, confirmation et rejet.

Par ailleurs, il demeure constant que le principal champ d'application du principe d'*équilibre* en droit international des investissements reste celui de l'expropriation indirecte où s'emboîtent des considérations d'*intérêt général*, de *police powers*, d'équivalence de droits et obligations, de raisonnable et de proportionnelle.

#### **Conclusion du Titre IV**

Malgré les atermoiements de certains arbitres, la consécration de l'*équilibre des intérêts* par les tribunaux arbitraux se confirme en droit international des investissements. Alors que son principal champ d'application demeure le *contentieux d'investissement relatif à l'environnement*, cette seconde phase relative à la sanction des obligations et à l'économie arbitrale a surtout permis de reconsidérer la portée juridique de l'*équilibre des intérêts* en tant que PGD. Aussi, au-delà même des considérations pratiques, c'est le champ théorique relatif à l'investissement qui se meut. Tout comme le principe lui-même, la recherche d'*équilibre* entre les *intérêts* en présence dans une relation d'investissement recouvre désormais une dimension épistémologique plus large et plus holistique: le dépassement du cadre théorique classique antérieurement axé sur la protection de l'investissement étranger. Alors que la dynamique de cette évolution marque l'accessibilité de la discipline à des considérations nouvelles ainsi que l'élargissement de son champ, ses liens avec le principe d'*équilibre des intérêts* devenaient palpables et justifiaient largement le fait qu'il nous a fallu préalablement définir plus clairement une démarche reproductible en vue de la systématisation de l'analyse.

## Conclusion de la seconde Partie

Comme une conséquence indirecte de la mise en œuvre de l'*équilibre des intérêts*, le droit international des investissements connaît actuellement une transformation dont la trame consiste en l'intégration des valeurs fondamentales, sociales et environnementales dans les AII. Ayant voulu appréhender cette mutation sur la base d'une rationalisation de l'analyse, nous avons pu constater comment le recours au principe d'*équilibre* structure de diverses manières (incorporation des normes de protection, juridicisation des normes, principes et standards internationaux) l'interrelation entre investissement et environnement – aussi bien pendant la phase cruciale de la création des droits et obligations conventionnels que lors de la sanction des obligations par les tribunaux arbitraux. L'*équilibre des intérêts* marque à cet égard l'insuffisance du droit international des investissements pour ensuite opérer comme un « réservoir supplétif de normativité »<sup>1319</sup>. Son rôle complétif et correcteur des « lacunes » du droit international a été souligné. Toutefois, sa fonction normative en tant que PGD ne sera facilitée en droit international des investissements que si les parties invitent les juges et arbitres à faire usage de ce réservoir supplétif de normativité, aussi bien dans sa déclinaison originelle que dans ses manifestations actuelles.

Au reste, cette deuxième partie de notre étude a fait ressortir non seulement la prétention totalitaire de l'*équilibre des intérêts* (sa nature intrinsèque, son fondement téléologique et ses fonctionnalités multiples, son degré d'enracinement, ses conditions de réalisation, ses manifestations pratiques), mais également son importance actuelle face aux enjeux de la normalisation technique internationale. Il n'était pas seulement question de démontrer les limites de l'obligatorité qui cesse d'être le critère unique de la juridicité en droit international des

---

<sup>1319</sup> v. P., WEIL, *Supra* n° 70, p. 208.

investissements, mais également de ressortir la trame d'une normativité évolutive à partir d'un nouveau *criterium* d'intégration des valeurs sociales et environnementales dans les AII comme étant le levier de consolidation de la portée juridique du principe d'*équilibre*.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Il ressort de cette étude que l'encadrement juridique de l'investissement international est en pleine mutation. Avec la résurgence des problèmes environnementaux, le droit international des investissements se retrouve aujourd'hui face à l'urgence de sa propre réadaptation. Et, comme réponse unique à un impératif catégorique, *l'équilibre des intérêts* émerge en tant que principe d'application générale en droit destiné à régir les relations entre investissement et environnement. En tant que principe référentiel, il vise à faire prévaloir un idéal normatif (le droit de *l'équilibre*) sur un autre (le droit de la protection). Toutefois, l'aporie de *l'équilibre des intérêts* est d'être, à la fois, une affirmation du principe de la souveraineté réglementaire et une limitation de celui-ci. Dans un premier temps, sa mise en œuvre se traduit par une prise en compte de *l'intérêt général* dans le balancier État-investisseur et, dans un second temps, cette exigence ne se concrétise qu'au bout d'un double test de la proportionnalité et du raisonnable. Alors que sa source de régénération par rapport au reste du système est la protection internationale de l'environnement, sa structure de base demeure le couple droit-obligation et s'apparente à une transversalité normative qui combine à la fois la *lex lata* et la *lex ferenda* d'une part, la *soft law* et la *hard law* d'autre part. Malgré sa fécondité croissante, il est possible de le décrire comme étant la source d'un droit poly-normatif et « *open-textured* » qui possède à la fois un noyau d'applicabilité, une teneur variable et une juridicité foisonnante. Le profil abrégé de cette construction normative pourrait alors se matérialiser en droit international des investissements par: la prise en compte de *l'intérêt général*, la responsabilité sociale des entreprises multinationales, la réciprocité par équivalence des droits et obligations des parties, la flexibilité réglementaire et la compatibilité d'avec les autres normes de protection internationales.

Si l'archétype de ce nouveau système repose sur le principe de *l'équilibre des intérêts*, ces premiers contours ont été dessinés par l'AMI. C'est en effet dans l'enceinte de l'OCDE que s'est développée, vers le milieu des années 1990, l'idée de promouvoir l'adoption d'un cadre multilatéral visant à assurer non seulement des normes élevées de libéralisation et de protection de l'investissement mais également l'intégration des normes de protection environnementales et sociales à travers plus spécifiquement un *équilibre* satisfaisant entre les droits et les obligations des parties. Toutefois, la découverte d'un principe général de droit comporte nécessairement un processus d'abstraction et de généralisation. Sous ce prisme, on ne saurait indiquer plus nettement que *l'équilibre des intérêts* entre l'investisseur et l'État ne réside pas seulement dans les textes positifs. Le propre des principes généraux n'étant pas toujours d'être sous la forme d'une proposition normative, leur formulation constitue à cet égard la manifestation la plus abstraite qu'un principe juridique puisse revêtir puisqu'elle se dépouille des circonstances concrètes dans lesquelles elle peut être appliquée. Cela leur permet de réunir en un ensemble condensé les normes juridiques qui ne peuvent pas être exprimées dans une formule laconique pour les rendre tangibles. Tel précisément est le cas de *l'équilibre des intérêts*, c'est-à-dire un principe abstrait qui modère diverses normes et qui présente un aspect subjectif où affleurent des considérations extra-juridiques. Malgré sa généralité, il est suffisamment précis pour qu'on puisse le distinguer des notions voisines d'équité, d'équivalence, de symétrie, et de réciprocité. Depuis sa nature intrinsèque jusqu'à sa pleine réalisation en droit, ses fonctions logique, axiologique, unificatrice et correctrice lui permettent de mettre en lumière le fondement social du droit à travers la prise en compte de l'esprit des règles. À celles-ci, le *principe d'équilibre* dicte leurs versions nouvelles en atténuant la rigueur des solutions qu'elles proposent et en comblant au besoin leurs carences. Dans ses manifestations diverses, le principe d'*équilibre*



démontre une flexibilité et une autonomie qui lui permettent de jouer un rôle clé dans l'apaisement de la tension qui a toujours caractérisé les relations d'investissement. En cela, il conserve sa forme amphibie, se présentant dans un premier temps comme une politique juridique, avant son renforcement en tant que principe juridique de nature contraignante.

Plus fondamentalement, sa nature évolutive invite à se départir de la constance ou de l'insuffisance d'une règle dès lors que les exigences pratiques commandent une application plus adaptée au cas d'espèce. Toute application du *principe d'équilibre* comporte dès lors une part de subjectivité à laquelle il convient d'ajouter les déterminants externes tels que les faits, le contexte, les prétentions des parties. Ce faisant, on parvient à un objectif de fin dont la règle de droit ne peut s'accommoder si elle ne s'inscrivait pas dans une dynamique évolutive lui permettant de satisfaire à l'exigence sociale d'adaptation du droit à l'espèce. Voilà également pourquoi, après un examen du double transfert de l'*équilibre des intérêts* - d'abord en tant que règle applicable aux personnes privées en droit interne puis, plus tard, aux personnes publiques dans l'ordre international - on le voit, dans ses manifestations factuelles, converger vers une obligation de respect de l'*intérêt général*. Le principe d'*équilibre* s'apparente dès lors à l'exigence d'une prise en compte de la solidarité internationale. Se refusant à toute idée de séparation de la règle de droit de ses racines sociales et humaines, il ne peut se satisfaire de l'idée d'égalité souveraine, purement formelle ou de réciprocité-identité dans les rapports contractuels et se traduit finalement par une exigence d'intégration des valeurs nouvelles - sociales et environnementales - dans l'arsenal juridique de l'investissement international.

Ainsi, la prétention totalitaire de l'*équilibre des intérêts* est d'être à la fois une condition d'objectivité, d'efficacité et de but, à toute relation qui se veut durable en matière d'investissement. En tant que principe politique, l'*équilibre des intérêts* prend en compte l'*intérêt* de tous dans la

réduction des différences entre les niveaux de développement économique. En tant que principe juridique, il emporte des considérations de rigueur et d'adaptabilité, combine une logique de conjonction et d'intégration avec une logique de proportionnalité et de raisonnable. De la création à l'exécution des droits et obligations, il agrège les exigences souvent contradictoires pour les réconcilier en faisant prévaloir *l'intérêt commun* - quand bien-même cela peut parfois être exigeant pour les parties. Toutefois et malgré que le principe d'*équilibre* soit un principe référentiel total, autant il n'existe pas d'objections sérieuses aux thèses protectionnistes qui ont été échafaudées au lendemain des vagues de nationalisation dans les pays d'accueil de l'investissement étranger, autant la doctrine dominante n'a pas suffisamment pris en considération la préoccupation d'une recherche *d'équilibre*. Or, toute construction théorique qui mépriserait cette réalité ne peut se faire que sur une base asymétrique par rapport aux *intérêts* en présence. En cela, la doctrine protectionniste aura montré ses limites. Il convient de la dépasser, et par conséquent, affirmer que la conception la plus exacte, la plus juste et la plus actuelle du droit international des investissements est celle qui conçoit *l'équilibre des intérêts* comme étant la clé de voûte de cette discipline: plus exacte parce que la préoccupation *d'équilibre* est à l'origine de toute relation d'investissement; plus juste parce qu'elle implique une relation de partenariat entre des parties originellement inégales pour les mettre sur une base de symétrie et d'équivalence; et plus actuelle parce qu'elle correspond à la réalité du droit des investissements qui est aujourd'hui confronté à l'exigence de son adaptation par rapport à l'environnement juridique international.

Au total, de nombreux indices dans le mouvement des faits et des idées montrent que le droit international des investissements arrive à un véritable tournant de son histoire. Ces éléments laissent entrevoir la courbe de sa future évolution en sonnant le glas de l'ancien droit des

investissements. Des perspectives nouvelles s'ouvrent. Il est désormais possible d'envisager la prise en compte des valeurs fondamentales (environnementales, humaines et socio-sanitaires) dans la protection des « biens, droits et intérêts » des particuliers par le moyen juridique découlant de la mise en œuvre de *l'équilibre des intérêts*. Et s'il peut encore sembler légitime pour certains de résister à l'émergence de catégories juridiques nouvelles, objectant du fait qu'une adaptation de l'encadrement juridique relatif à l'investissement sur la base d'indices d'intégration des valeurs sociales et environnementales échappe à tout critère objectif et facilement saisissable en droit, il devient encore plus urgent pour la communauté des juristes de se saisir de l'opportunité qu'offre la réforme des AII (actuellement en cours) pour passer de *l'équilibre* du droit international des investissements (*équilibre* politique) au droit de *l'équilibre des intérêts* à travers une application massive de ce principe en tant que PGD.

## BIBLIOGRAPHIE

### I.- Traités

#### A/- INSTRUMENTS GÉNÉRAUX ET AUTRES ACCORDS INTERNATIONAUX

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T), 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187; R.T. Can. 1947 n° 27; et pour la version modifiée voir 4 I.B.D.D. 1969 1.

Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 75, 33 ILM 1144; v. également site officiel de l'OMC, [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/o4-wto.pdf](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/o4-wto.pdf) (consulté le 8 mai 2014).

Accord général sur le commerce des services (AGCS), [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/26-gats.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats.pdf).

Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaire (Accord SPS), [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/sps\\_f/spsagr\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/sps_f/spsagr_f.htm) (consulté le 25 mars 2019).

Accord sur les obstacles techniques au commerce, [https://www.wto.org/FRENCH/docs\\_F/legal\\_f/17-tbt.pdf](https://www.wto.org/FRENCH/docs_F/legal_f/17-tbt.pdf) (consulté le 23 mai 2018).

Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (ANACDT) du 14 septembre 1993 entre le Canada, les Etats-Unis et le Mexique, 32 I.L.M. 1499 (1993).

Accord sur la facilitation des échanges, WT/L/940, 28 novembre 2014, [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/tfa-nov14\\_f.htm](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/tfa-nov14_f.htm) (consulté, le 11/02/2019).

Charte de la Havane instituant une organisation internationale du commerce, 24 mars 1948, RT Can., 1948, n° 32. Signée à la Havane, la Charte n'est jamais entrée en vigueur.

Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental, Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1964, vol. 499, p. 311.

Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, 1980, Vol. 1155, I-18232, p. 354; 8 I.L.M. 679; RT Can. 1980 n° 37, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-french.pdf> (consulté le 05 2017).

Convention de Lomé, ACP-CEE, in *A Compendium*, vol. II, 1996, p. 385; ILM, 1990.

Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques signée le 14 décembre 1960 à Paris,

<http://www.oecd.org/fr/general/conventionrelativealorganisationdecooperationetdedeveloppementeconomiques.htm> (consulté le 01-06-2018).

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles signée à Paris, le 20 octobre 2005, entrée en vigueur le 18 mars 2007, [http://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2913\\_16\\_passport\\_web\\_f.pdf](http://en.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2913_16_passport_web_f.pdf) (consulté le 29/05/2017).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 3 janvier 1976, Nations Unies, Recueil des Traités, 1976, Vol. 993, I-14531, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (consulté le 29/05/2017).

Premier Protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention européenne des droits de l'homme, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/009.htm> (date d'accès: 01-12-2017);

Protocole pour la Charte de l'Énergie de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (ECOWAS Energy Protocol) du 31 janvier 2003, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 relative à l'établissement et à la compétence judiciaire, [Traité de Lausanne \(1923\)- Grèce/Turquie \(ulaval.ca\)](http://www.ulaval.ca).

Traité du 7 septembre 1977 sur l'exploitation du canal de Panama, NATIONS UNIES, Recueil des traités, 1980, vol. 1161, p. 177.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002, Am. J. of Int'l Law, 1999, p. 1-123.

Treaty Establishing The African Economic Community du 03 juin 1991, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2406> (consulté le 19/02/2018).

## **B/- TRAITÉS RELATIFS À LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT**

Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement (ANACDE) du 14 septembre 1993, entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, 32 I.L.M. 1480 (1993).

Accord de coopération dans le domaine de l'environnement entre les gouvernements du Canada, des États-Unis du Mexique et des États-Unis d'Amérique du 30 novembre 2018, remplaçant l'ANACE et entrera en vigueur à la date d'entrée en vigueur de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM), texte disponible sur le site officiel du Ministère des affaires

mondiales Canada, <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/assets/pdfs/agreements-accords/cusma-aceum/aceum-ECA.pdf> (consulté le 15 janvier 2019).

*Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination*, faite à Bâle le 22 mars 1989, 28 I.L.M. 657 (1989).

*Convention sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction (CITES)*, signée à Washington le 3 mars 1973 et modifiée le 22 juin 1979, NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, 1993, vol. 993, p. 272.

*Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO à sa dix-septième session, Paris, 16 novembre 1972* (v. <http://whc.unesco.org/fr/conventiontexte>) (consulté le 25-07-2016).

*Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay)* du 10 décembre 1982, in *Tribunal international du droit de la mer, Textes de base 1998*, La Haye, Kluwer, 1999, 97 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994).

*Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* du 29 novembre 1969, ILM, 1979, vol. 18, p. 899.

*Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures résultant des de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin* du 1<sup>er</sup> mai 1977, ILM, vol. 16, 1977, p. 1450.

*Protocole relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, fait à Montréal le 16 septembre 1987 et modifié le 29 juin 1990, 26 I.L.M. 1550 (1987).

## C/- ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT (AII)

### ACCORDS PLURILATERAUX, REGIONAUX ET ACCORDS MÉGA-RÉGIONAUX

*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, signé le 30 novembre 2018, en marge du Sommet du G20 à Buenos Aires, entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, texte disponible sur le site officiel du Ministère des affaires mondiales Canada, <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> , (consulté le 15 janvier 2019).

*Accord de libre-échange nord-américain* entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, R.T. Can 1994 n° 2; 32 ILM 289 (1993) (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994); v. aussi A Compendium, vol. III, & UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne (UE) signé le 30 octobre 2016 et entré en vigueur le 21 septembre 2017, texte final de l'accord, Base de données de la CNUCED, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3593> (consulté le 22/03/2018).

Accord de Partenariat Transpacifique global et progressiste (PTPGP), texte disponible sur le site officiel du Ministère des affaires mondiales Canada, <https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/PTPGP-ptpgp/text-texte/PTPGP-ptpgp.aspx?lang=fra> (consulté le 15 janvier 2019).

Accord sur la promotion et la protection des investissements, l'Asean Investment Garantie Agreement – IGA, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Accord sur la création de la zone ASEAN, Framework Agreement on the ASEAN Investment Area – AIA, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Agreement on promotion, Protection and a Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the Islamic Conference, 1-5 June 1981, entered into force on 23 September 1986, v. A Compendium, vol. II, p. 244, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 575 R.T.N.U. 160; A Compendium, vol. I, p. 25.

Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2394>.

Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER) Plus, 14/06/2017, Australia, Cook Islands, Kiribati, Marshall Islands, Micronesia, Federated States of, Nauru, New Zealand, Niue, Palau, Samoa, Solomon Islands, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5587>.

Pacte andin du 26 mai 1969 à Carthagène entre la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Trans-Pacific Partnership (TPP), du 04 février 2016, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3573>, également disponible sur le site officiel du Ministère des affaires mondiales Canada, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> (consulté le 29 janvier 2016).

Protocole de facilitation des investissements intra-MERCOSUR du 07 avril 2017, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5548>.

Traité de la Charte de l'énergie du 17 décembre 1994, 34 I.L.M. 373 (1995), texte intégral du traité aux p. 373-454.

## TRAITES BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT (TBI) ET AUTRES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant les déplacements transfrontaliers de déchet dangereux, signé à Ottawa le 28 octobre 1986, CTS N° 39 (1986).

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise, et la République du Pérou, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 12 octobre 2005, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Accord entre l'Union Économique Belgo-Luxembourgeoise, et la République de Madagascar, concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, du 29 septembre 2005, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République des Philippines pour l'encouragement et la protection des investissements, du 10 novembre 1995, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/628>.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 09 septembre 2012 et entré en vigueur le 1er octobre 2014, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/600>.

Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement du Canada pour la promotion et la protection des investissements du 20/04/2015, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5589>.

Accord entre le Canada et la République du Cameroun concernant l'encouragement et la protection des investissements du 03/03/2014, et entré en vigueur le 16/12/2016, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3164>.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République de la Lettonie pour l'encouragement et la protection des investissements signé le 5 mai 2009 et entré en vigueur le 24 novembre 2011, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/619>.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République des Philippines pour l'encouragement et la protection des investissements signé le 10 novembre 1995 et entré en



vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1996, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/628>.

Accord entre le Gouvernement de la République de Roumanie et le Gouvernement du Canada pour l'encouragement et la protection réciproques des investissements, 08/05/2009, UNCTAD's IIA Navigator.

Accord entre le Gouvernement de la République populaire de Chine et le Gouvernement de la République de Singapour relatif à l'encouragement et à la protection des investissements étrangers (avec échanges de lettres) Signé à Beijing le 21 novembre 1985, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5378> , UNCTAD's IIA Navigator.

Accord entre la Confédération suisse et la République de Croatie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 30 octobre 1996, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/892/download>.

Accord entre le Canada et la République Tchèque pour la promotion et la protection des investissements, 06/05/2009, UNCTAD IIA Navigator.

Accord-cadre entre la Chine et la Nouvelle Zélande de 2008, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2564>

Accord entre le Gouvernement de la République de Maurice et le Gouvernement de la République du Bénin concernant l'encouragement et la protection des investissements, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Accord entre la République du Benin et l'Union économique Belgo-Luxembourgeoises concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements du 18 mai 2001, entré en vigueur le 30 août 2007, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/327>.

Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République du Benin concernant la promotion et la protection réciproques des investissements du 18 mai 2001, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/437>.

Accord entre le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire et le Gouvernement de la République arabe d'Égypte sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements, du 29 mars 1997, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3289/download>

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la Barbade pour la promotion et la protection réciproque des investissements, UNCTAD's IIA Navigator,

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/281> (consulté le 19/02/2018).

Accord entre le Gouvernement de la République Tunisienne et le Gouvernement de la République de Pologne concernant la promotion et la protection réciproques des investissements, du 29 mars 1993, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5285/download>.

Accord entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et le Gouvernement de la République de Corée concernant l'encouragement et la protection réciproques des investissements, du 12 décembre 2006, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/372>.

Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 11 juillet 1995, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2131/download>.

Accord entre la Confédération suisse et la République de Bulgarie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements du 28 octobre 1991, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/551/download>.

Accord entre le gouvernement du Burkina Faso et le gouvernement de la République de Turquie sur la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 11 avril 2019, download (unctad.org), UNCTAD's IIA Navigator.

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Costa Rica pour l'encouragement et la protection des investissements, du 18 mars 1998, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/602/download>.

Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Ghana sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements du 26 mars 1999, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5871/download>.

Accord entre le Canada et la Mongolie concernant la promotion et la protection des investissements du 08 septembre 2016, UNCTAD's IIA Navigator  
Accordo comercial entre la República Argentina y la República de Chili, (ALE Argentine-Chili), 02/11/2017, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5661>.

Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments, 14/11/2006, UNCTAD's IIA Navigator.  
Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments between Canada and the Republic of Guinea, 27/05/2015, UNCTAD's IIA Navigator.

*Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 26/01/2015, UNCTAD IIA Navigator.*

*Agreement between Japan and Ukraine for the Promotion and Protection of Investment, 05/02/2015, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka for the Promotion and Protection of Investments, Colombo. 13 February 1980, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2293/download> .*

*Agreement between The Government of the Republic of Singapore and the The Government of the Republic of the Union of Myanmar on the Promotion and Protection of Investments, 24/09/2019, download (unctad.org) , UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement Between Japan and Georgia for the Liberalisation, Promotion and Protection of Investment, 29/01/2021, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement between The Government of the State of Israel and The Government of the United Arab Emirates on Promotion and Protection of Investments, 20/10/2020, usa-isr - investment agt (eng) (unctad.org), UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of India on Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 04/05/2001, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement between the Government of the Socialist Republic of Vietnam and the Government of the Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments , 29/10/1992, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2263> , UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China for the Promotion and Protection of Investments, 10/02/2016, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Between Canada and the Federal Republic of Nigeria for the Promotion and Protection of Investments, 06/05/2014, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement Between Canada and the Federal Republic of Senegal for the Promotion and Protection of Investments, 27/11/2014, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement between the Government of Canada and the Czech Republic for the Promotion and Protection of Investments, 06/05/2009, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/606>.*

*Agreement between the Czech Republic and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement Between the Federal Republic of Germany and the Federation of Malaya Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 22/12/1960, UNCTAD's IIA Navigator.*

*Agreement Between The Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Uganda for the Reciprocal Promotion and Protection Investments du 30 juin 2001, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of the Republic of Hungary and the Government of the Russian Federation for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of Romania and the Government of Canada for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, du 08 mai 2009 et entré en vigueur le 23 novembre 2011, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3503> .*

*Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Mongolian People's Republic on the Mutual Promotion and Protection of Investments, v. UNCTAD (1998), *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication; UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/438>.*

*Agreement between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3460>.*

*Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the State of Kuwait for the Promotion and Protection of Investments, 23 Nov. 1985, article 2 du protocol, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Benin for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3460>.*

*Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government the People's Republic of Bangladesh concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, du 12 avril 2012, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government the People's Republic of Bangladesh, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of the Republic of South Africa and the Government of Canada for the promotion and protection of investments, du 22 novembre 1995, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/628>.*

*Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Trinidad and Tobago for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the United States of America and the United Mexican States for the Protection and Improvement of the Environment in the Border Area, du 14 août 1983, 22 I.L.M. 1025 (1983).*

*Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government the People's Republic of Bangladesh, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement Between The Government of the State of Eritrea and the Government of the Republic of Uganda for the Reciprocal Promotion and Protection Investments du 30 juin 2001, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Government of the Republic of Hungary and the Government of the Russian Federation for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, v. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.*

*Agreement between the Czech Republic and the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/939>.*

*Agreement between Japan and the United Arab Emirates for the promotion and protection of Investment, 30/04/2018, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5741>.*

*Agreement between Japan and the state of Kuwait for the promotion and protection of Investment, 22/03/2012, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2958>.*

Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the government of Azerbaijan for the promotion and reciprocal protection of investments, 09/02/2012, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4>.

Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the government of the People's Republic of Bangladesh concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 12/04/2012, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/274>.

Brazil - Mozambique BIT (2015) [Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) entre le Brésil et le Mozambique du 30 mars 2015], <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4717>.

Brazil - Angola BIT (2015) [Accord de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) entre le Brésil et l'Angola du 1er avril 2015], <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4720>.

Free Trade Agreement Between Canada and the Republic of Korea, 22/09/2014, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3076>.

Free Trade Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica, 23/04/2001, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2510>.

Free trade agreement between Canada and the Republic of Panama, 14/05/2010, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2611>.

Free Trade Agreement Between The Government of New Zealand And The Government of the People's Republic of China, 07/04/2008, UNCTAD IIA Navigator.

Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States and the Republic of Iraq, 12 avril 2012, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Partnership and Cooperation Agreement between the European Union and its Member States and the Republic of Iraq, 12 Avril 2012, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Traité entre la République fédérale d'Allemagne et la République Togolaise relatif à l'encouragement des investissements de capitaux du 16 mai 1961, UNCTAD's IIA Navigator.



Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25/11/1959, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387> (consulté le 19/02/2018).

Traité entre le Royaume de Thaïlande et la République fédérale d'Allemagne relatif à l'encouragement et à la protection réciproque des investissements du 13 décembre 1961, UNCTAD's IIA Navigator

Traité entre la Confédération Suisse et la République Tunisienne relatif à la protection et à l'encouragement des investissements de capitaux, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2982/download>

Traité entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Panama pour l'encouragement et la protection des investissements, du 12 septembre 1996, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/624>.

Treaty Between the United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, Signed March 11, 1986 (modified) and Entered into Force June 27, 1992, ILM 1982, vol. XXI, n° 5, pp. 927-949. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1123> .

Treaty Between the government of the United States of America and the government of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 19/02/2008, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2241>.

Treaty Between the government of the United States of America and the oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 04/11/2005, UNCTAD's IIA Navigator, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>.

Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387> (consulté le 19/02/2018).

United States – Singapore Free Trade Agreement, 06/05/2003, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2650>.

## II- Législations

### ALLEMAGNE

-, Code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch, (B.G.B.), <https://dejure.org/gesetze/BGB/138.html> .

→ *German Corporate Governance Code:*  
<http://www.fsa.go.jp/singi/corporategovernance/siryou/20140807/09.pdf>, (consulté le 05-05-2016).

## AUSTRALIE

*Loi National Greenhouse and Energy Reporting (NGER) 2007 en Australie:*  
<https://www.environment.gov.au/climate-change/greenhouse-gas-measurement/nger>  
(consulté le 05-05-2016).

## BÉNIN

Loi n° 2020-02 du 20 mars 2020 portant Code des investissements en République du Bénin, [Benin-Code-2020-investissements.pdf](#)

## CANADA

→ *Loi sur Investissement Canada (L.R.C. (1985), ch. 28 (1<sup>er</sup> suppl.)), dont la dernière version est du 2017-09-21 au 2018-03-05,* <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-21.8.pdf> (consulté le 22/03/2018)

→ *PROJET DE LOI C-584 concernant la responsabilité sociale d'entreprise inhérente aux activités des sociétés extractives canadiennes dans des pays en développement, Chambre des Communes, 2<sup>e</sup> session, 41<sup>e</sup> législature, 62-63 Elizabeth II, 2013-2014:*  
[http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/412/Private/C-584/C-584\\_1/C-584\\_1.PDF](http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/412/Private/C-584/C-584_1/C-584_1.PDF),  
(consulté le 03-05-2016).

## CENTRE AFRICAINE

*Loi No. 01-010 portant Charte des Investissements en République Centrafricaine, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018;*

## CÔTE D'IVOIRE

*Ordonnance No. 2012-487 portant Code des Investissements en République de Côte d'Ivoire, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.*

## CUBA

*Loi Cubaine du 29 mars 2014, Foreign Investment Act (2014), Law No. 118, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.*

## DANEMARK

*Loi danoise sur la déclaration financière (Section «99a», art.102):*  
[http://www.eogs.dk/graphics/Samfundsansvar.dk/Dokumenter/Proposal\\_Report\\_On\\_Social\\_Resp.pdf](http://www.eogs.dk/graphics/Samfundsansvar.dk/Dokumenter/Proposal_Report_On_Social_Resp.pdf) (consulté le 05-05-2016).



## ÉTATS-UNIS

- , *Alien Tort Claims Act (ATCA)*, 28 U.S.C. § 1350

→ , *Loi SOX (Sarbanes-Oxley Act of 2002)* du 30 juillet 2002 aux États-Unis <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>.

→ , *Tax Cuts & Jobs Act (TCJA)* du 22 décembre 2017, texte disponible sur le site officiel du Congrès américain <https://www.congress.gov/115/bills/hr1/BILLS-115hr1enr.pdf> , (consulté le 28/01/2019).

→ , *Uniform Commercial Code, UCC 2017- 2018 Edition Official Text and Comments*, Published by Thomson Reuters, USA <https://www.ali.org/publications/show/uniform-commercial-code/> ; <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302>

## ÉGYPTE

*Loi sur les garanties et incitations de l'investissement en République Arabe d'Égypte* du 31 mai 2017, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.

## FRANCE

→ , *Code civil français*, <https://www.lexisnexis.fr/code-civil> ou <https://www.codes-et-lois.fr/code-civil/texte-integral> (consulté le 08/10/2020).

→ , «Loi Grenelle I» ou Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, JORF n° 0179 du 5 août 2009, p. 13031.

→ , «Loi Grenelle II» ou Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JORF du 13 juillet 2010, p. 12905.

→ , *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, JORF du 16 mai 2001, p. 7776.

→ , *Loi n 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995, art. 1, annexe*, JOFR du 2 février 1995, (v. Code de la consommation, article L 132-1) <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT00000187054/> .

## GUINÉE

*Loi L/2015/No.008/AN portant Code Des Investissements de la République de Guinée*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.

## GRANDE BRETAGNE

→ , *British Companies Act 2006*, Royaume-Uni, (v. la directive européenne 2003/51/CE), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/15/chapter/5/crossheading/directors-report> (consulté le 05-05-2016).

→ , UK, *Statutory Instrument 1999 No. 2083, The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, [italiques ajoutées].

<https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/regulation/5/made>

## HAÏTI

*Loi portant sur le code des investissements modifiant le décret du 30 octobre 1989 relatif au Code des Investissements en Haïti*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.

## MYANMAR

*Myanmar Investment Law (2016)*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.

## QUÉBEC

→, CCQ-1991 - Code civil du Québec, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/CCQ-1991>, (consulté le 15/10/2020).

→, *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

→, *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1; ci-après: *Loi sur les normes du travail*.

→, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, (art. 109.3 et 113) au Québec.

## SUISSE

*Code des obligations, Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911*, n° RS 220.

## VÉNÉZUÉLA

*Loi vénézuélienne, Law on Foreign Investment (2014)*, UNCTAD Compendium of Investment Laws, Doc. PDF du 17 janvier 2018.

### III.- Jurisprudence

#### A/- JURIDICTIONS INTERNATIONALES

##### COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE (CPJI)

*Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond)*, arrêt du 25 mai 1926, C.P.J.I. Recueil, Série A n° 7, p. 21-81.

*Communautés gréco-bulgares*, AC, 31 juillet 1930 CPJI, Recueil des avis et consultations, Série B, n° 17, p. 32.

*Concessions Mavrommatis à Jérusalem*, arrêt du 26 mars 1925, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 5, p. 6.

*Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, Ordonnance du 13 août 1928, C.P.J.I., Série A, n° 16.

*Ecoles minoritaires en Albanie*, AC, 6 avril 1935, C.P.J.I., Série A-B, n° 64.

*Échange de populations grecques et turques*, AC, 21 février 1925, C.P.J.I., Série B. n° 10.

*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A, n° 23.

*Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, n° 9, 1927, C.P.J.I, série A, n° 10, p. 16.

*Oscar Chin*, (Grande-Bretagne c. Belgique), arrêt du 12 décembre 1934, CPJI, Série C, n° 75.

*Usine de Chorzów (Fond)*, arrêt du 13 septembre 1928, C.P.J.I. Recueil, Série A, n° 17, p. 3-65.

*Usine de Chorzow*, CPJI, série C, n° 15 (11), duplique polonaise, p. 416-417.

*Wimbledon*, (France c. Allemagne), arrêt du 17 août 1923, C.P.J.I., série A n°1, p. 24.

*Zones franches du pays de Gex et de Savoie*, (France c. Suisse), arrêt du 7 juin 1932, C.P.J.I., série A.-B., n° 46.

## COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ)

*Ahmadou Sadio Diallo (Republique de Guinee c. Republique democratique du Congo), indemnisation*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 324.

*Barcelona Traction*, (Belgique c. Espagne), arrêt du 5 février 1970, CIJ Recueil 1970.

*Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, CIJ Rec. 1973.

*Compétence en matière de pêcheries, (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond*, arrêt du 25 juillet 1974, CIJ Rec. 1974, p. 3.

*Conséquences juridiques pour les états de la présence continue de l'Afrique de Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif*, 1971, CIJ, Rec., p. 16.

*Délimitation maritime en mer noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt du 3 février 2009, C.I.J. Rec. 2009, p. 61.

*Différend maritime (Pérou c. Chili)*, arrêt du 27 janvier 2014, C.I.J. Rec. 2014, p. 3.

*Différends relatifs à des droits de navigation et des droits connexes, (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, CIJ Rec., 2009, p. 213.*

*Détroit de Corfou, fond, arrêt du 9 avril 1949, CIJ Rec. 1949, p. 4.*

*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), arrêt du 19 novembre 2012, C.I.J. Rec. 2012, p. 624.*

*Différend frontalier, (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt du 22 décembre 1986, CIJ Rec. 1986.*

*Différend frontalier terrestre insulaire et maritime, (El Salvador c. Honduras; Nicaragua (intervenant)), arrêt du 11 septembre 1992, CIJ Rec. 1992.*

*Droit de passage sur territoire indien (Exception préliminaires), arrêt du 26 novembre 1957, CIJ, Rec. 1957, p. 125.*

*Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 août 1952, CIJ Rec. 1952, p. 176.*

*Elettronica S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie), arrêt du 20 juillet 1989, C.I.J. Rec. 1989, p. 15.*

*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, Avis consultatif du 13 juillet 1954, CIJ, Rec. 1954, p. 47.*

*Gabcikovo-Nagymaros, (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, CIJ Rec. 1997, p. 7.*

*Jugement du Tribunal administratif de l'OIT, sur requêtes contre l'UNESCO, Avis consultatif du 23 octobre 1956: CIJ Rec.1956, p. 77.*

*LaGrand, (Allemagne c. États-Unis), arrêt du 27 juin 2001, CIJ Rec. 2001, p. 466.*

*Plateau continental de la mer du nord, (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, CIJ Rec. 1969.*

*Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), arrêt du 24 février 1982, CIJ Rec. 1982, p. 18.*

*Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), arrêt du 19 décembre 1978, CIJ Rec. 1978, p. 3.*

*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), (Exception préliminaire), arrêt du 12 décembre 1996, C.I. J. Rec. 1996, p. 803.*

*Reserve à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Avis consultatif du 28 mai 1951, CIJ, Rec. 1951, p. 15.*

*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie), arrêt du 17 décembre 2002, C.I.J. Rec. 2002, 625.*

*Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, CIJ Rec., 1966, p. 6.*

*Sud-Ouest africain - Procédure de vote, Avis consultatif du 7 juin 1955: C. I. J. Rec. 1955, p. 67.*

#### TRIBUNAL INTERNATIONAL DU DROIT DE LA MER (TIDM)

*Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Bangladesh et le Myanmar dans le golfe du Bengale (Bangladesh/Myanmar), aff. n°16, arrêt du 14 mars, TIDM 2012.*

#### COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH) / COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE)

*Achmea (République slovaque c/ Achmea), CJUE, gr. ch., 6 mars 2018, aff. C-284/16, JurisData n° 2018-005270, JDI, n° 3, Juillet 2018, 14, commentaire de Y., NOUVEL.*

*Agosi c. Royaume-Uni, arrêt du 24 octobre 1986, CEDH, Série A n°108.*

*Agrati et autres c. Italie, CEDH, arrêt du 7 juin 2011 (n° 43549/08, 6107/09 et 5087/09).*

*Air Canada c/ Royaume-Uni, CEDH, arrêt du 5 mai 1995, Série A n° 316-A.*

*Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et ex-République Yougoslave de Macédoine, CEDH, arrêt du 6 novembre 2012, § 74, (Requête n° 60642/08), chronique, JDI, 2013(4), p. 1324-1327 et arrêt du 16 juillet 2014.*

*Arrondelle c. Royaume-Uni, CEDH, décision 15 juillet 1980, n° 7889/77, Décisions et rapports vol. 19, p. 186, et rapport de la Commission du 13 mai 1981, Décisions et rapports, vol. 26, p. 5.*

*Ashingdane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, CEDH, Série A, n° 93.*

*Bronjowski c. Pologne, CEDH, GC, arrêt du 22 juin 2003, § 121 et s. et spéc. § 182-187.*

*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande, CEDH, GC, arrêt du 30 juin 2005, § 149, (Requête n° 45036/98), chronique, JDI, 2006(3), p. 1073-1076.*

*Boyadzhieva et Gloria International Limited Eood c. Bulgarie, arrêt du 5 juillet 2018, CEDH, 5<sup>e</sup> session, Recueil des arrêts et décisions, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-184269"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), (consulté le 07-07-2018).*

*Burden c. Royaume-Uni*, CEDH, arrêt du 29 avril 2008, GC, *Recueil des arrêts et décisions*, 2008 (III), p. 89-131.

*Certains aspect du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, arrêt du 23 juillet 1968, CEDH, Série A n° 6.

*Commission des Communautés européennes c. Irlande*, (Aff. 61-77), Ordonnance du 22 mai 1977, *Recueil* 1977, p. 939.

*Dangeville (S.A.) c. France*, CEDH 2002-III, n° 36677/97, arrêt du 16 avril 2002.

*De Buck c/ Belgique*, CEDH, décision du 18 décembre 1963, n° 1420/62 et 1477/62, *Recueil des décisions*, vol. 13, p. 91.

*A, B, C et D c/ Royaume-Uni*, CEDH, décision du 29 mai 1967, n° 3039/67, *Recueil des décisions*, vol. 23, p. 66.

*Erkner Hofauer et Poiss c. Autriche*, CEDH, arrêt du 23 avril 1987, A n° 117.

*Fredin c. Suède (n°1)*, CEDH, arrêt du 18 février 1991, Série A, n° 192.

*Gauchin c. France*, CEDH, arrêt du 19 juin 2008 (Requête n°7801/03).

*Gillow c. Royaume-Uni*, CEDH, arrêt du 24 novembre 1986, Série A n° 109.

*Gundmunsson c. Islande*, CEDH, décision du 20 décembre 1960, n° 511/59, *Recueil des décisions*, vol. 4, p. 19.

*Håkansson et Sturesson c/ Suède*, CEDH, rapport du 13 octobre 1988, et décision du 15 juillet 1987, *Décisions et rapports*, vol. 53, p. 190.

*Handyside c. Royaume-Uni*, CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, Série A n° 24.

*Hermann c. Allemagne*, CEDH, GC, 26 juin 2012, n° 9300/07, chronique, *JDI*, 2013(4), p. 1320-1322.

*Hutten-Czapska c. Pologne*, CEDH, GC, arrêt du 19 juin 2006, § 164-225, spéc. § 172 et 225, (Requête n° 35014/97), chronique, *JDI*, 2007(2), p. 730-733.

*Inze c. Autriche*, arrêt du 28 octobre 1987, A n° 126.

*Jahn et autres c. Allemagne*, CEDH, arrêt du 22 janvier 2004, § 63-117 et spéc. 96, v. chronique, *JDI*, 2005(2), p. 542-544.

*James et autres c. Royaume-Uni*, CEDH, arrêt du 21 février 1986, CEDH, Série A n° 98.

*Kotov c. Russie*, CEDH, GC, 3 avril 2012, § 104 et 110, (n° 54522/00), chronique, *JDI*, 2013(4), p. 1327-1329.

*Lecarpentier et autre c. France*, 14 février 2006, n° 67847/01.

*Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, arrêt 8 juillet 1986, CEDH Série A n° 102.

*Marcx c. Belgique*, 13 juin 1979, CEDH, Série A n° 31.

*Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, arrêt du 12 octobre 2010, (Requête n° 30767/05 et 33800/06).

*Maurice c. France* CEDH, GC, arrêt du 6 octobre 2005, § 63, CEDH 2005-IX (n° 11810/03).

*Matthews c. Royaume-Uni*, [GC], n° 24833/94, 1999, CEDH, p. 1-22.

*MC et autres c. Italie*, arrêt pilote du 3 septembre 2013, § 82-86 (Requête n°5376/06).

*Megadat.com SRL c. Moldova*, CEDH, arrêt du 8 avril 2008, *Recueil des arrêts et décisions*, 2008(III), p. 25-48.

*Mellacher et autres c. Autriche*, CEDH, arrêt du 19 décembre 1989, Série A n°169.

*Müller c/ Autriche*, CEDH, décision du 16 décembre 1974, n° 5849/72, *Décisions et rapports*, vol. 1, p. 46, et *Rapport de la Commission* du 1er octobre 1975, *Décisions et rapports*, vol. 3, p. 25.

*National and Provincial Building Society, Leeds Building Society et Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni*, CEDH, arrêt du 23 octobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VII, n° 55.

*De Napoles Pacheco c. Belgique*, CEDH, décision du 5 octobre 1978, n° 7775/77, *Décisions et rapports*, vol. 15, p. 143.

*Özgürlükve Dayanisma Partisi (ÖDP) c. Turquie*, CEDH, arrêt du 10 mai 2012, *Recueil des arrêts et décisions*, 2012(III).

*Papamichalopoulos c/ Grèce*, CEDH, arrêt du 24 juin 1993, § 45-46, Série A n° 260-B et arrêt du 31 octobre 1995, Série A n° 330-B.

*Paris c. Conseil des Communautés européennes*, arrêt du 12 octobre 1976, *Recueil* 1976.

*Ponomaryovi c. Bulgarie*, CEDH, arrêt du 21 juin 2011, *Recueil des arrêts et décisions*, 2011(III), p. 393-420.

*Preda et autres c. Roumanie*, CEDH, arrêt pilote du 29 avril 2014, § 127-128, (Requêtes n° 9584/02, 33514/02, 38052/02, 25821/03, 29652/03, 3736/03, 17750/03 et 28688/04).

*Pressos Compania Naviera SA et autres c/ Belgique*, CEDH, arrêt du 20 novembre 1995, Série A n° 332, § 38.

*Procureur du Roi c. Benoit et Gustave Dassonville*, arrêt du 11 juillet 1974, CJCE, *Recueil* 1974, p. 837;

*Smith Kline et French Laboratories LTD c/ Pays-Bas*, CEDH, décision du 4 octobre 1990, § 85 (Requête n° 12633/87), *Décisions et rapports*, vol. 66, p. 89.

*Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, CEDH, arrêt du 23 septembre 1982, Série A n° 52, § 73 et arrêt du 18 décembre 1984 Série A n° 88.

*Tyrer c. Royaume-Uni*, Requête n° 5856/72, arrêt du 25 avril 1978, CEDH, Série A, n° 2, p. 1-17.

*Traktörer AB c. Suède*, CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, § 59-62, série A n° 159.

*Van der Musselle c. Belgique*, CEDH, arrêt du 23 novembre 1983, Série A n° 70, § 47-49.

*Van Marle et autres c. Pays-Bas*, CEDH, arrêt du 26 juin 1986, Série A n° 101, § 43-44.

*Vistns et Perepjolkins c. Lettonie*, CEDH, GC, arrêt du 25 octobre 2012, § 94, (Requête n° 71243/01), chronique, *JDI*, 2013(4), p. 1317-1320.

*Weisinger c. Autriche*, CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, A n° 213, § 65-79.

*Wiggins c. Royaume-Uni*, CEDH, décision du 8 février 1978, n° 7456/76, *Décisions et rapports*, vol. 13, p. 40.

*X c. Suède*, CEDH, décision du 19 décembre 1974, n° 6776/74, *Décisions et rapports*, vol. 2, p. 123.

*X c/ Autriche*, CEDH, décision du 3 octobre 1979, n° 8003/77, *Décisions et rapports*, vol. 17, p. 80.

*X c/ République fédérale d'Allemagne*, CEDH, décision du 13 décembre 1979, n° 8410/78, *Décisions et rapports*, vol. 18, p. 216.

*X c/ République fédérale d'Allemagne*, CEDH, décision du 12 mai 1980, n° 8363/78, *Décisions et rapports*, vol. 20, p. 163.

*X c/ Belgique*, CEDH, décision du 10 mars 1981, n° 8988/80, *Décisions et rapports*, vol. 24, p. 198.



*Zhukovskiye c. Russie*, CEDH, arrêt du 13 janvier 2011 (Requête n° 23166/04).

#### COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME (CIDH)

*Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 mars 2006, Série C, n° 146.

#### COUR DE JUSTICE CENTRE-AMÉRICAINNE (CJCA)

*Incompatibilité du traité Canas-Jerez (Casta-Rica-Nicaragua) du 15 avril 1858 et du traité Bryan-Chamorro (États-unis-Nicaragua), du 5 août 1914*, Sentence du 30 septembre 1916, *Am. J. of Int'l Law*, 1917, pp. 181-229.

#### ORGANE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC (ORD /OMC)

*Brésil-Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés*, WT/DS332/AB/R du 3 décembre 2007, Rapport de l'Organe d'appel, [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/cases\\_f/ds332\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds332_f.htm) (consulté le 28/07/2014).

*Chine-Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels*, 2009, OMC Doc. WT/DS363/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel, § 396-7.

*Communautés européennes – Classification douanières des morceaux de poulets désossés et congelés*, 2005, OMC Doc. WT/DS2696/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 259.

*Communautés européennes et leurs états membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, 2010, OMC Doc. WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, Rapport du Groupe spécial, § 7.599.

*Communautés Européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (2003)*, OMC Doc WT/DS246/R, au para 9.1, n°425, (Rapport du Groupe spécial) [CE – Préférences tarifaires, Rapport du Groupe spécial]).

*Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport de l'Organe d'appel du 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R.

*Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS231/AB/R, para. 222 et 223, p. 67.

*États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris*, 2004, OMC Doc. WT/DS285/R, Rapport du Groupe spécial, § 6.461.

États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon, 2012, OMC Doc. WT/DS381/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 372.

États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, 2012, OMC Doc. WT/DS406/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 256-268.

États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs, 2011, OMC Doc. WT/DS316/ABR, Rapport de l'Organe d'appel, § 845.

États-Unis - Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Unis, Rapport de l'Organe d'appel, 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R, par.4.

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de Crevettes (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel adopté le 6 novembre 1998, [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/58abr.pdf](http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/58abr.pdf) (consulté le 28/07/2014).

États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, Rapport de l'Organe d'appel adopté le 20 mai 1996, [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/envir\\_f/2-9.pdf](http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/2-9.pdf) (consulté le 28/07/2014).

## B/- SENTENCES ARBITRALES

### COMMISSIONS MIXTES DES NATIONS UNIES, COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE (CPJI/CIJ), TRIBUNAUX AD HOC

*American Independent Oil Company (Aminoil) c. Koweit*, 24 mars 1982, JDI, 1982, p. 869-909; ILM, 1982, vol. 21, p. 976; ILR, 1984, vol. 66, p. 518.

*American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 12 avril 1977, ILM, 1981, vol. 20, p. 1-87; Rev. Arb. 1980, p. 132; ILR, 1982, vol. 62, p. 140; Yearbook Commercial Arbitration, 1981, p. 89.

*Arabian American Oil Company (Aramco) v. Saudi Arabia, SA*, 23 août 1958, R.C.D.I.P., 1963, p. 272-363; ILR, vol., 27, 1958, p. 117.

*British Petroleum Exploration Company (Libya) Limited (BP) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973, Rev. Arb. 1980, p. 117; ILR, vol. 53, 1979, p. 293; Yearbook Commercial Arbitration, 1980, p. 143.

*Compagnie universelle du Canal de Suez c. Vice-Roi d'Égypte, SA*, 21 avril 1864, H. LA FONTAINE, Pasicrisie internationale (1794-1900), The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1977, p. 122-129.

- Cunningham and Thompson and others (GB) c. USA*, 22 décembre 1925, RSA, VI, p. 172.
- David Goldenberg et fils c. État Allemand (Allemagne c. Roumanie)*, sentence arbitrale du 27 septembre 1928, RSA, vol. II, p. 901-910.
- Délimitation du plateau continental dans la mer d'Iroise (France c. Grande-Bretagne)*, sentence du 30 juin 1977, RSA, vol. XVIII.
- Différend concernant l'interprétation de l'article 79, par. 6, lettre C, du Traité de Paix (Biens italiens en Tunisie — Échange de lettres du 2 février 1951) — Décisions n° 136, 171 et 196, des 25 June 1952, 6 July 1954 et 7 Décembre 1955*, RSA, vol. XIII pp. 389-439.
- Affaire Dix (Commission mixte États-Unis – Vénézuéla)*, RSA, NU, vol. IX, p. 121.
- A. H. Francis (GB) c. Mexique*, 15 février 1930, RSA, V, p. 100.
- Gentini (Commission mixte Italie – Vénézuéla)*, sentence rendue par l'Umpire RALSTON, RSA, NU, vol. X, p. 558.
- Golfe du Bengale II (République populaire du Bangladesh c. République de l'Inde)*, sentence arbitrale du 7 juillet 2014, RSA, vol. XXXII, pp. 1-182.
- Gut Dam, (Canada-United States: Settlement of Lake Ontario)*, ILM, Vol. 4, No. 3 (MAY 1965), p. 468-477; v. aussi *Rapport de l'Agent des États-Unis devant le tribunal spécial*, 27 septembre 1968, 8 ILM 118 (1969); *Rapport d'introduction d'instance arbitrale présenté par Edward D. Re, Chairman, U.S. Foreign Claims Settlement Commission*, le 4 mai 1965 à p. 473, 4 ILM 472 (1965). *The Home Insurance Co (U.S.A) c. Mexique*, 31 mars 1926, RSA, IV, p. 52.
- Harry Roberts c. États-Unis mexicains*, décision du 2 novembre 1926, N.U. *Rapport des décisions arbitrales internationales*, vol. 4.
- Italie c. États-Unis*, Décision du 10 juin 1955, RSA, XIV, p. 241.
- Affaire des indemnités russes (Russie - Turquie)*, Aff. CPA No. 1910-02, sentence du 11 novembre 1912, RSA, NU, vol. XI, p. 421-447.
- Lac Lanoux, (Espagne c. France)*, Sentence du 16 novembre 1957, R.S.A. XII, p. 281-317.
- Lena Goldfields c. Union soviétique*, SA, 2 septembre 1930, *Cornell Law Quaterly*, 1950-1951, p. 42-53.
- Lord Nelson (Grande-Bretagne c. États-Unis)*, sentence du surarbitre Fromageot, du 1<sup>er</sup> mai 1914, RSA, VI, p. 34,
- Leonor Buckingham (GB) c. Mexique*, 3 août 1931, RSA, V, p. 288.

*Martini (Italie contre Venezuela) sentence du 3 mai 1930, RSA, NU, vol. II, pp. 975-1008.*

*Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom): Record of the proceedings 2001-2008, PCA éd., 2010.*

*Naomie Russel (USA) c. Mexique, 24 avril 1931, RSA, IV, p. 820; AJIL, Vol. 53, No. 4 (Oct., 1959), p. 944-958 (extrait).*

*L. F. H Neer & Pauline Neer (USA) c. États-Unis mexicains, sentence arbitrale du 15 octobre 1926, RSA, Vol. IV, p. 60-66.*

*North Atlantic Coast Fisheries, (GB c. États-Unis), sentence du 7 septembre 1910, RSA, XI, p. 189.*

*Olivia (Commission mixte Italie – Vénézuéla), sentence rendue par l'Umpire RALSTON, RSA, NU, vol. X, p. 600.*

*Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège c. États-Unis d'Amérique), sentence du 13 octobre 1922, RSA, Nations Unies, vol. I, 1922, p. 309-346.*

*Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd v. Ruler of Abu Dhabi, I.C.L.Q., 1952, p. 247-261.*

*Réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles, 3 septembre 1954, RSA, NU. Vol. I, p. 429-528.*

*Rhin de fer (Belgique-Pays Bas), sentence du 24 mai 2005 et sentence rectificative le 20 septembre 2005, TMC ASSER PRESS, PCA Award series, 2007.*

*Ruler of Qatar v. International Marine Oil Company Ltd, ILR, 1953, p. 545.*

*Sapphire International Petroleum Ltd v. National Oil Company, 15 mars 1963, ASDI, 1963, vol. 20, p. 273-302; 35 ILR 136 (1963) 43.*

*Salvador Commercial Company (« El triunfo Company ») (États-Unis c. Salvador), Sentence arbitrale du 8 mai 1902, Recueil des sentences arbitrales (RSA), vol. XV, pp. 467-479.*

*(les) Tarifs appliqués par le Canada sur certains produits agricoles en provenance des États-Unis, 1996, ALENA Doc. CDA-95-2008-01, Rapport final du Comité, § 139.*

*Texaco Overseas Petroleum Company (Topco) and California Asiatic Oil Company (Calasiatic) v. The Government of the Libyan Arab Republic, 19 janv. 1977, JDI, 1977, p. 350-389; ILR, 1979, vol. 53, p. 389; ILM, 1978, vol. 17, p. 1; Yearbook Commercial Arbitration, 1979, p. 177.*

*Trail Smelter case (United States c. Canada), 16 avril 1938 et 11 mars 1941, NATIONS-UNIES, RSA, Vol. III, p. 1905-1982.*

## TRIBUNAL IRANO AMÉRICAIN

*Emmanuel Too c. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America*, sentence du 29 décembre 1989, Iran – Us CTR, vol 23, 1989-II, p. 378.

*Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA consulting engineers of Iran, Iran et autres*, n°7, 29 juin 1984, Iran-US CTR, vol. 6, p. 219.

*Starrett Housing Corp. c. Iran*, 19 décembre 1983, Iran-USCTR, vol. 4, p. 122.

## TRIBUNAUX CIRDI ET AUTRES TRIBUNAUX RELATIFS À L'INVESTISSEMENT

*Abengoa SA y COFIDES SA c. United Mexican States*, Affaire ICSID N° ARB/AF/09/2, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3187.pdf>.

*Accession Eastern Europe Capital AB and Mezzanine Management Sweden AB c. Republic of Bulgaria*, Affaire ICSID N° ARB/11/3.

*ADC Affiliate Limited and ADC v ADMC Management Limited c. Hongrie*, (AFF. CIRDI N° ARB/03/16), Sentence du 2 octobre 2006, <http://www.italaw.com/documents/ADCvHungaryAward.pdf> (consulté le 15/03/2016).

*American Manufacturing v Trading, Inc. Zaïre*, CIRDI ARB/93/1, décision finale rendue le 21 février 1997.

*Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, 30 ILM 577 (1991); v. extraits dans JDI, 1992, p. 215, chronique E., GAILLARD; E., GAILLARD, *ibid.*, p. 323-44; v. aussi [ita1034.pdf](http://www.italaw.com/documents/ita1034.pdf) (italaw.com).

*Azurix Cop. c. Argentine*, AFF N° ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006, ICSID Reports vol. 14, p. 374, § 276.

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S c. Pakistan*, AFF. N° ARB/03/29, sentence du 29 août 2009, p. 124, § 426, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>.

*Bear Creek Mining Corporation c. République du Pérou*, Affaire CIRDI n° ARB/14/21, sentence du 30 novembre 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf>.

*British Petroleum Exploration Company (Libya) Limited (BP) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, 10 octobre 1973, Rev. Arb. 1980, p. 117; ILR, vol. 53, 1979, p. 293; Yearbook Commercial Arbitration, 1980, p. 143.

*Burlington Resources Inc. and others c. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petroleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Affaire ICSID N° ARB/08/5;

*Crystallex International Corporation c. Venezuela*, AFF. CIRDI n° ARB(AF)/11/2 (TBI Canada–Venezuela du 4 avril 2016).

*Chemtura Corporation c. Canada*, UNCITRAL, sentence du 2 août, 2010, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149\\_o.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_o.pdf).

*Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, requête du 23 septembre 2009, sentence du 31 août 2011, [ita0154.pdf \(italaw.com\)](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0154.pdf).

*CMS Gas Transmission Company c. Argentine*, AFF. CIRDI N° ARB/01/8, sentence du 12 mai 2005, *ICSID Reports*, vol. 14; également reproduit dans 44 *ILM* 1205 (2005).

*Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA No. 2012-2, sentence du 15 mars 2016, v. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf> (consulté le 19/10/2016)

*Compania del Desarrollo de Santa Elena c. République du Costa Rica*, sentence du 17 février 2000, *ICSID Reports* 2000, Vol. 5, p. 172.

*Detroit International Bridge Company c Canada*, requête du 28 avril 2011.

*Dow AgroSciences L.L.C. c. Canada*, accord de règlement du 25 mai 2011.

*EDF c. Roumanie*, CIRDI Affaire ARB/05/13, décision du 8 Octobre 2009.

*Eco Oro Minerals c. Colombie*, AFF. CIRDI n° ARB/16/41 (ALÉ Canada–Colombie du 29 décembre 2016).

*El Paso c. Argentine*, CIRDI, Affaire No.ARB/03/15, décision du 31 Octobre 2011.

*Emilio Augustin Maffezini c. Espagne*, CIRDI/ARB/97/7, 13 novembre 2000, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf> .

*Enron Corporation Ponderosa Assets, L. P. c. Argentine*, ARB/01/3, 22 mai 2007, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf> .

*European Media Ventures c. République Tchèque*, sentence du 8 juillet 2009, commentaire IRIS - Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/8/articulo.fr.html>).

*Ethyl Corporation c. Canada*, décision sur la compétence du 24 juin 1998, 38 *I.L.M.* 708 (1999); 7 *ICSID Reports* 12 (2005).

*Fedax N. V. c. République du Venezuela*, Décision sur la compétence rendue le 11 juillet 1997, ILM, vol. 37, 1998, p. 1378; JDI, I, 1999, p. 278-297 (extrait).

*Grand River c. États Unis* (12 janvier 2011, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/itao384.pdf>)

*Glamis Gold c. les États Unis d'Amérique*, ALENA/CNUDCI, sentence du 8 juin 2009, 48 ILM 1035 (2009).

*IBM World Trade Corporation c. République d'Équateur*, Affaire CIRDI n° ARB/02/10, Décision sur la compétence du 22 décembre 2003, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1021.pdf>.

*Infinito Gold c. Costa Rica*, AFF. CIRDI n° ARB/14/5 (TBI Canada–Costa Rica du 4 mars 2014).

*International Bank c. Overseas Private Investment Company (OPIC)*, 8 novembre 1972, ILM, vol. 11, 1972, p. 1216.

*Ioan Micula Viorel Micula, S.C. European Food SA., S.C. Starmill SRL and A.C. Multipack SRL v. Romania*, ICSID Case n° ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>

*Lena Goldfields c. L'Union soviétique, SA*, 2 septembre 1930, *Cornell Law Quarterly*, 1950-1951, p. 42-53.

*Lauder (USA) v. Czech Republic*, 3 septembre 2002, [http://www.italaw.com/documents/CME-2003-Final\\_001.pdf](http://www.italaw.com/documents/CME-2003-Final_001.pdf).

*LGøE Energy Corp., LGøE Capital Corp., and LGøE International, Inc. c. Argentine*, (CIRDI, AFF. N° ARB/02/1), sentence du 3 octobre 2006, § 190, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/itao460.pdf> (consulté le 17/07/2018).

*Loewen Group, Inc. et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique*, Affaire CIRDI n° ARB(AF)/98/3, sentence du 26 juin 2003, ICSID Rep., vol. 7, § 104-118.

*Lone Pine Resources Inc. c. Canada*, procédure CNUDCI, requête du 6 septembre 2013.

*Marion et Reinhard Unglaube c. Republic of Costa Rica*, Affaire ICSID N° ARB/08/1 et N° ARB/09/20, sentence du 16 mai 2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1052.pdf> (consulté le 22/04/2015).

*Marvin Roy Feldman Karpa c. Mexique*, AFF. CIRDI n° ARB(AF)/99/1, sentence du 16 décembre 2002, § 103, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf> (consulté, le 19/07/2018).

*St. Marys VCNA c. Canada*, requête du 14 septembre 2011.

*Mercer International c. Canada*, Affaire ICSID n° ARB(AF)/12/3, sentence du 6 mars 2018, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9651\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9651_0.pdf) ;

*Mesa Power Group LLC (USA) c. Canada*, PCA Affaire N° 2012-17, sentence du 24 mars 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7240.pdf>

*Metalclad Corp. c. Mexique*, Affaire ICSID N° ARB(AF)/97/1, sentence du 30 août 2000, 5 ICSID Reports 212 (2002); 16 ICSID Rev. FILJ 168 (2001); 40 I.L.M. 36 (2001); 119 ILR 618 (2002); J.D.I., 2002 (1), p. 233-242 (Extrait).

*Methanex Corp. c. États-Unis*, Sentence du 7 août 2002, 44 ILM. 1343 (2005); 7 ICSID Reports 239; et pour la sentence du 3 août 2005, v. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

*Mobil Investment Canada Inc. et Murphy Oil. Corp. c. Canada*, CIRDI ARB(AF)/07/4, 22 mai 2012, v. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf>; <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/mobil-21.pdf>.

*MTD Equity c. Chili*, CIRDI, Affaire ARB/o 1107, décision du 25 Mai 2004.

*Nova Scotia Power Incorporated c Venezuela*, Affaire ICSID n° ARB(AF)/11/1, requête 30 avril 2014.

*Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. People's Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration and Production Company Limited («Bapex») and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation («Petrobangla»)*, affaire ICSID N° ARB/10/11 et ARB/10/18.

*Pac Rim Cayman LLC. c. Republic of El Salvador*, Affaire ICSID N° ARB/09/12, sentence du 14 octobre 2016, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640_0.pdf)

*Parkerings c. Lituanie*, CIRDI, AFF. N° ARB/05/8, Sentence du 11 septembre 2007, §. 271-274 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>, (consulté le 15/03/2016).

*Petroleum Developments (Trucial Coast) Ltd v. Ruler of Abu Dhabi*, I.C.L.Q., 1952, p. 247-261.

*Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du 10 avril 2001, ICSID Reports, vol. 7, p. 102.



*Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Aff. CIRDI N° ARB/06/5, sentence du 15 avril 2009, § 78, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (consulté, le 28 mars 2019).

*Renco Group Inc. c Republic of Peru*, requête du 29 December 2010.

*Renco Group Inc. c Republic of Peru*, sentence finale du 9 novembre 2016, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7744_1.pdf) ;

*Rumeli c. Kazakhstan*, Affaire CIRDI n° ARB/05/16, sentence du 29 juin 2008, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf> .

*Rusoro Mining Limited c. Venezuela*, AFF. CIRDI n° ARB(AF)/12/5 (TBI Canada-Venezuela, 22 août 2016).

*Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, AFF. CIRDI N° ARB/05/07, sentence du 30 juin 2009, p. 41-42, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0734.pdf>

*Saluka Investments B.V. c. République tchèque*, CPA, sentence partielle du 17 mars 2006, <http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DRAP/index.htm#Saluka> .

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*, CIRDI AF n° ARB/01/13, décision sur la compétence du 6 août 2003, § 165-170, dans 42 ILM 1290 (2003), commentaires E., GAILLARD, JDI, 2004, p. 258 et s.

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Philippines*, CIRDI AF n° ARB/02/6, décision sur les objections de compétence du 29 janvier 2004, § 126, reproduit dans 19 *Mealey's Int'l. Arb. Rep.*, 6 (2004).

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte*, Décisions sur la compétence des 27 novembre 1985 et du 14 avril 1988, 3 ICSID Report 112 et 131 (1995); v. extraits dans E., GAILLARD, *La Jurisprudence du CIRDI*, A., Pedone, Paris, 2004, p. 347-361.

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'Égypte*, sentence CCI du 16 février 1983, 22 ILM 753 (1983), p. 753 et s., *Rev. Arb.* 1986, p. 105.

*S.D. Myers, Inc. c. Canada*, sentence partielle du 13 novembre 2000, 40 ILM 1408 (2001).

*Suez Inter Agua c. Argentine*, CIRDI Affaire No. ARB/03/17, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010.

*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Mexique*, sentence du 29 mai 2003, 43 ILM 133 (2004).

*Total S.A. c. Argentine*, CIRDI, n° ARB /04/1, décision sur la compétence du 27 décembre 2010, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/itao868.pdf>.

*TransCanada Corporation c états-Unis*, “Requête d’arbitrage,” AFF. CIRDI n° ARB/16/21 (ALÉNA, 15 juillet 2016).

*Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Aff. CIRDI N° ARB/07/26, sentence du 8 décembre 2016, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf).

*Vattenfall AB et autres c. République fédérale d’Allemagne*, CIRDI, Affaire N° ARB/12/12, requête du 31 mai 2012.

*Vivendi c. Argentine II*, CIRDI Affaire No. ARB/03/19, sentence du 9 septembre 2015, § 33, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4365.pdf> (consulté le 17/11/2015)

*Vivendi c. Argentine II*, CIRDI Affaire No. ARB/03/19, décision sur la responsabilité du 30 juillet 2010, §. 20, 162.

*William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaward Inc. c. Canada*.

*Windstream Energy LLC c. Canada*, sentence du 27 septembre 2016, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7875.pdf>;

*Zamora Gold c. équateur*, AFF. CPA n° 2012-2 (TBI Canada-Équateur, 15 mars 2016).

## C/- JURIDICTIONS NATIONALES

### ALLEMAGNE

*Affaire de l’Infiltration du Danube (« Donauversinkung »)*, entre Wurtemberg et la Prusse au Bade, arrêt du 18 juin 1927, *Rec. de la Cour*, (RGZ Anh. St GH t.116), 1927-1928, p. 19-26.

### BELGIQUE

*Fédération Charbonnière de Belgique*, Affaire 8/55, arrêt du 29 nov. 1956, CJCE Rec. II, p. 296-317.

### CANADA

*Aselford Martin Shopping Centres Ltd c. A.L. Raymond Ltée.*, (1990) RJ.Q. 1971 (C.S.), à la p. 1976.

*Banque de Montréal c. Spooner*, (1994) R.J.Q. 1388 (C.S.)

*Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, (1989) R.J.Q. 1091 (C.A.), à la p. 1096 et s.

*Lloyd's Bank Ltd. c. Bundy*, (1974) 3 All E.R. 757 (C.A.).

*Morrison c. Coast Finance Ltd*, (1965) 55 D.L.R. (2d) 710 (B.C.C.A.).

*Norberg c. Wynrib*, 1992 CanLII 65 (CSC), [1992] 2 RCS 226

*BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, [2008] 3 R.C.S. 560, 2008 CSC 69.

*Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68.

*Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, *document.do* (scc-csc.ca).

*Re Olympia & York Enterprises Ltd. and Hiram Walker Resources Ltd.* (1986), 59 O.R. (2d) 254 (C. div.).

*Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*, 493 A.2d 946 (Del. 1985) et *Paramount Communications Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140 (Del. 1990).

## ÉTATS-UNIS

*Berman v. Parker*, 348 U.S. 26 (1954).

*Connecticut c. Massachusetts*, 282 US 660, reporté dans *AJIL* 1932, p. 163 et dans *BYB* 1930, p. 195 et 1932, p. 189.

*Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980)

*Hamilton v. Kennedy Distilleries & Warehouse Co.* 251 U.S. 146 (1919), 15 décembre 1919.

*Jesner et al. v. Arab Bank PLC*, S. Ct. 24 Avril 2018 (v. commentaire de R. PIERI, *RGDIP*, N° 2018, p. 1060-1062).

*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 US\_(2013), Opinion de la Cour, par son président Chief Roberts, § I, p. 1.

*License Cases*, 46 U.S. 504 (1847).

*Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992), 29 juin 1992.

*Marc KASKY v. Nike, Inc. et al.* 2 mai 2002, N° So87859, 02C.D.O.S.3790.

*Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887), 5 décembre 1887.

*Paramount Communications Inc. v. Time Inc.*, 571 A.2d 1140 (Del. 1990).

*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U.S. 393 (1922), 11 décembre 1922.

*Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U.S. 104 (1978), 26 juin 1978.

*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 721 (2004).

## FRANCE

*Arrêt du Conseil d'État - 8ème et 3ème sous-sections réunies - 13 janvier 2010, n° 321416, Légifrance.*

*Cassation Civ., Ch. Requêtes, arrêt du 15 juin 1892, DALLOZ 1892, I. 596; SIREY, 1893, I., 281, note LABBÉ; Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 2, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 553. (Cass. req. 15 juin 1892, arrêt Boudier, GAJC, t. 2, 12<sup>e</sup> éd., no 239).*

*Cass. com., 18 novembre 1975, n° 74-11.930, Bull. civ. IV, n° 269, p. 222.*

*Cass. 3<sup>e</sup> Chambre civile, 7 juillet 2010, n° 09-14.579, Bulletin civ. III, n° 141, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000022458579>.*

*Plateau des Pyramides, Cour de Cassation, 6 janvier 1987, JDI, 1987, p. 638, avec les observations de B., GOLDMAN; Rev. Arb. 1987, p. 469, note Ph., LEBELANGER, Rev. Arb. 1987, p. 469.*

*Plateau des Pyramides, Cour d'Appel de Paris, 12 juillet 1984, JDI, 1985, p. 129, avec les observations de B., GOLDMAN.*

*Terres agricoles (Rougier SA c. Groupe d'agriculteurs camerounais), Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 12 avril 2005, n° de pourvoi: 04-82318 (Nom publié au bulletin).*

## QUEBEC

*Brutus c. Joseph*, (1996) RJ.Q. 2619 (C.S.).

*Crédit Trans-Canada ltée. c. McClemens*, (1995) R.J.Q. 985 (C.Q.).

*Crédit Trans-Canada ltée. c. Prévost*, (1995) R.J.Q. 977 (C.Q.).

*Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*, (1994) R.J.Q. 1650 (C.S.), *înf. pour d'autres motifs par* (1997) R.J.Q. 1832 (C.A.).

*Le c. Le*, (1994) R.J.Q. 1058 (C.S.).

*Services financiers Avco canada Ltée. c. Boudreau, B.E.* 97BE-423 (C.Q.)

*Société financière Speedo (1993) ltée c. Denis*, C.S. Montréal 500-05-040593-988, 1998-09-01, RE. 98BE-1114.

## TUNISIE

*Tanmiah for Management & Marketing Consultancy vs. Tunisie*, Cour arabe d'investissement, 1/1Q, IIC 238. Un résumé est disponible en français dans *Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement: Tunisie 2012*, Encadré n° 4.2, p. 118-119 et en arabe à <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tanmiah>.

## IV.- Rapports et documents internationaux

### A.- PRINCIPES, RÉSOLUTIONS, DÉCLARATIONS, RECOMMANDATIONS, RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS INTERNATIONAUX

#### ORGANISATION DES NATIONS UNIES (ONU/UN)

→, *Charte des droits et devoirs économiques des États*, v. Texte intégral dans R.G.D.I.P., 1975, p. 307 s.; <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2779> (consulté le 19 mars 2019).

→, *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCannexesfr.pdf> / [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/frn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/frn.pdf) .

→, *Développement progressif des principes et normes relatifs au N.O.E.I.*, UNITAR, 1984, doc. A/39/504/Add.1., réalisé par G., ABI-SAAB.

→, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10). (v. également annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date

du 12 décembre 2001, et rectifier par document A/56/49 (Vol. I)/Corr.3.), [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf)).

→, *Droits de l'homme, commerce et investissement, Rapport du Haut-commissaire aux droits de l'homme*, doc. ONU E/CN.4/Sub.2/2003/9 du 2 juillet 2003.

→, *Global Compact des Nations Unies* (2000), <https://www.unglobalcompact.org> .

→, *Managing Mineral Wealth, Regional Cooperation and Integration Division - RCID*, UN / Economic Commission for Africa (ECA), Addis Ababa, Ethiopia, 2002.

→, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*, A/HRC/17/31, § 6 et s., [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31\\_fr.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf).

→, *Principes directeurs de l'ONU pour les entreprises et les droits humains*, [Principes «Ruggie»], HR/PUB/II/4 © 2011 Nations Unies, NY et GE, 2011.

→, *Principes pour l'investissement responsable de l'ONU* (UNPRI, 2005), <https://www.unpri.org> .

→, *Principes volontaires pour la sécurité et les droits humains inaugurés en 2000*, Groupe de la Banque mondiale/MIGA, Washington, DC, Édition de 2008, [https://www.miga.org/documents/VPSHR\\_Toolkit\\_French.pdf](https://www.miga.org/documents/VPSHR_Toolkit_French.pdf) (consulté le 6 juin 2018).

→, *Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10).

→, *Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, ONU, doc. A/CONF.151/26/Rev.1, (vol.1), Annexe II, également reproduit dans RGDIP, vol. 96, 1992, p. 975.

→, *Principes d'UNIDROIT 2016*, Publié par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome, ISBN: 978 - 88 - 86449 - 38 - 0, Copyright © UNIDROIT 2016, aux p. 114-116, <https://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2016/principles2016-f.pdf>.

→, *Procès-verbaux des séances du Comité avec annexes*, CPJI, Comité consultatif de juristes, 16 juin-24 juillet 1920, p. 310, <https://www.icj-cij.org/fr/cpji-autres-documents>, Consulté le 28-02-2020.

-, Résolution 1803 du 14 décembre 1962 relative à la Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ([https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_1803/ga\\_1803\\_ph\\_f.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_f.pdf)).

-, Résolution 3201 de l'Assemblée générale, 6<sup>e</sup> session extraordinaire, GAOR, Supp. n°1, UN. Doc. A/9559 (1974).

## COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL (CDI)

-, *La commission du droit international et son œuvre*, 7<sup>e</sup> éd., Volume I, UN, New York, 2009.

-, *La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'études de la Commission du droit international, sous la présidence de Martti Koskenniemi, Nations Unies, Assemblée Générale, A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006, paragraphe 276, [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf) (22/08/2017).

-, *Law of Treaties*, Doc. A/CN.4/63, p. 127, Rapport de la Commission du droit international sur le droit des traités par Mr. H. LAUTERPACHT, Rapporteur Spécial, Extrait de *l'Annuaire de la Commission du droit international*, 1953, vol. II, p. 90-162.

-, *Rapport de la Commission du droit international*, 64<sup>e</sup> session, 7 mai-1er juin et 2 juillet-3 août 2012, Assemblée générale, Documents officiels, 67<sup>e</sup> session Supplément n° 10 (A/67/10), NY, 2012, p. 15).

-, *Rapport de la Commission du droit international*, Soixante-troisième session 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Assemblée générale, Documents officiels Soixante-sixième session Supplément n°10, (A/66/10/Add.1), Nations Unies, New York, 2012, p. 380-381, <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/french/addendum.pdf> (consulté le 2/19/2018).

-, *Rapport de la Commission du droit international*, 62<sup>e</sup> session, 3 mai au 4 juin et 5 juillet au 6 août 2010, Assemblée générale, Documents officiels, 65<sup>e</sup> session Supplément n° 10 (A/65/10), NY, 2010.

-, *Rapport de la Commission du droit international*, 64<sup>e</sup> session, 7 mai-1er juin et 2 juillet-3 août 2012, Assemblée générale, Documents officiels, 67<sup>e</sup> session Supplément n° 10 (A/67/10), NY, 2012, p. 15.

-, *Rapport Ago de la Commission de droit international sur la responsabilité des États*, *Annuaire de la Commission de droit international* 1969, vol. II, pp. 147-155.

-, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente et unième session* (14 mai – 3 août 1979), *Annuaire de la Commission du droit international* 1979, vol. II(2), Nations Unies, Doc. A/34/10, § 18. (Supra n 223), [http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/reports/a\\_34\\_1\\_o.pdf&lang=EFSXP&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/reports1970.shtml](http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/documentation/french/reports/a_34_1_o.pdf&lang=EFSXP&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/reports1970.shtml)

## ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL (OIT) ET AUTRES ORGANISATIONS MULTIPARTIES

→, *Déclaration tripartite de l'OIT sur les Principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale* (1997-2000 et révisé en 2006), UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

→, *Directives ISO/CEI, Partie 2: Règles de structure et de rédaction des Normes internationales*, 5<sup>e</sup> édition, 2004.

→, *Global Reporting Initiative* (Multipartite, 1997), <https://www.globalreporting.org/resourcelibrary/French-How-To-Use-the-GRI-Guidelines-In-Conjunction-With-ISO26000.pdf>.

→, *Normes ISO 26000* (ISO Multipartite, 2010), <http://www.iso.org/iso/fr/home/standards/iso26000.htm>.

- *Normes alimentaires internationales*, <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/list-standards/fr/> (consulté le 23 mai 2018).

## CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES POUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT (CNUCED/UNCTAD)

→, *Actes de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement, Tome 1, Acte final et Rapport*, éd. DUNOD avec la collaboration des NATIONS UNIES, Paris, 1965, p. 12 et 22 (Doc. Off. CES NU, 1964, E/CONF.46/139, Doc. NU E/CONF.46/141, Vol. I (1965)).

→, *Admission and Establishment*, UNCTAD Series, on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol. II), UN, New York and Geneva, 2002, pp. 1-58, [http://unctad.org/en/Docs/iteiit10v2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/iteiit10v2_en.pdf) (consulté le 22/03/2018).

→, *Admission préférentielle ou en franchise des exportations d'articles manufacturés et d'articles semi-finis des pays en voies de développement dans les pays développés*, Res. CNUCED 21(II), Doc. Off CNUCED NU, 2<sup>e</sup> sess., Doc NU TD/97/v I (1968) 41 [*Admission préférentielle ou en franchise*]).

→, *Contrats d'État*, UN, NY et GE, 2004.

→, *Coopération Sud-Sud dans le domaine des accords internationaux d'investissement*, UN, NY & Genève 2005, p. 1-4.



→, *Contribution des accords internationaux d'investissement à l'attrait des pays en développement pour l'investissement étranger direct*, NATION UNIES, NY & GE, 2009.

→, *Définition de règles internationales en matière d'investissement : état des lieux, défis à relever et perspectives*, *Études de la CNUCED sur les politiques d'investissement international au service du développement*, UN, New York & Genève, 2008.

→, *Dispositions relatives à la promotion de l'investissement dans les accords internationaux d'investissement*, UN, New York & Genève, 2008.

→, *Documents de travail*, TD/B/COM.2/73 du 5 janvier 2007 et TD/B/COM.2/EM.21/2 DU 22 mai 2007, site de la CNUCED, [http://unctad.org/fr/Docs/iteit20073\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/Docs/iteit20073_fr.pdf) (consulté le 28 février 2014).

→, *Global action menu for investment facilitation*, UNCTAD, 2017, [https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Action%20Menu%2023-05-2017\\_7pm\\_print.pdf](https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Action%20Menu%2023-05-2017_7pm_print.pdf)

→, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UNCTAD/DIAE/PCB/2005/5.

→, *International Investment Agreement : A Compendium*, ci-après « A Compendium », Vol. I-XIV, UN, NY & GE, 1996-2005 (v. également la Base de données de la CNUCED relative aux AII, UNCTAD's IIA Navigator, IIA Mapping Project, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu> ).

→, *International Investment Agreements: Key Issues*, UN, NY & GE, 2004, vol. II, chap. 21, à la p. 220

→, *Menu d'action globale de la CNUCED pour la facilitation des investissements*, CNUCED, Septembre 2016.

→, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018 : l'investissement et les nouvelles politiques industrielles. Repères et vue d'ensemble*, NATIONS UNIES, NY & GE, 2018.

→, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2017*, NATIONS UNIES, New York & Genève, 2017, p. 122 (et plus précisément voir le tableau des réformes: « Table III.4. Reform-oriented elements in IIAs – comparison of “old” and “new” BITs »).

→, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2015: Réformer la gouvernance de l'investissement international. Repères et vue d'ensemble*, NATIONS UNIES, NY & GE, 2015.

→, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2015, Vue d'ensemble*, NATIONS UNIES, NY & GE, 2015.

→, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2014, Vue d'ensemble. L'investissement au service du développement durable: un plan d'action*, UN, New York & Genève, 2014.

→, *Rapports sur l'investissement dans le monde 2013, Vue d'ensemble, Les chaînes de valeurs mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement*, UN, New York & Genève, 2013.

→, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2010, Vue d'ensemble*, UN, New York & Genève, 2010.

→, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2008: Les sociétés transnationales et leurs rôles dans les infrastructures, Vue d'ensemble*, UN, New York & Genève, 2008.

→, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2007*, UN, New York et Genève, 2007.

→, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2003*, UN, NY/GEN. 2003.

→, *Réforme du régime des accords internationaux d'investissement : Phase 2. Réunion d'experts pluriannuelle sur l'investissement, l'innovation et l'entrepreneuriat pour le renforcement des capacités productives et un développement durable, Cinquième session*, Genève, 9-11 octobre 2017, Document TD/B/C.II/MEM.4/14.

→, *World Investment Report 2003. FDI policies for development: National and International Perspectives*, UN, NY/GEN. 2003.

→, *World Investment Report 2018. Investment and New Industrial Policies*, UNITED NATIONS, NY & GE, 2018.

→, *World Investment Report 2013*, UN, New York & Geneva, 2013.

→, *World Investment Report 2007: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development*, UN, New York & Geneva, 2007.

## BANQUE MONDIALE

→, *Affaires du CIRDI – Statistiques, Numéro 2021-1*, p. 11, CIRDI, Groupe de la Banque mondiale, [WWW.ICSID.WORLDBANK.ORG](http://WWW.ICSID.WORLDBANK.ORG) (Consulté, le 20 avril 2021).

→, *Analyse des documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention*, vol. I-IV, Washington DC, 1970.

→, *Convention et règlements du CIRDI*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, N.W., Washington, D.C., E.U.A., Doc CIRDI/15, Avril 2006; Doc. CIRDI/2, IIe Partie.

-, *Historique de la Convention CIRDI. Documents relatifs à l'origine et à l'élaboration de la Convention pour le règlement des différends relatifs à l'investissement entre États et ressortissants d'autres États, Volume III, Publication du CIRDI, Washington DC, 1968, 867 pages.*

-, «Rapport des Administrateurs de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement sur la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États» in *Convention et règlements du CIRDI*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, N.W., Washington, D.C., E.U.A., Doc CIRDI/15, Avril 2006 (v. aussi Doc. CIRDI/2, IIe Partie).

-, *Rapport annuel 2004*, Washington DC, 2004.

-, *Résolution n° 214*, du 10 septembre 1964 portant approbation du Rapport des Administrateurs en date du 6 août 1964, CIRDI, *Convention et règlements du CIRDI*, Doc. CIRDI/2, IIe Partie, p. 2 et s.; CIRDI, *Rapport annuel 2004*, Washington DC, 2004, p. 6.

-, *Résolution n° 174* adoptée le 18 septembre 1962 par le Conseil des Gouverneurs lors de la 17<sup>e</sup> Assemblée Annuelle à Washington DC.

-, *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, in *World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, 21 juin 1992, Washington DC: The World Bank, 1992, 31 ILM 1379; AFDI, 1992, vol. 38, p. 801-807 (traduction officielle et commentaire de P., JUILLARD, AFDI, 1992, vol. 38, p. 779-800).

G20

G20 *Guiding Principles for Global Investment Policymaking (Principes directeurs du G20 pour les investissements mondiaux)*, <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Annex%20III%20G20%20Guiding%20Principles%20for%20Global%20Investment%20Policymaking.pdf>

CENTRE INTERNATIONAL POUR LE COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT DURABLE (ICTSD)

«Le débat est relancé sur les cadres de gouvernance mondiaux du commerce et de l'investissement», *Passerelles*, Vol. 18, N° 9, du 7 Décembre 2017, <https://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/le-d%C3%A9bat-est-relanc%C3%A9-sur-les-cadres-de-gouvernance-mondiaux-du> (consulté, le 11/02/2019).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE / OECD)

→, *Accord multilatéral sur l'investissement*, Projet de texte consolidé, OCDE, <http://wwwi.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987rif.pdf> (consulté le 28 février 2014).

→, *AMI, l'Ensemble de propositions additionnelles concernant l'environnement*, I, OCDE, DAF/MAI/RD(98)10 FINAL du 22 décembre 1999.

→, *Cadre d'action pour l'investissement* Édition 2015, Éditions OCDE, Paris, 2015.

→, *Cadre d'action pour l'investissement*, OCDE, 2006.

- , *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Adoptée par le Conseil d'administration du Bureau international du Travail à sa 204<sup>e</sup> session (Genève, novembre 1977) et amendée à ses 279<sup>e</sup> (novembre 2000), 295<sup>e</sup> (mars 2006) et 329<sup>e</sup> (mars 2017) sessions, 5<sup>e</sup> Edition - Mars 2017, [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_emp/@emp\\_ent/documents/publication/wcms\\_124923.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf) (consulté le 6 juin 2018).

→, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>;

- , *Global Reporting Initiative*, <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx> (consulté le 6 juin 2018).

→, *Grandes lignes de l'accord multilatéral sur l'investissement*, Note du Président, Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI), DAF/MAI(98)4, 16 février 1998, Document non classifié, site de l'OMC, <http://wwwi.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng984f.pdf>.

→, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Les éditions de l'OCDE, Paris, 2008 ; également Éd. 2011, <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf> (consulté le 16 mai 2018).

→, *Politique de la réglementation : Perspectives de l'OCDE 2018*, Éditions OCDE, Paris, 2018, <https://doi.org/10.1787/9789264305458-fr>

→, *Principes de bonnes pratiques de l'OCDE pour la politique de la réglementation: Contrôle et mise en œuvre de la réglementation*, Éditions OCDE, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264208926-fr> .

→, *Projet de Convention de l'OCDE sur la protection de la propriété étrangère de 1962-7*, A Compendium, vol. II, p. 113; UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

→, *Towards an international framework for investment facilitation*. Retrieved from, OECD, 2018, p. 1 et s., <https://www.oecd.org/investment/Towards-an-international-framework-for-investment-facilitation.pdf>

## ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE (OMC/WTO)

→, *Déclaration ministérielle conjointe sur la facilitation de l'investissement pour le développement*, WT/MIN(17)/59, 13 décembre 2017, [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/mcii\\_f/documents\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mcii_f/documents_f.htm).

→, *Environnement, Historique, Les premières années : émergence du débat sur l'environnement au GATT / à l'OMC*, site officiel de l'Organisation Mondiale du Commerce, [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/envir\\_f/histi\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/histi_f.htm).

→, *Facilitation de l'investissement. Relation entre commerce et investissement*, site officiel de l'OMC, [https://www.wto.org/french/thewto\\_f/minist\\_f/mcii\\_f/briefing\\_notes\\_f/bfinvestfac\\_f.htm](https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/mcii_f/briefing_notes_f/bfinvestfac_f.htm) (consulté le 07/02/2019).

→, *Facilitation des échanges*, [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/tradfa\\_f/tradfa\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/tradfa_f/tradfa_f.htm) (consulté, le 11/02/2019).

## COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

→, *DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil*, JO L 304/64 du 22.11.2011.

→, *DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, JO L 95/29 du 21.4.1993.

→, *Livre Vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366 final, Publié par la Commission, Bruxelles, le 18 juillet 2001.

→, *Les recommandations 159 et 211 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe relatives à la fois au Fond de garantie des investissements en Afrique et à la Convention multilatérale sur le régime des investissements privés*.

→, *Notice concerning the provisional application of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the One Part, and the European Union and its Member States, of the Other Part*, [2017] EUOJ N° L 238/9.

→, *NOTE FOR THE TPC/INTA EU-US Relations: Interim Report on the work of the Executive Working Group*, 30 January 2019, site officiel de l'UE, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc\\_157651.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157651.pdf).

## UNION AFRICAINE (UA)

Draft Pan-African Investment Code, Doc. E/ECA/COE/35/18, AU/STC/FMEPI/EXP/18(II), 26 March 2016, Issu de la réunion conjointe des comités d'experts de la Commission économique pour l'Afrique des Nations Unie (35<sup>e</sup>) et de l'Union africaine (2<sup>nd</sup>), du 31 mars au 2 avril 2016 à Addis Ababa. Le projet de texte est disponible sur le site, <http://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/23009/b11560526.pdf?sequence=1>.

## B.- RAPPORTS ET DOCUMENTS NATIONAUX

### TRAITÉS-TYPES

Benin model 2002, A Compendium, vol. IX; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2829>.

Bolivia UNCTAD, A Compendium, Volume X, Part Two. Prototype Instruments; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2830>

Burkina Faso model 2005, A Compendium, vol. X, p. 287; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Burundi model 2002, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2826>.

Cambodia, A Compendium, vol. VI, p. 463; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Canada Model 2004, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2820>.

Canada Modèle d'APIE - 2021 / Modèle d'Accord sur la promotion et la protection des investissements étrangers (APIE) du Canada de 2021, [Modèle D'APIE - 2021 \(international.gc.ca\)](http://international.gc.ca).

Chile model 1994, A Compendium, vol. III, p. 143; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2841>.

Chine model 1994, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2840>.

Colombia model 2011, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3559>.

Croatia, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Egypt, A Compendium, vol. V, p. 293; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2856>

Finland Model 2007, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

France Model 2006, A Compendium, Vol. III, Prototype instruments, p. 159; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2862>

Germany Model 2008, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2865>.

Ghana 2003, A Compendium, vol. XIII, p. 279; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Guatemala, A Compendium, vol. XII, p. 289; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Hellenic Republic model 2001, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

IISD Model 2005, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

India Model 2003, UNCTAD's IIA Navigator, [Microsoft Word - india\\_model BIT.doc \(unctad.org\)](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2856)

Morocco Model BIT 2019, International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5895/download>

Norway Model BIT (draft) 2015, UNCTAD's IIA Navigator, Draft Model Agreement (English) (unctad.org).

Norway Model 2007, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Peru model 2000, A Compendium, vol. VI, p. 493; UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Romania, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

SADC Model Bilateral Investment Treaty Template 2012, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2875>.



South Africa model 1998, *A Compendium vol. VIII*, p. 273. UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Sri Lanka, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Turkey model 2000, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

Uganda model 2005, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

US Model 2012, UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

## AUTRES RAPPORTS ET DOCUMENTS NATIONAUX

### ÉTATS-UNIS

Acte de retrait du 20 janvier 2017 du gouvernement des ÉTATS-UNIS, H.R.596 - *TPP Withdrawal Act*, <https://www.congress.gov/115/bills/hr596/BILLS-115hr596ih.pdf> (consulté 25/09/2017).

*Tax Cuts & Jobs Act (TCJA)* du 22 décembre 2017, texte disponible sur le site officiel du Congrès américain <https://www.congress.gov/115/bills/hr1/BILLS-115hr1enr.pdf> , (consulté le 28/01/2019).

### FRANCE

*Réflexions sur l'intérêt général, rapport public du Conseil d'État 1999* (France), <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999> (consulté le 08/08/2017).

### GUINÉE

*Gunean Mining Taxation System : Analysis and Recommendations for Reform*, Rapport final de J., M., OTTO, préparé pour le ministère guinéen des mines et de la géologie, août 2005, p. 6 et s.



## C.- RAPPORTS, ÉTUDES ET AUTRES DOCUMENTS NON GOUVERNEMENTAUX

AMERICAN LAW INSTITUTE,

\_, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*, ALI, Philadelphia, 1994.

\_, *Restate of the Law Third – The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, 1987, p. 196-216.

ASSOCIATION POUR L'INVESTISSEMENT RESPONSABLE, *Rapport de tendances de l'investissement responsable canadien 2015*, [https://riacanada.ca/wp-content/uploads/2015/01/RI\\_Trends\\_Report2015\\_FR.pdf](https://riacanada.ca/wp-content/uploads/2015/01/RI_Trends_Report2015_FR.pdf).

ASSOCIATION POUR LA PROMOTION ET LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS PRIVÉS EN TERRITOIRES ÉTRANGERS (APPI), *Résolution prise en 1959 par l'APPI et qui établissait les principes de droit international applicables aux investissements*.

CENTRE D'ÉTUDE ET DE RECHERCHE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE RELATIONS INTERNATIONALES DE L'ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, Rapport de Bernard AUDIT, directeur d'études, saison de 1987, Dordrecht, Martinus, Nijhoff, 1988.

CENTRE TRICONTINENTAL, *Les institutions de l'ordre économique capitalistes*, L'Harmattan, Paris, 1999.

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI), *Projet de Code international pour le traitement équitable des investissements étrangers*, élaboré en 1949 à l'issue du Congrès de Québec par la Chambre de commerce internationale (CCI); UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

DELOITTE S.E.N.C.R.L./s.r.l., *Alerte en fiscalité canadienne - Réforme fiscale américaine – Incidences sur les opérations de fusion et acquisition et le secteur du capital-investissement*, 24 janvier 2018, p. 4, [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/tax/fr\\_US\\_Tax\\_Reform\\_Impact\\_on\\_MA\\_and\\_PE\\_AODA.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/tax/fr_US_Tax_Reform_Impact_on_MA_and_PE_AODA.pdf), (consulté le 28/01/2019).

PARLIAMENTARY GROUP FOR WORLD GOVERNMENT, *Projet pour une Convention mondiale des investissements* publié en 1959 à l'initiative de l'association britannique la *Parliamentary Group for World Government*.

## V- Doctrine

### A-/ DICTIONNAIRES, RECUEILS, OUVRAGES COLLECTIFS

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & BRAUCH, M. D. (dir.), *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2010*, IISD, Genève, octobre, 2018, 79 pages.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & JOHNSON, L. (dir.), *Le droit international des investissements et le développement durable : principales affaires des années 2000-2010*, IISD, Genève, juillet 2011, 178 pages.

BÉRAUD, A., et FACCARELLO, G. (dir.), *Nouvelle histoire de la pensée économique, 1. I, Des Scolastiques aux classiques*, Paris, La Découverte, 1992.

BOISSON DE CHAZOURNES, L., DESGAGNE, R., MBENGUE, M. M., ROMANO, C., *Protection internationale de l'environnement*, Pedone, Paris, 2005, 808 p.

BOISSON DE CHAZOURNES, L., DESGAGNE, R., ROMANO, C., *Protection internationale de l'environnement – Recueil d'instruments juridiques*, A. Pedone, Paris, 1998, 1117 pages.

BROSSET, E., TRUILHÉ, E. (dir.), *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, La Documentation française, Paris, 2006, 334 pages.

BUNGENBERG, M., REINISCH, A., et TIETJE, C. (dir.), *EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges*, Nomos, Baden-Baden (Allemagne), 2013, 216 pages.

CAMPBELL, B. (dir.),  
→, *Ressources minières en Afrique, Quelle réglementation pour le développement ?*, Presses de l'Université du Québec (PUQ), 2010.

→, *Enjeux des nouvelles réglementations minières en Afrique*, document de recherche n° 3, Uppsala, Nordiska Afrikainstitutet, 2004, 184 pages.

CLAM, J., et MARTIN, G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, 454 pages.

CORDONIER-SEGGER, M.-C., GEHRING, M., *Sustainable development law: principles, practices, and prospects principles*, Oxford, UK; New York: Oxford University Press, 2004, 464 pages.

CORDONIER-SEGGER, M.-C., GEHRING, M., & NEWCOMBE, A. (dir.), *Sustainable Development in International Investment Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011 [ISBN 978-90-411-3166-9].

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association HENRI CAPITANT, PUF, Paris, 2011, 1152 pages.

CREDIMI, *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées la convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Université de Dijon, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, A. Pedone, Paris, 1969, 194 pages.

DEBLOCK, C., et LEBULLENGER, J. (dir.), *Génération TAFTA- Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, Presses universitaires de Rennes, 2018, 351 pages.

DECAUX, E. (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière des droits de l'homme*, Journée d'étude du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH) et du Pôle international et européen de l'Université Panthéon-Assas Paris II (PIEP), organisé à Paris le 9 février 2007, Bruylant, Bruxelles, 2010, 292 pages.

DELOITTE, *Alerte en fiscalité canadienne - Réforme fiscale américaine - Incidences sur les opérations de fusion et acquisition et le secteur du capital-investissement*, Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., 24 janvier 2018, [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/tax/fr\\_US\\_Tax\\_Reform\\_Impact\\_on\\_MA\\_and\\_PE\\_AODA.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ca/Documents/tax/fr_US_Tax_Reform_Impact_on_MA_and_PE_AODA.pdf), (consulté le 28/01/2019).

DOMMEN, C., et CULLET, Ph. (dir.), *Droit international de l'environnement, Textes de base et références*, Kluwer Law International, London - The Hague - Boston, 1998.

DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Colloque annuel de la Société Française pour le Droit International, Pedone, Paris, 2017, 521 pages.

DUPUY, P.-M., et CHETAIL, V. (dir.), *The Roots of International Law : Les Fondements Du Droit International: Liber Amicorum Peter Haggemacher*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2014.

DUPUY, P.-M., PETERSMANN, E.-U., et FRANCONI, F. (dir.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, 597 pages, [ISBN-13: 9780199578184].

EL GHADBAN, T., MAZUY, Ch.-M., SENEGACNIK, A. (dir.), *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'Etat ? - The Protection of Foreign Investments : A Reaffirmation of the State?*, Paris, Pedone, 2018.

GAILLARD, E., *La Jurisprudence du CIRDI*, A. Pedone, Paris, 2004, 1105 p. (v. aussi le volume II, 2010).

GAZZINI, T., & De BRABANDERE, E. (dir.),

., *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public interests*, Leiden Boston: Nijhoff Brill, 2014, 286 pages.

., *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligation*, Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden-Boston, 2012, 332 pages.

GHERARI, H., et SZUREK, S. (dir.), *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international*, Acte du colloque, CEDIN PARIS X, Cahier international n°18, A. Pedone, Paris, 2003, 350 pages.

GOLDMAN B. (dir.), *L'entreprise multinationale face au droit*, Librairies techniques, Paris, 1977, 453 pages.

GUGGENHEIM, P., *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, 901 pages.

HORCHANI, F (dir.), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, A. Pedone, Paris, 2007, 338 pages.

KAHN, Ph., *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN*, Litec-CREDIMI, Paris, 2000, 728 pages.

KAHN, Ph., WÄLDE, Th. (dir.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, 1036 pages.

DE LAPRADELLE, A. G., et POLITIS, N., *Recueil des arbitrages internationaux*, A. Pedone, Paris, Tomes I, II et III, 1905, 1923 et 1954.

LEBEN, Ch. (dir.),

., *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, A. Pedone, Paris, 2015, 1142 pages.

., *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, 400 pages.

LIM, C. L., ELMS, D. K., et LOW, P. (dir.), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement*, Cambridge University Press, Cambridge (Royaume Uni), 2012, 356 pages.

De MESTRAL, A. (dir.), *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies*, Centre for International Governance Innovation, Waterloo (Ont), 2017, 552 pages.

De MESTRAL, A., et LEVESQUE, C. (dir.), *Improving International Investment Agreements*, Routledge, 2013, 417 pages.

MULLERAT, R., BRENNAN, D. (dir.), *Corporate social responsibility : The Corporate Governance of the 21st Century*, International Bar Association Series, Kluwer Law International, 2005, 565 pages.

PCA, *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, 347 pages.

PERELMAN, Ch., et VANDER ELST, R. (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, 377 pages.

PENANT (*Recueil*), Série documentation, Paris, 1891-2016.

PRIEUR, M., et DOUMBÉ-BILLÉ, S. (dir.), *Recueil francophone des traités et textes internationaux en droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 719 pages.

RABELLO, A. M. (dir.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1997, 844 pages.

ROVINE, A. W. (dir.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 350 pages.

SACERDOTI, G, ACCONCI, P, VALENTI, M., and De LUCA, A. (dir.), *General interests of host States in the application of investment treaties*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 478 pages [ISBN 978-1-107-05023-5 Hardback].

SALMON, J. (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, BRUYLANT/AUF, Bruxelles, 2001.

SAUVANT, K., & HAMDANI, K., *International Support Programme for Sustainable Investment Facilitation*, Document de travail présenté dans le cadre de l'Initiative E15, ICTSD/World Economic Forum, juillet 2015, disponible sur le site de l'ICTSD: <https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/E15-Investment-Sauvant%20and%20Hamdani-FINAL.pdf> / [http://ccsi.columbia.edu/files/2015/08/KPS\\_KH-SIFU-published-July-15.pdf](http://ccsi.columbia.edu/files/2015/08/KPS_KH-SIFU-published-July-15.pdf) .

SHIHATA, I.F.I. (dir.), *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 802 pages.

SULLIVAN, R., MACKENZIE, C. (dir.), *Responsible Investment*, Sheffield, Greenleaf Publishing, 2006, 382 pages.

TRUILHÉ F.-G., et UZAN, O. (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, Paris, 2011, 530 pages.

UNCTAD,

\_, *International Investment Instruments: A Compendium*, ci-après « A Compendium », Vol. I-XIV, UN, NY & GE, 1996-2005.

\_, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-making Perspectives, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002*: UNCTAD 2003, NY/GE, 243 pages.

VADI, V. (dir.), *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, publié par Edward Elgar, avril 2018, 352 pages, [ISBN: 9781785368578].

VOON, T. (dir.), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, Edward Elgar, Cheltenham (Royaume Uni), 2014, 296 pages.

WEILER, T. (dir.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London: Cameron May, 2005, 850 pages.

WOLFRUM, Rüdiger (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2006.

## B-/ MONOGRAPHS

AKEHURST, M., *A Modern Introduction to International Law*, ALLEN (G) and UNWIN (Ltd), Londres, 1970, 368 pages.

AMADIO, M., *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, 276 pages.

ANZILOTTI, D., *Cours de droit international*, Traduit de l'italien par Gilbert Gidel, Recueil Sirey, Paris, 1929, 534 pages.

ANZILOTTI, D., *Cours de Droit international*, Paris, Sirey, 1929.

ARBOUR, J.-M., et PARENT, G., *Droit international public*, 7ème Éd., Yvon Blais, Cowansville, 2017, 1275 pages.

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Livre V, ch. IV, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.

BADIE, B.,

., *L'impuissance de la puissance. Essai sur les nouvelles relations internationales*, CNRS Éd., Paris 2013, 293 pages.

., *Un monde sans souveraineté : les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, Paris, 1999, 306 pages.

BADIE, B. et SMOUTS, M.-C., *Le retournement du monde, Sociologie de la scène internationale* Presses de Sciences Po., Paris, 1999, 239 pages.

BAKER P., V., et LANGAN, P. St. J., *Snell's Principles of Equity*, Sweet & Maxwell, 28<sup>e</sup> éd., Londres, 1982, 703 pages.

BARTENSTEIN, K., *L'antagonisme «commerce et environnement» ou principe de développement durable comme fil conducteur pour la réconciliation des intérêts commerciaux et environnementaux sous l'article XX du GATT*, Thèse, Université Laval, Québec, 2006, 511 pages.

BARTHÉLEMY, J., NÉZARD, H., ROLLAND, L., BASDEVANT, J., SCALLE, G., AVRIL, P., DELPECH, J., OLIVE, L., MALLARMÉ, A., BAILBY, H., *Les fondateurs du droit international*, Panthéon-Assas, Paris, 2014, 457 pages.

BASSIOUNI, Ch., *International Criminal Law*, vol. II, Transnational Publishers Inc., Ardsley, New York, 1999, 812 pages.

BATTISTELLA, D., *Théorie des relations internationales*, Paris, Presses des Sciences Po., 2009, 694 pages.

BEN HAMIDA, W., *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexion sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2003, 728 pages.

BERBER, L., *Lehrbuch des Völkerrechts*, 2e éd., t. I, Munich, 1975.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & BRAUCH, M. D., *Brazil's innovative approach to international investment law*, 2015, <https://www.iisd.org/blog/brazils-innovative-approach-international-investment-law>

BERNS, T., DOCQUIR, P.-F., FRYDMAN, B., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., *Responsabilités des entreprises et corégulation*, BRUYLANT, Bruxelles, 2007, 230 pages.

BHAGWATI, J., *In Defense of Globalization*, Oxford University Press, New York, 2004, 308 pages.

BJORGE, E., *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 240 pages.

BLUM, L., (1940-1945), *L'œuvre de Léon Blum, Mémoires, La prison et le procès, A l'échelle humaine*, Éd. Albin Michel, Paris, 1955, 556 pages.

BONOMO, S., *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements : entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des États*, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, 374 pages.

BOURDON, W., *La Cour pénale internationale*, Ed. du Seuil, Paris, 2000, 368 pages.

BOYLE, A., et CHINKIN, C., *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 338 pages.

BOWEN, H., *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, Iowa City, 2013. L'original a été publié en 1953 par le Federal Council of the Churches of Christ in America, USA.

BROWNLIE, I., *Principles of public international investment law*, Oxford University Press, 7<sup>e</sup> éd. 2008, 784 pages.

BURDEAU, G., *Traité de Science politique*, LGDJ, Paris, 1966, 634 pages.

BURTON, J., *World society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, 180 pages.  
CALVO, C., *Le droit international théorique et pratique*, 5<sup>e</sup> Éd., 6 vol., Guillaumin, Paris, 1896.

CARREAU, D., et JUILLARD, P., *Droit international économique*, Dalloz, Paris, Éd. 2003 & 2013.

CARBONNIER, J.,  
→, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2000, 665 pages.  
→, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 14<sup>e</sup> éd., Paris, 1990.

CASSIN, R., *De l'Exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception "non adimpleti contractus") et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Thèse de doctorat, L. Tenin, Paris, 1914, 801 pages.

CAVAGLIERI, A., *Nuovi studi sull'intervento*, USILA, Roma, 1928.

CAVARÉ, L., *Le droit international public positif*, 3<sup>e</sup> éd., vol. I, Paris, 1967.

CHARRIER, J. L., *Code de la Convention européenne des droits de l'homme: commenté et annoté*, Liect, Paris, Éd. 2000 & 2005.

CHARPENTIER, É. M., *L'équilibre des prestations: une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat?*, Institut de droit comparé, Université McGill, thèse de



doctorat soutenue en juillet 2001, Bibliothèque nationale du Canada, Acquisitions et services bibliographiques, Ottawa, 2001, 389 pages.

CHENG, M. Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens and Sons, Londres 1953 (original), Grotius, Cambridge, 1987, 490 pages.

CÔTÉ, Ch.-E., *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Collection Mondialisation et Droit international, Bruyant, Bruxelles, avec la collaboration des Éditions Yvon Blais, 2007, 635 pages.

DAVID, René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 1966, 640 pages.

DECAUX, E., *La réciprocité en droit international*, LGDJ, Paris, 1980, 374 pages.

DELBEZ, Louis, *Les principes généraux du droit international public ; droit de la paix, droit préventif de la guerre, droit de la guerre*, LGDJ, Paris, 1964.

DEUTSCH, K. W., *The Analysis of International Relation*, Englewood Cliffs, N.J. Prentice-Hall 1968, 214 pages.

DIEBOLD, W., *The End of the ITO*, Princeton University, Princeton, 1952.

DOLZER, R., & SCHREUER, Ch., *Principles of international investment law*, Oxford University Press, 2012, 456 pages.

DOLZER, R., & STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> Éd. E. de BOCCARD, tomes I & II, Fontemoing, Paris, 1927 (763 pages) /1930 (856 pages).

DUPUIS, Ch.,

↳, *Le droit des gens et les rapports des Grandes Puissances avec les autres États avant le Pacte de la société des Nations*, Plon-Nourrit et Cie, Paris, 1921, 544 pages.

↳, *Le principe d'équilibre et le concert européen de la paix de Westphali à l'acte d'Algésiras*, Perrin et Cie, Paris, 1909, 525 pages.

DURIEZ-TOUTAIN, C., *Prévenir les catastrophes écologiques?: les marées noires*, Éd. MILAN, Toulouse, 2004, 63 pages.

FATOUROS, A., *Government Guarantees to Foreign Investors*, Colombia University Press, New York, 1962.

FAUCHILLE, P., *Traité de droit international public*, Arthur ROUSSEAU, Paris, 1921-1926, 4 Vol. (1058, 1182, 729, 1095 Pages).

FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Librairie Place du Panthéon, Paris, 1836, 523 pages.

FERRO, J., (Avec la contribution de), PINTO de ALBUQUERQUE, P., (Préface), KERBRAT, Y., (Préface), *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme : Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, A. Pedone, Paris, 2019, 620 pages.

FEUER, G., & CASSAN, H., *Droit international du développement*, Précis Dalloz, Paris, 1991, 607 pages.

FLORY, M., *Droit international de développement*, Paris, PUF, 1977, 336 pages.

LA FONTAINE, Henri, *Pasicrisie Internationale, histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900*, Imprimerie Stampfell, Berne, 1902, 670 pages.

FOUILLOUX, G., *La nationalisation et le droit international public*, LGDJ, Paris, 1962, 475 pages.

FORGET, É., *L'investissement éthique: analyse juridique*, PUS, Strasbourg, 2015, 787 pages.

FREEMAN, E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, Toronto Pitman, 1984, 276 pages.

GARNIER, H., *L'idée du juste prix chez les théologiens et les canonistes du Moyen Âge*, Thèse, Paris, 1900, réimprimée à New York, Lenox Hill Pub., 1973.

GENY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. LGDJ, Paris, 1919, t. I., 422 pages. (324<sup>e</sup> pr ed de 2016).

GILLES, A., *La définition de l'investissement international*, Larcier, Bruxelles, 2012, 534 pages.

GIULIANO, M., SCOVAZZI, T., TREVES, T., *Diritto internazionale. Parte generale*, Giuffrè, Milan, 1991, 669 pages.

GHESTIN, Jacques, *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français. Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 1982, 321 pages.

GHESTIN, Jacques, *Les obligations - Le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, 846 pages.

GORDLEY, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912, 470 pages.

GRAPIN, P., *La valeur internationale des principes généraux du droit, contribution à l'étude de l'article 38, paragraphe 3 du statut de la Cour Permanente de Justice internationale*, Thèse, Paris, Montchrestien, 1934, 216 pages.

GRAZ, J. C., *Aux sources de l'OMC : la Charte de la Havane 1941-1950*, Genève, DROZ, 1999, 367 pages.

GROSSI, P., *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milan, Giuffrè Editore, 1972.

GROTIUS, H., (1583-1645),

-, *Inleiding tot de hollandsche rechtgeleertheid*, publié en 1631. Nous utilisons la traduction de R. W. LEE, *The Jurisprudence of Holland* (Vol. 1, Traduction ; Vol. 2 Commentaire), Oxford, Calrendun Press, 1926, Vol. 1, N° 10, p. 337)].

-, *De jure belli ac pacis*, publié en 1625. Traduction de J., BARBEYRAC : *Le droit de la guerre et de la paix*, Trad. J., BARBEYRAC, Amsterdam, Chez Pierre de Coup 1724, Réimprimé en 1984 par les publications de l'Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique; Trad. de Courtin, Paris : Arnould Seneuze, 1687; Trad. De P. Pradier-Fodéré, 1<sup>e</sup> éd., Alland Denis et Goyard-Fabre Simone, Paris, Presses universitaires de France, 1999, 868 pages.

-, *Dissertation de Grotius sur la liberté des mers*, traduite du latin, avec une préface et des notes, par A. Guichon de [...], Paris, Imprimerie royale, 1845 [Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France] (consultation du le 24 juillet 2020).

GUGGENHEIM, *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, 901 pages.

GUTH, J-P., *Bâtisseurs d'Alliances, La pratique*, éd. d'Organisation, 1998, 438 pages.

HART, H. L. A.,

-, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1907-1992, 263 pages.

-, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976/2005.

HAY, B. L., STAVINS, R. N., VIETOR, R. H. K., *Environmental protection and the social responsibility of firms: perspectives from law, economics, and business*, Washington, D.C. USA: Resources for the Future 2005, 210 pages.

L'HEUREUX, Nicole, *Droit de la consommation*, Se éd., Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 2000, ISBN :9782894514306 (2894514301)

- HILL, D. J., *L'État moderne et l'organisation internationale*, Paris, 1912.
- HINDELANG, S., and KRAJEWSKI, M., *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford University Press, 2016, 441 pages.
- HOLMES, O. W., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1881, 422 pages.
- HUDSON, M., *La Cour Permanente de Justice Internationale*, A. Pédone, Paris, 1936, 723 pages.
- L'HUILLIER, J., *Eléments de droit international public*, Paris, 1950.
- JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1954, 287 pages.
- JENKS, C. Wilfred, *The Prospects of International Adjudication*, Stevens, Londres, 1964, 805 pages.
- JOHSSON, P.-M., et BEAULIEU, A., *The Environment and NAFTA: Understanding and Implementing the New Continental Law*, Washington, Island Press, 1996, 412 pages.
- KELSEN, H.,  
 —, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962 (2e éd. rev. et mise à jour, Neuchâtel, Suisse La Baconnière 1988, 296 pages).  
 —, *Principles of International Law*, 2e éd., New York, 1966, 602 pages.
- KERR, M., JANDA, R. & PITTS, C., *Corporate Social Responsibility: A Legal Analysis*, LexisNexis Canada, 2009, 650 pages.
- HERCZEGH, G., *General Principles of Law and International Legal Order*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1969.
- HONKONEN, T., *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements. Regulatory and Policy Aspects*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.
- KISS, A. Ch., *L'abus de droit en droit international*, LGDJ, Paris, 1952.
- KOLB, Robert, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Institut universitaire de hautes études internationales (Genève, Suisse), Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- LAÏDI, Z., *La grande perturbation*, Flammarion, Paris, 2004, 473 pages.

de LAPRADELLE, Albert Geouffre, *Les principes généraux du droit international*, Centre européen de la Dotation Carnegie, Paris, 1930.

LAVIEC, J.-P., *Protection et promotion des investissements*, PUF, Paris, 1985 (ISBN 2-13-039167-2; ISBN 2-940549-54-0).

CH. L., LIM, D., K., ELMS AND P., LOW (EDS), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2012) 147.

LIU, W., *Les méthodes d'interprétation dynamique de la Convention européenne des droits de l'homme utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, Atelier National de Reproduction des Thèses, 2003, 368 pages.

LOUIS-LUCAS, Pierre, *Volonté et cause*, Paris, Sirey, 1918, 314 pages.

MADDISON, A., *L'économie mondiale : Une perspective millénaire*, Études du Centre de développement, OCDE, Paris, 2001, 400 pages.

MALECKI, C., *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, L.G.D.J., 2014, 484 pages.

MAKARCZYK, J., *Principles of a New International Economic Order*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, 367 pages.

MANCIAUX, S., *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*, Éditions Litec-CREDIMI, 2004, 728 pages.

MAURY, Jacques., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve & C, Paris, 1920, 368 pages.

MBENGUE, M. M., *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, A. Pedone, Paris, 2009, 373 pages.

MERCIAI, P., *Les entreprises multinationales en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1993, 414 pages.

MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, F. Masperos, Paris, 1976, 383 pages.

MONACO, R., *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2e éd., Turin, 1971.

MORIN, F., et BRIERE, J.-Y., *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998.

NATHAN, H., *Nature juridique du Code andin des Investissements étrangers à la lumière des événements récents*, thèse pour le doctorat d'État, mention droit, soutenue en juillet 1979, Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne.

De NANTEUIL, A., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, A. Pedone, Paris, 2014, 431 pages.

NEWCOMBE, A., CORDONIER, M.-C., GEHRING, S. M. W., *Sustainable development in world investment*, Kluwer, 2010.

NEWCOMBE, A. & PARADELL, L., *Law and practice of investment treaties*, La Haye, Kluwer, 2009, 614 pages.

NIKIEMA, S. H., *L'expropriation indirecte en droit international des investissements*, PUF, Genève, 2012, 371 pages.

NORDSTROM, H. et VAUGHAN, S., *Commerce et Environnement, Spéciaux dossiers n° 4*, OMC, Genève, 1999.

NOUVEL, Y., *La souveraineté minière de l'Australie*, thèse, Université de Paris I, 1996, multigr. 412 pages.

O'BRIEN, G., *An Essay on Mediaeval Economic Teaching*, New York, Augustus M. Kelley, 1967.

O'CONNELL, D. P., *International Law*, Stevens, London, 1965, vol. I, 651 pages.

L'OEUVRE DE LEON BLUM, 1940-1945, *Mémoires, La prison et le procès, A l'échelle humaine*, Éd. Albin Michel, Paris, 1955, 556 pages.

OMAN, Ch., *Les nouvelles formes d'investissements dans les pays en voie de développement*, Études du Centre de développement de l'OCDE, Paris, 1984.

OPPENHEIM, L., LAUTERPACHT, H., *International Law*, 8e éd., vol. I, Londres, 1955.

PAUWELYNE, J., *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge University Press, 2003.

PELLET, A., *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse pour le doctorat, présentée et soutenue publiquement le 9 février 1974, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris.

PELLET, A., DAILLIER, P., FORTEAU, M., *Droit international public*, LGDJ, 2009, 1709 pages (v. aussi DAILLIER, P., et PELLET, A., *Droit international public*, LGDJ, 7ème Éd., Paris, 2002, 1510 pages).

POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, in *Œuvres de Pothier*, t. 2, 2<sup>ème</sup> éd., M. Bugnet éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, 608 pages.

POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011, p. 488 pages.

POUND, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1954, 201 pages.

RADI, Y., *La standardisation et le droit international : contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 370 pages.

RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980, 165 pages.

RASTON, J., *Le droit international de la démocratie*, Paris, 1923.

REUTER, P.,

\_, *Droit international public*, Thémis, 5<sup>e</sup> Éd., 1976, 528 pages.

\_, *Droit international public*, PUF, 1968, p. 403 pages.

\_, *Organisations Européennes*, Thémis, PUF, Paris, 1965, 451 pages.

ROBERT-CUENDET, S., *Droits de l'investisseur étranger, et protection de l'environnement : Contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte*, Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden/Boston, 2010, 545 pages.

ROSENAU, J., *Turbulence in world politics a theory of change and continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990, 480 pages.

ROULET, J.-D., *Le caractère artificiel de la théorie de l'abus de droit en droit international public*, Éd. De la BACONNIÈRE, Neuchâtel, 1958, 237 pages.

ROUSSEAU, Charles, 1902-1993,

\_, *Principes généraux du droit international public*, t. I, A. Pedone, Paris, 1944, 975 pages.

\_, *Droit international public*, Sirey, Paris, 1970-1980.

ROXBURGH, R. F., *International conventions and third States*, Londres, 1917.

RUBINS, N., et KINSELLA, N. S., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide*, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 2005.

De SADELEER, N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Bruyant, Bruxelles, 1999, 437 pages.

SAINT THOMAS, *Somme théologique, La justice*, t. 1, traduction de M.S. Gillet, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1948.

SAUVIGNON, Édouard, *La clause de la nation la plus favorisée*, Texte revu de la thèse de doctorat en droit soutenue à Nice en 1968, Presses universitaires de Grenoble, 1972, 372 pages.

SCELLE, Georges, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Sirey, Paris, 1932-1934.

SCHREUER, Ch., et al., *The ICSID Convention, a Commentary*, Cambridge University Press, 2<sup>e</sup> éd. 2009, 1524 pages.

De SENARCLENS, P., *La mondialisation, Théories, Enjeux et Débats*, Armand Colin & Dalloz, Paris, 2001, 225 pages.

SCHWARZENBERGER, G.,

\_, *A Manual of International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Londres, 1976.

\_, *International Law - As Applied by International Courts and Tribunals*, 3<sup>e</sup> éd., vol. I, Londres, 1957.

SHEA, D., *The Calvo Clause: a Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1955.

SHAKESPEARE, W., *Le marchand de Venise*, Trad. Lebrun-Sudry, Les Belles Lettres, Paris, 1947, 212 pages; Trad. François-Victor Hugo, Pagnerre, Paris, 1872, t. 8, p. 171-280 (Edition électronique, 154 pages).

SIORAT, L., *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, LGDJ, Paris, 1958, 480 pages.

SORNARAJAH, M.,

\_, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015.

\_, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

SØRENSEN, MM., *Les sources du droit international. Étude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Einar Munks Goard, Copenhague, 1946, 274 pages.

ROSS, A., *Textbook of International Law*, Londres/New York/Toronto, 1947.

SPIROPOULOS, J.,

\_, *Traité théorique et pratique de droit international public*, Paris, 1933.

\_, *Problèmes fondamentaux de droit international*, Schimmelbusch, 1957, 472 pages.

STERN, B.,



- *Un nouvel ordre économique international*, Economica, Paris, 1983.
- *20 ans de jurisprudence de la Cour internationale de Justice 1975-1995*, La Haye, Martinus, Nijhoff, 1998.

STIGLITZ, J., *Globalization and its discontents*, W.W. Norton & Company, New York, 2002, 304 pages.

TARDE, G., *Les transformations du droit. Étude sociologique*, Préface de la 2e édition par Gabriel Tarde, Originellement publié en mai 1891. Reproduction de la 2e édition, 1891. Paris : Berg International Éditeurs, 1994, 216 pages.

THIAM, M. A. T., *Le principe de l'inégalité compensatrice dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, Thèse de doctorat, soutenue en juin 1984 à l'Université de Montpellier.

THOMAS D'AQUIN (SAINT), *Somme théologique*, t. 1, « La justice », traduction de M.S. Gillet, Paris, Société Saint Jean l'Évangéliste, 1948.

TOMMASI DI VIGNANO, A., *L'ordinamento della comunità internazionale*, Herbita, Palerme, 1988.

TROUWBORST, A., *Precautionary Rights and Duties of States*, Nijhoff, the hague, 2006.

TUDOR, I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign investment*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

TUNKIN, G.I.,  
 ↪, *Theory of international law*, Wildy, Simmonds & Hill Publishers Ltd, 2003, Éd., originale en 2000, 551 pages.

↪, *Droit international public ; problèmes théoriques. Tr. du russe par le Centre de Recherches sur l'U.R.S.S. et les Pays de l'Est de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg*, A. Pedone, Paris, 1965, 250 pages.

VADI, V., *La proportionnalité, le caractère raisonnable et les normes d'examen dans le droit international des investissements et l'arbitrage*, publié par Edward Elgar, avril 2018.

VANDEVELDE, K. J., *United States Investment Treaties : Policy and Parctice*, Deventer (Netherlands); Boston: Kluwer Law and Taxation, 1992.

VATTEL, E., *Le droit des gens, ou principes de la Loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Neuchâtel, Édition du Journal Helvétique 1758 (CIL, 4, Washington, 1916).

VERZIJJL, (J. H. W.), *International Law in Historical Perspective*, A. W. Stjthoff, Leyden, 1968, XII, vol. I, General Subjects, 576 pages.

VINUALES, E. J., *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012, 423 pages.

VIRALLY, M., *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1998 (réimpression de l'édition de 1960), 225 pages.

De VISSCHER, Ch.,

\_, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public*, A. Pedone, Paris, 1972.

\_, *Théories et réalités en droit international public*, A. Pedone, Paris, 4e Éd. 1970, 450 pages.

VON MÜHLENDAHL, P., *L'équidistance dans la délimitation des frontières maritimes. Étude de la jurisprudence internationale*, A. Pedone, Paris, 2016, 440 pages.

VOUILLOZ, M., *La juridiction pénale internationale*, Helbing et Lichtenhahn Verlag Basel, 2001, 109 pages.

WÄLDE, Th., *Mining Legislation and Mineral Development Agreements*, Bangkok, 1983.

WALKER, Th. A., *History of the law of nations*, Cambridge, 1899.

WEIL, P., *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, A. Pedone, Paris, 1994.

WEILER, T., *The Interpretation of International Investment Law, Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

WEISS, André, *Traité élémentaire de droit international privé*, L. Larose & Forcel, Paris, 1886, 996 pages.

WESTLAKE, J., *Chapters of the principles of international law*, Cambridge University Press, 1894.

WHITE, G., *Nationalisation of foreign property*, Stevens & Sons. Ltd, Londres, 1961, 283 pages.

WILCOX, C., *A Charter for World Trade*, New-York, MacMillan, 1949, 333 pages.

WORMS, René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, thèse, Paris, 1891, 207 pages.

ZHANG, J., *Investment Facilitation: Making sense of concepts, discussions and processes, Background Note to the IISD Investment Law and Policy Webinar on Investment Facilitation*, Published by the International Institute for Sustainable Development. July 10, 2018.

## C.-/ ARTICLES

ABI-SAAB, G., « Cours général de droit international public », R.C.A.D.I., tome 207, 1987-VII.

ALDRICH, G. H., «What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claims Tribunal», *Am. J. of Int'l Law*, vol. 88, n° 4, 1994, pp. 585-610.

ALVAREZ-JIMENEZ, A.,

\_, "Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the New 'Gold Standard'?" 47 *Victoria U Wellington L Rev* 503 (2016).

\_, «The Methanex Final Award: An Analysis from the Perspectives of Environmental Regulatory Authorities and Foreign Investors», 23 *J. Int'l Arb.* 427 (2006).

AMSELEK, P., «La teneur indélicate du droit», *Revue de droit public*, 1991, pp. 1199-1216.

ANENSON, T. L., «Defining States Responsibility under NAFTA chapter Eleven: Measures «Relating to» Foreign Investors», 45 *VA. J. Int'l L.* 675 (2005).

ANTAL, E., «Lessons from NAFTA : The Role of the North American Commission for Environmental Cooperation in Conciliating Trade and Environment», 14 *Mich. St. J. Int'l L.* 167 (2006).

ARATO, J., « Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences », (2010) 93 *Law & Prac. Int'l Courts and Trib.* 443.

ARBOUR, M.,

\_, «Le principe de précaution dans le contexte du commerce international: une intégration difficile», *Les Cahiers de Droit*, vol. 43, n°1, mars 2002, pp. 5-37.

\_, « La normativité du principe des responsabilités communes mais différenciées ». *Les Cahiers de droit, Les Cahiers de Droit*, vol. 55, n°1, mars 2014, p. 33-81, <https://doi.org/10.7202/1025499ar>.

ARNAUD, A.-J., «Du jeu fini au jeu ouvert: vers un droit post-moderne», in *Le jeu: un paradigme pour le droit*, F. OST, et M. van de KERCHOVE, LGDJ, Paris, 1992, pp. 111-131.

D'ASPROMONT, J., « Hart et le positivisme postmoderne en droit international », *RGDIP*, 2009-3, pp. 635-654.

ASCENSIO, H.,

\_ «Les activités normatives des entreprises multinationales», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, Pedone, Paris, 2017, pp. 265-278.

\_ «Le pacte mondial et l'apparition d'une responsabilité internationale des entreprises», in L., BOISSON DE CHAZOURNES, et MAZUYER, E. (dir.), *Le pacte mondial des Nations Unies 10 ans après. The global compact of the United nations 10 years after*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 167-184.

\_ , « *L'amicus curiae* devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.*, 2001, n° 4, pp. 897-929.

AUGÉ, G., « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *Archives de Philosophie du Droit*, Nouvelle Série, N°13, 1968, p. 99-114.

BACHELARD, G., (1934), *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris : Librairie philosophique J. VRIN, 5e édition, 1967. Collection : Biblio-thèque des textes philosophiques. (Édition numérique réalisée le 18 septembre 2012, révisée le 27 février 2015 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec), 257 pages.

BAEZ, C., DEARING, M., DELATOUR, C., & DIXON, C., «Multinational Enterprises and Human Rights», *I.C.L.R.*, 1999, vol. 8, pp. 183-249.

BAGHESTANY PERREY, L., «La valeur juridique du principe de précaution», *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° Spécial, pp. 19-27.

BARTELS, L., «Applicable Law in WTO Disputes Settlement Proceedings», 35 *JWT* 499 (2001).

BARTENSTEIN, K. (2014), « L'opérationnalisation du principe des responsabilités communes mais différenciées repensée : plaidoyer pour une démarche ancrée dans l'équité », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 113-137.

BASDEVANT, J.,

\_ , « Règles générales du droit international de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1936 (IV), 58, pp. 475-691.

\_ , «La conclusion et la rédaction des textes et des instruments diplomatiques autres que les traités», *R.C.A.D.I.*, 1926 (V), vol. 15, pp. 535-644.

BASTID, S., «Le droit international public dans la sentence de l'Aramco», *AFDI*, vol. 7, 1961, p. 300-311.

BAUGHEN, S., «Expropriation and Environment Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter 11», 18 *J. Environmental L.* 207 (2006).

BEN HAMIDA, W.,

- « Les Demandes Reconventionnelles dans la Jurisprudence Arbitrale Récente Relative aux Investissements », *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 10 (37) – Mar 1, 2013.

→, «La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements», *J.D.I.*, 2008, pp. 999-1000.

→, «The First Arab Investment Court Decision», *Journal World Investment and Trade*, 2006, p. 699.

→, «L'arbitrage État-investisseur cherche son équilibre perdu : dans quelle mesure l'État peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé?», in *International Law FORUM du Droit International* 7 : 261-272, 2005.

→, «Table ronde: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ?», in *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Ch., LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, p. 185-202.

BERNASCONI-OSTERWALDER, N. & BRAUCH, M. D., «Comparative commentary to Brazil's cooperation and investment facilitation agreements (CIFAs) with Mozambique, Angola, Mexico, and Malawi», septembre 2015, <http://www.iisd.org/library/comparative-commentary-brazil-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas> .

BINIAZ, S., « Common but Differentiated Responsibility », (2002) 96 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 358.

BISMUTH, R., «La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, pp. 429-447.

BLONDEL, A., « Les principes généraux du droit devant la C.P.J.I. et la C.I.J. », *Mélanges GUGGEKHEIM*, Faculté de droit et IUHEI, Genève, 1968, p. 201-236.

BODANSKY, D., «Nom Liqueur and the Incompleteness of International Law», in *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, L., BOISSON DE CHAZOURNES et Ph. SANDS (dir.), Cambridge University Press, 1999, pp. 153-170.

BODEAU-LIVINEC, P., «La responsabilité des États à raison des activités des entreprises multinationales», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, pp. 409-428.

BOISSON DE CHAZOURNES, L.,

→, « L'OCDE et la protection de l'environnement : entre innovation et maturation », in *Le pouvoir normatif de l'OCDE - Journée d'études de Paris*, SFDI, Pedone, Paris, 2014, p. 55.

→, «Conclusion générale», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, pp. 511-518.

\_, «Standards et normes techniques dans l'ordre juridique contemporain : quelques réflexions» In *Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre: Liber Amicorum Vera Gowlland-Debbas*, L., BOISSON DE CHAZOURNES & M., KOHEN, Leiden: Brill, 2010, pp. 351-376.

\_, «Conclusions générales», in *La responsabilité des entreprises multinationales en matière des droits de l'homme*, E., DECAUX (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 253-257.

\_, «Normes, standards et règles en droit international», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 43-56.

\_, «Transparency and Amicus Curiae Briefs», *J.W.I.T.*, 2004, vol. 5, n° 2, pp. 333-336.

\_, «Mondialisation et règlement des différends: défis et réponses» in *Interntational Law FORUM du Droit International*, Vol. 4, 2002, pp. 26-31.

\_, « La gestion de l'intérêt commun à l'épreuve des enjeux économiques – Le protocole de Kyoto sur les changements climatiques», *A.F.D.I.*, XLIII-1997, CNRS Éditions, Paris, pp. 700-715.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, CAMPANELLI, Danio, «Mixed Commissions», in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Rüdiger Wolfrum (dir.), Oxford Public International Law, 2006.

EL BOUDOUHI, S., «L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements», *A.F.D.I.*, 2005, vol. 51, n°1, pp. 542-563.

BOULANGER, J., « Principes généraux du droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, 1950, I, pp. 51-74.

BOURQUIN, M.,

\_, «Pouvoir scientifique et droit international», *R.C.A.D.I.*, vol 70, 1947, I, pp. 331-406.

\_, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1931-I (35), p. 5-232.

BOY, L.,

\_, «Liens entre la norme technique et la norme juridique en Droits communautaire et international», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 57-79.

\_, «Le principe de précaution, de la morale au droit», *La recherche*, n° 326, Décembre 1999, pp. 86-89.

\_, «La nature juridique du principe de précaution», *Nature Sciences Société*, 1999, vol. 7, n° 3, pp. 5-11.

\_, « La valeur juridique de la normalisation », dans *Les transformations de la régulation juridique*, J., CLAM et G., MARTIN (dir.), LGDJ, Paris, 1998, pp. 183-196.

BOYLE, A., « Further Development of the 1982 Law of the Sea Convention. Mechanism for Change », (2005) 53 *ICLQ* 563.

BRAUCH, M. D., «Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) Brésil-Mozambique et Brésil-Angola: aperçu et description», *Investment Treaty News*, vol. 6, n° 2, mai 2015, p. 14-16, <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-fr.pdf>.

BRIGHT, C., «Affaire *Shell* au Pays-Bas (Tribunal de district de La Haye) : Quelques réflexions», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, pp. 127-142.

BROCHES, A., « The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States », *R.C.A.D.I.*, 1972 (II), t. 136, pp. 331-410.

BROCH, J.,

\_, « L'intérêt général avant 1789. Regard historique sur une notion capitale du droit public français », *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, n° 1, janvier-mars 2017, p. 59-86.

\_, « L'utilité publique dans l'ancienne France », *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, nos 5 et 6, 2014, p. 179-209.

BROUDE, T., HAFTEL, Y. Z., & THOMPSON, A., "The Trans-Pacific Partnership and Regulatory Space: A Comparison of Treaty Texts" (2017) 20 *J Intl Econ L* 391.

BROWNLIE, I.,

\_, « Causes of Action in the Law of Nations », *B.Y.I.L.* 1979, p. 13-41.

\_, « The Justiciability of Disputes and Issues in International Relations », *B.Y.I.L.* 1967, p. 123-143.

BURDEAU, G.,

-, «Droit international et contrats d'États. La sentence *Aminoil c. Koweït* du 24 mars 1982», *AFDI*, 1982, vol. 28, p. 454-470.

-, « Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les États », *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 1, p. 3-37.

BYRNE, J. P.,

\_, «Precipice Regulations and Perverse Incentives: Comparing Historic Preservation Designation and Endangered Species Listing», 27 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 343-392 (2015).

\_, «Historic Preservation and Its Cultured Despisers: Reflections on the Contemporary Role of Preservation Law in Urban Development», 19 *Geo. Mason L. Rev.* 665-688 (2012).

CAMPBELL, B. (dir.), « Bauxite, aluminium : Les défis du développement et de la réduction de la pauvreté en Guinée », in CAMPBELL (dir.), *Ressources minières en Afrique, Quelle réglementation pour le développement ?*, Presses de l'Université du Québec (PUQ), 2010, pp. 75-115.

CARREAU, D., «Le nouvel ordre économique international», *J.D.I.*, 1977, pp. 595-629.

CARROLL, A. B., «Corporate Social Responsibility. Evolution of Definitional Construct», *Business and Society*, vol. 38, n° 3, septembre 1999, pp. 268-295.

CASSESE, A., «Le comportement des États comme sources de droits et d'obligations», *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, pp. 232-265.

CAVAGIERI, A., «Règles générales du droit de la paix», *RCADI*, 1929 (I), pp. 311-528.

CAZALA, J., « Protection des attentes légitimes de l'investisseur : l'exigence d'un engagement spécifique », *Cahiers de l'arbitrage - Paris Journal of International Arbitration*, 2012, n° 4, pp. 940-947.

CHAISSÉ, J., "TPP Agreement: Towards Innovations in Investment Rule-Making", in Chin L Lim, Deborah K Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2012) 147.

CHARPENTIER, É. M., « Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles », *Les Cahiers de droit*, Vol. 45, N ° 1, 2004, p. 69-91.

CHARPENTIER, J., «Cour internationale de justice. Affaire de la *Barcelona Traction*, arrêt du 5 février 1970», *A.F.D.I.*, 1970, pp. 307-328.

CHAUMONT, (Ch.), «Cours général de droit international public», *RCADI*, n° 129, 1970-I, p. 333-527.

CHOUKROUNE, Leïla, « La négociation diplomatique dans le cadre du règlement pacifique des différends. Théorie et pratique du droit international », dans *Hypothèses* 2001/1 (4), p. 151-162.

CHRISTIE, G. C., «What constitutes a Taking of Property in International Law?», 38 *B.Y.I.L.* 307 (1962).

COE, J. Jr. & RUBINS, N., «Regulatory Expropriation and The Tecmed Case: Context and Contributions», in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler ed., Cameron May Ltd., London, 2005, pp. 597-667.

COLARD-FABREGOULE, C., « Les principes directeurs de l'OCDE à l'égard des multinationales. Contribution à l'étude de la circulation normative et au dialogue entre institutions à l'aune de l'exemple de la gouvernance environnementale », *RGDIP* 2016-3, pp. 579-601.



CONDORELLI, L., «Premier protocole additionnel, Article 1», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L-E., PETTITI, E., DECAUX, P-H., IMBERT (dir.), Economica, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1999, pp. 971-997.

CÔTÉ, Ch.-E.,

\_, « From Sea to Sea: Regulatory Space of Government in Canada under CPTPP and CETA Investment Chapters » (2019), *Transnational Dispute Management*, (TDM, ISSN 1875-4120) April 2019, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com).

\_, «Looking for Legitimate Claims: Scope of NAFTA Chapter 11 and Limitation of Responsibility of Host State», *J.W.I.T.*, vol. 12, Juin 2011(3), pp. 321-350.

\_, «De Genève à Doha: genèse et évolution du traitement spécial et différencié des pays en développement dans le droit de l'OMC», (2010) 56:1 *RD McGill*, pp. 115-176.

\_, «Chronique de droit international économique en 2013 - Investissement», (2013) 51 *A.C.D.I.*, pp. 397-428.

\_, « Chronique de Droit international économique : Investissement », *A.C.D.I.*, 2014, pp 387-409.

\_, « Chronique de Droit international économique : Investissement », *A.C.D.I.*, 2015, pp. 395-434.

\_, « Chronique de Droit international économique : Investissement », *A.C.D.I.*, 2016, pp. 464-493.

COHEN-JONATHAN, G., «L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre le Gouvernement Libyen», *AFDI*, 1977, p. 452-479.

CULLET, P. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement : enjeux et perspectives », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 9-31.

DAILLIER, P., MOUTIER-LOPET, A., ROBERT, A., MULLER, D., «Tribunal Irano-Américain de réclamations», *Chronique n°4, AFDI, XLVIII-2002, CNRS Éd.*, Paris, p. 407-454.

DAUGAREILH, I., « La dimension sociale des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *RGDIP*, 2008-3, pp. 567-599.

DECARA, J.-Y., « L'OMC et la protection de l'environnement », <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/omc/Decara.pdf>, (consulté le 08 mai 2014).

DECAUX, E., «L'arrêt de la chambre de la Cour internationale de Justice sur l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans le Golfe du Maine (Canada / États-Unis)», *AFDI*, Vol. 30, 1984, p. 331.

DELEUIL, T. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans la Convention « POP » », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 265-287.

DEVANEY, M., «*Leave it to the Valuation Experts ? : The Remedies Stage of Investment Treaty Arbitration and the Balancing of Public Private interests*», Published by the Society of International Economic Law with the support of the University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law, London, June 19, 2012, (<http://www.ssrn.com/link/SIEL-2012-Singapore-Conference.html>)

DIDIER, Ph., «*Quelles normes pour la RSE?*», in *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, v. F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), Economica, Paris, 2011, pp. 91-105.

DIENA, G., «*L'individu devant l'autorité judiciaire et le droit international*», dans la *R.G.D.I.P.*, 1909, pp. 57-76.

DHOOGE, L. J., «*The revenge of the Trail Smelter: Environmental Regulation as Expropriation Pursuant to the North American Free Agreement*» (2001) 38 *Am Bus. L. J.* 475.

DRAGUIEV, D, "Investment Treaty Arbitration in the Renewable Energy Sector: Overview of Arbitral Case Law on Legitimate Expectations in the Light of Policy" *International Oil & Gas Arbitration*, TDM 7 (2018), [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com) .

DOLZER, R.,  
\_ «*Indirect Expropriation: New development*», 11 *N.Y.U. Envtl. L.J.* 64 (2002), pp. 79-90.  
\_ «*Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties* » (2005) 39 *The International Lawyer* 87-106.

DUBIN, L.,  
\_ «*Les clauses RSE dans les traités d'investissement*», *Investment Treaty News*, N° 4, Vol. 9. DÉC. 2018, p. 13-16.  
\_ «*RSE et droit des investissements, les prémisses d'une rencontre*», *RGDIP*, 2018, Tome 4, pp. 866-891.  
\_ «*Rapport introductif - L'entreprise multinationale et le droit international, entre fragmentation et reconstruction* », *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, pp. 13-51.

DUMBERRY, P.,  
\_ «*The admissibility of amicus curiae briefs by NGO's in Investors-States Arbitration : The precedent set by the Methanex Case in the context of NAFTA Chapter 11 proceedings*», *Non-State Actors and International Law*, 2002, n°1, pp. 201-214.  
\_ «*Expropriation under NAFTA chapter 11 investment dispute settlement mechanism: some comments on the latest case law* », *International Arbitration Law Review*, vol. 4, 2001, p. 96-104.

DUPUY, Préface à la thèse de SAUVIGNON, *La clause de la nation la plus favorisée*, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p. II.

DUPUY P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 2002, vol. 297, pp. 9-489.

DUVERGER-PICHON, A., « Investissements internationaux, protection de l'environnement : les mécanismes de résolution des différends » in *International Investments and Protection of the Environment : The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, pp. 199-235.

DELAUME, G.,

- , « L'affaire du Plateau des Pyramides et le CIRDI. Considérations sur le droit applicable », *Rev. Arb.* 1994, n° 1, p. 39 et s.

- , « The Pyramids Stand. The Pharaohs Can Rest in Peace », *ICSID Review F.I.L. Journal* 1993, p. 228 et s.

EHRlich, L., « L'interprétation des traités », *R.C.A.D.I.*, 1928 (IV), vol. 24, pp. 1-143.

EISEMANN, P. M., « Le nouvel ordre économique international en tant que concept juridique », *Ann. Tiers Monde* 1976, pp. 103-113.

EISSEN, M.-A., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, L-E., PETTITI, E., DECAUX, P.-H., IMBERT (dir.), Economica, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1999, pp. 65-81.

ELMS K. D., and LIM, L. Ch., "An Overview and Snapshot of the TPP Negotiations", in Chin L Lim, Deborah K Elms and Patrick Low (eds), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-First Century Trade Agreement* (Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2012) 21.

FATOUROS, A. A., *International Law and the internationalized Contrat*, *AJIL* 1980, vol. 74, p. 134.

FAVRE, A., « Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens », *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968, pp. 370-371.

FEUER, G., « Les Nations-Unies et le Nouvel Ordre Économique International 1974-1976 », *J.D.I.*, 1977, pp. 606-629.

Sir FIRZMAURICE, G., « The General Principles of International Law, Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI* 1957-II, n° 92, 1-223.

FISCHER WILLIAMS, J., « International Law and the Property of Aliens », *Brit. Y.B. Int'l L.*, vol. 9, 1928, p. 1-30.

FLORY, M., « Pour un droit social international », *Mélanges René-Jean DUPUY, Humanité et droit international*, A. Pedone, Paris, 1991, pp. 149-157.

FOCSANEANU, L., « L'attitude de la Chine à l'égard du droit international », *A.F.D.I.*, 1968, pp. 43-86.

FORTIER, Y., « Care at Investor: The Meaning of « Expropriation » and The Protection Afforded Investors under NAFTA », *New from ICSID*, vol. 20, n°1, Sumer 2003, pp. 1, 10-13.

FOUCHARD, Ph., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Éd. Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 381-395.

Le FUR, L., « La souveraineté de l'État et le droit international », *Lettres*, janvier-février 1925, pp. 22-96.

GAFFNEY, J., « The EU Proposal for an Investment Court System: What Lessons Can Be Learned from the Arab Investment Court? » (2016) *Columbia FDI Perspective* 181.

GAILLARD, E.,

→, « Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered », in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, T., WEILER (dir.), London: Cameron May, 2005, pp. 323-s.

→, « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev. Arb.* 2003, n°3, pp. 853-878.

GAINES, S., « Protecting investor, protecting the environment: the unexpected story of NAFTA » in *Greening NAFTA: The North American Commission for environmental cooperation*, D., L., MARKELL et J., KNOX, (ed.), Stanford University Press, Stanford, 2003, pp. 173-196.

GANTZ, D. A., « Potential Conflicts Between Investor Rights and Environmental Regulation Under NAFTA's Chapter 11 », (2001) 33 *The Wash. Int'l. L. Rev.* 651.

GARNER, J. W., « Des limitations à la souveraineté nationale dans les relations extérieures », *Revue de droit internationale et de législation comparée*, 1925, pp. 38-39.

GEORGOPOULOS, T., « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives », *RGDIP*, 2004, p. 123-145.

GHIOTTO, L., «Examen critique du débat sur la facilitation des investissements», *Investment Treaty News*, vol. 9, n° 3, octobre 2018, p. 4-6.

GOLDBERG, P., et KINDLEBERGER, Ch., «Toward a GATT for investment : a proposal for supervision of the international corporation», *Law and Policy in International Business*, 1970, vol. 2, pp. 295-325.

GUÈVREMONT, V.,

\_, «L'exemption culturelle canadienne dans le Partenariat Transpacifique ou la destinée d'une peau de chagrin», 28.1 (2015) *Revue québécoise de droit international*, p. 83-91.

\_, « Réflexion préliminaire sur la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles à l'ère numérique », *Rapport présenté lors de la 4<sup>e</sup> Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, UNESCO, Paris, 11-14 juin 2013, p. 20. [http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/Rapport\\_sur\\_la\\_DEC\\_et\\_le\\_numerique\\_-\\_Version\\_finale\\_-\\_francais\\_.pdf](http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/Rapport_sur_la_DEC_et_le_numerique_-_Version_finale_-_francais_.pdf) (consulté le 30/05/2017).

GUGGENHEIM, P., «Les principes de droit international public», *RCADI* 1952, n° 80, p. 2-189.

HABICHT, M., « Le pouvoir du juge international de statuer "ex aequo et bono" », *RCADI* 1934-III (49).

HANDL, G., «State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private persons» 74 *AJIL* 525 (1980).

HARRIS, P. G., «Common But Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy», (1999) 7 *N.Y.U. Envtl. L.J.* 27, 45.

HELLIO, H. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées et le contrôle du non-respect : une rencontre fantasmée », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 193-220.

HELMERSEN, S. T., « Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics Distinctions », (2013) 6:1 *European Journal of Legal Studies* 127.

HENCKELS, C.,

\_, «Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP», (2016) 19 *J Intl Econ L* 27.

\_, «Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration», 4 *Journal of International Dispute Settlement* 197 (2013).

\_, Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration (2012) 15 *Journal of International Economic Law* 223.

HENNEBEL, L., *L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis*, Université catholique de Louvain, CRIDHO Working Paper 2006/09.

HERZ, J., «Expropriation of Foreign property», 35 *Am. J. of Int'l Law* 243 (1941).

HIGGINS, R., «The Taking of Property by the State», R.C.A.D.I., Vol. 176, 1982 (III), pp. 322-354.

HILL, D. J., « Legal limitation upon the initiation of military action », 19 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 95 (1925).

HIRSCH, M., «Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law», (2011) 12 *Journal of World Investment & Trade* 783;

HOFFMANN, A., K.,

-, «Indirect Expropriation», in A., REINISCH, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 151-170.

-, « Counterclaims in Investment Arbitration », *ICSID Review*, vol. 28/2, 2013, pp. 438-453 ; Y. KRYVOI, « Counterclaims in Investor-State Arbitration », *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21, n° 2, 2012, pp. 216-252.

HOLLY, D., A., «Commerce et développement : de la Charte de la Havane à l'OMC», in *l'Organisation mondiale du commerce*, Ch. DEBLOCK (dir.), FIDES, Montréal, 2002, pp. 205-231.

HORCHANI, F., «Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation», *J.D.I.*, 2004 (2), pp. 367-441.

HOUSMAN, R., et GOLDBERG, D., «Legal Principles in Resolution Conflicts Between Multilateral Agreements and the GATT/WTO», in *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Environmental Agreements*, R., HOUSMAN et al. (dir.), UNEP, Nairobi, 1995, pp. 297-330.

HÜBNER, K., «Canada and the EU. Shaping Transatlantic Relations in the Twenty-First Century», in Kurt Hübner (ed), *Europe, Canada and the Comprehensive and Economic Trade Agreement: Taming Globalization* (London: Routledge, 2011) 1.

HUMBERT, Michel, The Concept of Equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier, in *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* 29, 31 (Alfredo Mordechai Rabello ed., 1997).

IOVANE, M., «La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement», *R.G.D.I.P.* 2008-3, pp. 465-520.

JACOB, S., «Arbitrariness, the Fair and Equitable Treatment Standard, and the International Law of investment» (2012) 25 *Leiden Journal of international Law* 77.

JENKS, C. W.,

\_, «Multinational Entities in the Law of Nations», in *Transnational Law in a Changing Society, Essays in Honor of Philip Jessup*, FRIEDMANN, W., HENKIN, L., and LISSITZYN, O.J., Columbia University Press, New-York and London, 1972, pp. 70-83.

\_, « Les instruments internationaux à caractères collectif », *R.C.A.D.I.*, 1939 (III), vol. 69, pp. 447-454.

JENNINGS, R. Y., «General Courses on Principles of International Law», *RCADI* 1967, n° 121, p. 327-600.

JUILLARD, P.,

\_, «L'évolution des sources du droit des investissements», *R.C.A.D.I.*, 1994 (VI), 250, pp. 13-215.

\_, « Les conventions bilatérales d'investissement conclus par la France », *J.D.I.*, 1979, pp. 274-325.

KAHN, Ph.,

\_, «Contrats d'État et nationalisation. Les apports de la sentence arbitrale du 24 mars 1982», *JDI*, 1982, p. 844.

\_, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», *J.D.I.*, 1965 (1), p. 341-359.

KAISER, K., «La politique transnationale. Vers une théorie de la politique multinationale», in *Théories des relations internationales*, P., BRAILLARD, PUF, Paris, 1977, p. 222-247.

KAPLAN, L. M., «International responsibility of an Occupying Power for Environmental Harm: The case of Estonia», 12 *Transnat'l Law* 153 (1999).

KAUFMANN-KOHLER, G., «Soft Law in International Arbitration – Codification and Normativity» in *Journal of International Dispute Settlement* 2010, pp. 283-299.

KAWHARU, A., “The Negotiations for a Trans-Pacific Partnership Agreement” (2012) 27 *ICSID Rev* 145.

KELSEN, H., «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public», *RCADI*, 1926 (IV), vol. 14, pp. 231-331.

KEOHANE, R., et NYE, J., «Transnational Relations and World Politics», *International Organization*, vol. 25, n° 3 (numéro spécial), 1971, pp. 329-349.

KESSEDJIAN, C.,

\_, « La nécessité de généraliser l'institution de l'*amicus curiae* dans le contentieux privé international », in H.-P., MANSEL, Th., PFEIFFER, et al. (dir.), *Festschrift für Jayme*, Band 1, Münche, Sellier, 2004, pp. 403-408.

\_, « Sir Kenneth Bailey Memorial Lecture : Dispute Resolution in a Complex International Society », *Melb. Univ. L. Rev.* 2005, vol. 29, n°3, pp. 765-808.

KOLB, R., « Des problèmes conceptuels, systématiques et terminologiques en droit international public », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2001, vol. 56, p. 501-515.

KOLO, A., and WÄLDE, Th. W. (2004), « Renegotiation and contract adaptation in the international investment projects: applicable legal principles and industry practices », *T.D.M.*, 1 (1):5-58.

KOLSKY LEWIS, M., « The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing? » (2011) 34 *BC Int'l & Comp L Rev* 27.

KOPELMANAS, L., « Quelques réflexions au sujet de l'article 38,3° du Statut de la CPJI », *RGDIP* 1936 (43), pp. 285-308.

KRAUS, H., « La morale internationale », *R.C.A.D.I.*, 1927 (I), vol. 16, pp. 385-540.

KRYLOV, S. B., *Les notions principales du droit des gens : La doctrine soviétique du droit international*, *R.C.A.D.I.*, 1947, I, pp. 451-452.

LABELLE, F., et PASQUERO, J., « Alcan et le parTenalisme: les mutations d'un modèle de responsabilité sociale au cours du XXe siècle », *Entreprises et Histoire*, 2006, n° 45, pp. 74-96.

LALIVE, J.-F.,

\_, « Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères: *Texaco/Calasiatic (Topco) c/ Gouvernement libyen* », *JDI*, 1977, pp. 319-349.

\_, « Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », *R.C.A.D.I.*, 1983, vol. 181, pp. 9-284.

De LACHARRIERE, G., « L'influence de l'inégalité de développement des États sur le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1973, II, (139), pp. 227-269.

De LAPRADELLE, A., « La question chinoise », *R.G.D.I.P.*, 1901, p. 272-340.

LATTY, F., « L'État demandeur (reconventionnel) dans les procédures arbitrales : le gymkhana de la réaffirmation de l'État », in *La protection des investissements étrangers, vers une réaffirmation de l'État ? - The Protection of Foreign Investments : A Réaffirmation of the State?*, T., EL GHADBAN, Ch.-M., MAZUY, A., SENEGACNIK (dir.), Paris, Pedone, 2018, pp. 161-178.



LAUTERPACHT, H., «La théorie des différends non justiciables en droit international», *R.C.A.D.I.*, 1930 (IV), vol. 34, pp. 499-653.

LAVALLÉE, S. (2014), « Responsabilités communes mais différenciées et protection internationale de l'environnement : une assistance financière en quête de solidarité ? », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 139-192.

LAWRENCE, J. C., «Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriation After Methanex», 41 *GA. L. REV.* 261 (2006-2007).

LEBEN, Ch.,

\_, «La liberté normative de l'État, et la question de l'expropriation indirecte», in *Le Contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, pp. 163-183.

\_, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales », *J.D.I.*, 1980, N°3, pp. 539-604.

\_, « L'évolution du droit international des investissements : un rapide survol », in *Le Contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, LEBEN (dir.), ANTHEMIS-LGDJ, Paris, 2006, pp. 9-21.

\_, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », *R.C.A.D.I.*, 2003, t. 302, pp. 197-386.

\_, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement : Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », *J.D.I.*, 1986, n°4, pp. 895-956.

LECOMTE, J., «La formation de l'esprit scientifique. Gaston Bachelard, 1938», *Sciences humaines* n° 48, Mars 1995.

LEDERMAN, D., et MALONEY, W., «Open Questions About the Link Between National Resources and Economic Growth: Sachs and Warner Revisited», *WORLD BANK WORKING PAPER*, Jan. 2002.

LEMAIRE, S., « Les demandes reconventionnelles de l'Etat. Affaire Urbaser S.A. (Urbaser) et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (CABB) c/ Argentine, CIRDI, ARB/07/26, sentence, 8 décembre 2016. Affaire Burlington Resources Inc. c/ Equateur, CIRDI, ARB/08/5, décision sur les demandes reconventionnelles, 7 février 2017 », *Revue de l'arbitrage*, 2017, vol. 2, p. 682-698.

LÉVESQUE, C.,

\_, «The European Commission Proposal for an Investment Court System: Out with the Old, In with the New? », *Investor-State Series Paper N° 10-September 2016*, p. 18 [CIGI, Waterloo, Canada], [https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa\\_paper\\_series\\_no.10\\_o.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/isa_paper_series_no.10_o.pdf).

\_, «The Challenge of 'Marrying' Investment Liberalisation and Protection in the Canada-EU CETA», in Marc Bungenberg, August Reinisch and Christian Tietje (eds),

*EU and Investment Agreements: Open Questions and Remaining Challenges* (Baden-Baden (Germany): Nomos, 2013), 121.

\_, « Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international », *R.G.D.*, 2003, vol. 33, n° 1, pp. 39-92.

LOUCHE, C., LYDENBERG, S., « Investissement socialement responsable : différences entre Europe et États-Unis », *Revue d'économie financière*, 2006, n° 85, pp. 81-106.

LUKASHUK, I. L., « Sources of Present Day International Law », in *Contemporary International Law*, G.I., TUNKIN (Éd.), Progress Publishers, Moscou, 1969, p. 186.

MACEY, J. R., « The Transformation of the American Law Institute », *61 Geo. Wash. L. Rev.*, 1212 (1993).

MC NAIR, Op. ind. dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain*, CIJ, Rec., 1950, p. 148.

MADALENA, I., « Foreign direct investment and the protection of the environment: the border between national environmental regulation and expropriation », *European Environmental Law Review*, 2003, vol. 12, n° 3, pp. 70-80.

MAHIOU, A., « Le cadre juridique de la coopération Sud-Sud », *R.C.A.D.I.*, 1993 (IV), tome 241, pp. 13-193.

MAKI, P., « Interpreting GATT Using the Convention on the Law of Treaties : A Method to Increase the Legitimacy of the disputes Settlement System », *9 Minnesota Journal of Global of Trade* 343 (2009).

MALJEAN-DUBOIS, S., et MARTIN, J.-Ch., « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *J.D.I.*, 2007, pp. 437-471.

MALJEAN-DUBOIS, S. & SARRIEGO, P. M. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans le régime international du climat », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 83-112.

MAMOPOULOS, P., « Le déclin de la souveraineté », *1 RHDI* 31 1948.

MONACO, R., « Cours général de droit international public », *RCADI* 1968-III (125), p. 93-335.

MANN F. A., « British Treaties for the Promotion and Protection of Investments », *52 B.Y.I.L.* 241 (1981).

MANN, H., « The Right of States to Regulate and International Investment Law : A Comment » in *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives*,

Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002, UN, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, NY & GE.

MARCEAU, G.,

↳, «Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions, The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties», 35 *JWT* 1081 (2001).

↳, « L'interprétation évolutive par le juge OMC : sophisme ou nécessité ? », *RGDIP*, 2018, vol. 122, n° 1, p. 23-53.

MARCOUX, J.-M., «La recherche d'un équilibre – évolution des protections et des obligations des sociétés minières canadienne dans les Amériques», 24.1 (2011) *R.Q.D.I.*, p. 309-347.

MARTIN, P. M., « Le N.O.E.I. », *R.G.D.I.P.*, 1976, p. 502-535.

MARTIN-BIDOU, P., «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», *R.G.D.I.P.*, n° 3, 1999, pp. 632-666.

MAYER, P., «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», *J.D.I.*, 1986, n° 1, pp. 5-78.

MBENGUE, M. M.,

↳, «Africa and the Reform of the International Investment Regime. An introduction», *Journal of World Investment & Trade*, Special Issue, 18 (2017), 371-378.

↳, «Les obligations des investisseurs étrangers», in *L'entreprise multinationale et le droit international*, colloque annuel de la SFDI des 19-21 mai 2016, DUBIN, L., BODEAU-LIVINEC, P., ITEN, J.-L., et TOMKIEWICZ, V. (dir.), Pedone, Paris, 2017, pp. 295-337.

↳, «Consentement à l'arbitrage dans les législations nationales en matière d'investissement», *Investment treaty news*, n°4, vol. 2, juillet 2012, pp. 7-9.

↳, «Technique de l'«opting out»: acceptation par les États des normes techniques internationales», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, E., TRUILHÉ (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 121-152.

McCALLION, K. F., et SHARMAN, H. R., «International Resolution of Environment Disputes and the Bhopal Catastrophe», in *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, pp. 239-270.

McRAE, D. M., «Trade and Environment: Competition, Cooperation or Confusion? », 41 *ALTA. L. REV.* 745 (2003).

De MESTRAL, A.,

- “The NAFTA Commission on Environmental Cooperation: Voice for the North American Environment?”, in *Economic globalization and compliance with international environmental agreements*, A., KISS, D., SHELTON et K., ISHIBASHI, (ed.), Kluwer Law International, La Haye, 2003, pp. 283-297.
- « The North America Free Trade Agreement: A Comparative Analysis », *R.C.A.D.I.*, Vol. 275, 1998, pp. 219-416.

MEKPO, C., « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes », (2011) 1 *B.D.E.*, vol. 2, n°1 [ISSN : 1923-1521].

Von MEHREN, R., et KOURIDES, P.-N., «International arbitration between States and Foreign Private parties : the Libyan Nationalization Cases», *AJIL*, 1981, vol. 75, p. 476.

MILANOVA, A., «Le règlement des différends dans le cadre de l'ALENA : les atouts discrets d'une hégémonie», *J.D.I.*, 2003, pp. 87-100.

MITHELL, E., «Private Law, Public Interest?: The ALI Principles of Corporate Governance», 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 871 (1993).

MOLOO, R., «La source pour déterminer la norme d'examen dans le droit international des investissements», *Investment Treaty News*, N° 4, vol. 2, Juillet 2012, pp. 5-6.

MORIN, E., «La nature des idées», *Sciences Humaines – Hors-série N°21 – Juin/Juillet 1998*, p. 6-10.

MOROSINI, F. & SÁNCHEZ BADIN, M. R., «L'Accord brésilien de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) : un nouveau modèle pour les accords internationaux d'investissement ?», *Investment Treaty News*, vol. 6, n° 3, 2015, p. 3-5, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-aout-2015-francais.pdf>

MOTTE-BAUMVOL, J., « Le règlement des différends à l'intention des entreprises multinationales – Quelques réflexions à partir Principes directeurs de l'OCDE », *RGDIP*, 2014-2, pp. 303-331.

NEWCOMBE, A., «The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law », *ICSID Rev. FIL. J*, vol. 20, 2005 (I), pp. 1-55.

NOUVEL, Y., «Les mesures équivalentes à une expropriation dans les pratiques récentes des tribunaux arbitraux», *R.G.D.I.P* 2002-1, pp. 80-102.

NIBOYET, J.-P., «La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé», in *R.C.A.D.I.* 1935 (II), pp. 253-364.

NYER, D., "The Investment Chapter of the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement" (2015) 32 *J Int'l Arb* 697.

O'BRIEN, G., *An Essay on Mediaeval Economic Teaching*, New York, Augustus M. Kelley, 1967, pp. 125-136.

OUEDRAOGO, A., « Standard et standardisation: la normativité variable en droit international », *RQDI*, 2013-1, pp. 155-186.

OUELLET, R., «La nouvelle génération de partenariats et accords économiques entre "like-minded countries": une résurrection du concept de traité-contrat», dans C. Deblock et J. Lebullenger, *Génération TAFTA- Les nouveaux partenariats de la mondialisation*, Presses universitaires de Rennes, 2018, pp. 153 -164.

PALCHETTI, P., « Interpreting "Generic Terms": Between for the Parties, Original Intention and The Identification of the Ordinary Meaning », dans *International Courts and the Development of International Law: Essay in Honour of Tullio TREVES*, Nerina BOSCHIERO, Tullio SCOVAZZI, Cesare PITEA, et Chiara RAONI (dir.), La Haye, Springer, 2013, 91-105.

PARADIS, J., «L'investissement socialement responsable : les caisses de retraite québécoises peuvent-elles emboîter le pas?», (2011) 41 *R.G.D.* 342-415.

PASQUERO, J.,

└, «La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion: un regard historique» in *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, M.-F., TURCOTTE et A., SALMON (dir.), Sillery, QC : Presses de l'Université du Québec, 2005, pp. 80-111.

└, «La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion: le concept et sa portée» in *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, M.-F., TURCOTTE et A., SALMON (dir.), Sillery, QC : Presses de l'Université du Québec, 2005, pp. 112-143.

PAULSON, J.,

└, «Arbitration without privity», 10 *ICSID Rev. FILJ* 232 (1995).

└, «Le Tiers Monde dans l'arbitrage commercial international», *Rev. Arb.* 1983, pp. 3-45.

PEET, R., «The Washington – Wall Street Alliance», in *The Unholy trinity, The IMF-World Bank and WTO*, R., PEET éd., New-York, 2005, pp. 200-223.

PILLET, A., « Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître », *R.G.D.I.P.*, 1898, pp. 66-89.

POIRAT, F., «L'article 26 du Traité de la charte de l'énergie: procédures de règlement et statut des personnes privées», *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 45-84.

POLAKIEWICZ, J. G., «La responsabilité de l'État en matière de pollution des eaux fluviales ou souterraines internationales», *J.D.I.*, 1991 (2), p. 292-293.

POLITIS, N., «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», *R.C.A.D.I.*, 1925 (I), vol. 6, pp. 5-121.

PORTALIS, « Discours préliminaire », in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P., A., FENET, Librairie Place du Panthéon, Paris, 1836, p. 463-523.

POULAIN, B., « Quelques interrogations sur le statut des traités bilatéraux de promotion et de protection des investissements au sein de l'Union européenne », *R. G. D. I. P.*, 2007-4, pp. 802-827.

PREISWERK, R., « La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents », *J.D.I.*, vol. 94, 1967, pp.18-25.

PRINCE, H. A., et ROUSSEAU, S., «La Loi sur investissement Canada à l'épreuve de l'attractivité: contribution à la modernisation du cadre juridique canadien de l'investissement étranger», *La revue du barreau canadien*, vol. 94, 2016, p. 112-147.

PRUJINER, A., «L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ?», *Rev. Arb.* 2005, n° 1, pp. 63-99.

QUEINNEC, Y., «La RSE à l'épreuve des droits fondamentaux», in *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G., Trébulle et O., Uzan (dir.), Economica, Paris, 2011, pp. 213-231.

RAMBAUD, P.,

\_, «Arbitrage, concession et nationalisation : quelques observations sur la sentence BP», *AFDI*, 1981, p. 222.

\_, «Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire LIAMCO devant le juge français», *AFDI*, 1979, p. 820.

RANGEVA, R., « Les organisations non-gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *R.C.A.D.I.*, 1997, tome 270, pp. 9-106.

REINISCH, A., "The European Union and Investor-State Dispute Settlement: From Investor State Arbitration to a Permanent Investment Court", in Armand de Mestral (ed.), *Second Thoughts: Investor-State Arbitration between Developed Democracies* (Waterloo (Ont): Centre for International Governance Innovation, 2017) 333.

REMY, B., «Chroniques des sentences arbitrales», *J.D.I.*, 2014, n° 1, p. 324-341.

REVELLI, Ch., «L'investissement socialement responsable : origine, débats et perspectives», *Revue française de gestion*, 2013/7, n° 236, pp. 79 à 92.

REUTER, P.,

\_, «Quelques réflexions sur l'équité en droit international public», *RBDI*, 1980, pp. 165-186.

\_, «De l'obligation de négocier», *Mélanges MORELLI*, vol. XIV, Giuffrè, Milan, 1975, pp. 711-733.

\_, «Réflexion sur la compétence du centre créé par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs d'autres États», in *Investissements étrangers et arbitrage entre États et personnes privées la convention B.I.R.D. du 18 mars 1965*, Université de Dijon, Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, A. Pedone, Paris, 1969, pp. 9-24.

\_, «Principes de droit international public», *RCADI* 1961-II, n° 106, p. 655-683.

\_, « Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes a des principes généraux du droit », *Problèmes de droit des gens, Mélanges ROLIN*, A. Pedone, Paris, 1964, p. 263-283. [*Problèmes de droit des gens, Mélanges ROLIN*, A. Pedone, Paris, 1964, 536 pages].

RIGAUX, F.,

\_, « Pour un autre ordre international », in *Droit économique 2*, I.H.E.I., Pedone, Paris, 1979, pp. 269-443.

\_, «Des dieux et des héros», *Revue critique de droit international privé*, 1978, p.435.

RIPERT, Georges, «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux : contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale», *RCADI*, 1933, p. 565-664.

ROLIN, H., «Les principes de droit international public», *RCADI* 1950-II, n° 77, p. 305-479.

ROSELLE, J., «The Triple Bottom Line : Building shareholder value», dans *Corporate social responsibility : The Corporate Governance of the 21st Century*, International Bar Association Series, MULLERAT (R), BRENNAN (D) (dir.), Kluwer Law International, 2005, pp. 113-140.

ROTONDI, M., « Considérations sur le rôle de l'équité dans un système de droit positif écrit », in *Aspects nouveaux de ta pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tome I, A. Pedone, Paris, 1975, pp. 43-57.

ROUSSEAU, Ch.,

\_, «Chronique des faits internationaux», *R.G.D.I.P.*, 1975, pp. 763-856.

\_, «De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international», *RGDIP*, 1932, pp. 133-192.

\_, «Caractère normatif du Droit des Gens», *RCADI* 1958-I, n° 93, p. 394-462.

ROUSSEAU, S. et TCHOTOURIAN, I., «Normativité et responsabilité sociale des entreprises : l'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de

l'Atlantique», in *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G., Trébulle et O., Uzan (dir.), Economica, Paris, 2011, pp. 43-90.

SABANOULLARI, L., «Le bien-fondé et les limites des clauses d'exception générale dans la pratique actuelle des traités d'investissement», *Investment Treaty News Quarterly*, Numéro 2. Volume 6. Mai 2015, p. 3-5

SACHS, J. D., et WARNER, A. M.,

-, «The Curse of Naturel Resources», 45 *European Econ. Rev.* 827 829 – 833 (2001).

-, «The Big Push, Natural Resource Booms and Growth», 59 *J. Dev. Econ.* 43 (1999).

-, «Sources of Slow Growth in African Economies», 6 *J. African Econ.* 335 (1997).

Sala-i-Martin, «I Just Ran Two Million Regressions», 87 *Amer. Econ. Rev.* 178 (1997).

SALMON, J.,

-, « Les notions à contenu variable en droit international public », in *Les notions à contenu variable en droit*, Ch., PERELMAN et R., VANDER ELST (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 251-268.

-, «Le concept de raisonnable en droit international public», in *Le droit international : Unité et diversité*, Mélanges offerts à Paul REUTER, A. Pedone, Paris, 1981, p. 448-478.

SANDS, Ph.,

-, « Le droit international, le praticien et les acteurs non étatiques », in *L'émergence de la société civile internationale – Vers la privatisation du droit international*, Acte du colloque, CEDIN PARIS X, Cahier international n°18, H., GHERARI, et S., SZUREK (dir.), A. Pedone, Paris, 2003, pp. 85-103.

-, «Searching for Balance: Concluding Remarks», 11 *N.Y.U. Environmental Law Journal* 198-207 (2002).

-, «Moderator's Introduction», *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute Resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, pp. 11-17.

-, «Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law», 10 *Yale Human Rights & Development Law J.* 3 (1998).

SAVARESE, E.,

-, «BIT Clauses Bearing on the Ratione Temporis Jurisdiction of Icsid Tribunals. A Survey on the Constituent Elements of Investor-State. Legal Disputes under BITs», *JWIT*, Vol. 10, 2009, n° 4, pp. 601-616.

-, «Amicus Curiae in investor-State Arbitral Proceedings», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XVII (2007), pp. 99-121.

SAX, J. L., «Takings and the Police Power», 74 *Yale Law J.* 36 (1964).

SCALBET, H., et MARVILLE, L., «Les clauses compromissaires pathologiques», in *Rev. Arb.*, 1988, pp. 117-135.



- SCELLE, G., « Plateau continental et droit international », *R.G.D.I.P.*, 1955, pp. 5-62.
- SCHACHTER, O., «International Law in Theory and Practice», *RCADI*, tome 178 (1982-V), 395 pages.
- SCHWARZENBERGER, G., «The Fundamental Principles of International Law», *RCADI* 1955-I, n° 87, 195-385.
- SCHILL, S. W.,  
 \_., «General Principles of Law and International Investment Law», in *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligation*, GAZZINI, T., & De BRABANDERE, E. (dir.), Martinus NIJHOFF Publishers, Leiden-Boston, 2012, pp. 133-181.  
 \_., «Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law », in *International Investment Law and Comparative Public Law*, S.W., SCHILL, (dir.), Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 151-175.
- SCHLOCHAUER, H. J., « Jay Treaties », *Encyclopedia of public international law online*, (1981, Amsterdam, North Holland), vol. 1, p. 108.
- SCHLIESSER, P., et VOLNAY, S., «Régime des investissements à l'intérieur du marché commun andin», *J.D.I.*, 1972 (3), pp. 558-571.
- SCHREIBER, V., « What are International Standards? » dans *International Standards and the Law*, P., Nobel, (dir.), Berne, Staempfli, 2005, pp. 1-15.
- SCHREUER, Ch., «The concept of expropriation under the ECT and other investment protection treaties», 2 *T.D.M.* (2005) 3.
- SCHREUER, Ch., «Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road», *J.W.I.T.*, 2004, n° 5, pp. 231-256.
- SERENI, A.P., «International economic institutions and the municipal law of states», *RCADI* 1959 (96), p. 129-139.
- SEYERSTED (F), «Applicable Law in Relations between Inter Governmental Organizations and Private Parties», *RCADI*, 1967, III, n° 122, p. 427-616.
- SHELTON, D., « The Participation of Nongovernmental Organisation in International Proceedings », *Am. J. of Int'l Law*, 1994, p. 616-619.
- SHIHATA, I., «Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in Case of the Involvement of State Parties», in *The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures*, Vol. II, I.F.I. SHIHATA and J.D., WOLFENSOHN (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 455-496.

SIMMA, B., « Miscellaneous Thoughts on Subsequent Agreements and Practice », dans *Treaties and Subsequent Practice*, Georg NOLTE (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2013.

SINCLAIR, A. C., « The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection », *Arb. Int'l* 2004, Vol. 20, n° 4, pp. 411-434.

SIORAT, L., « Préface à l'ouvrage d'AMADIO », *Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale du 18 mars 1965*, LGDJ, Paris, 1967, p. 6.

SOHNLE, J. (2014), « Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans les instruments conventionnels relatifs aux eaux douces internationales – Cherchez l'intrus ! », *Les Cahiers de droit*, 55 (1), 221-264.

SOLOWAY, J. A.,

→ « Environmental Regulation Expropriation: the case of NAFTA's Chapter 11 », 33 *Canadian Bus. Law J.* 101 (2000).

→ « Environmental Trade Barriers Under NAFTA: The MMT Fuel Additives Controversy », 8: 55 *Minn. J. Global Trade* 55 (1999).

SORENSEN, M., « Principes de droit international public », *RCADI* 1960-III, n° 101, p. 1-251.

SORNARAJAH (M), « Right to Regulate and Safeguard », in *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-making Perspectives, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November 2002*: UNCTAD 2003, NY/GE, pp. 205-210.

SPARKES, R., « A Historical Perspective on the Growth of Socially Responsible Investment », dans *Responsible Investment*, R., SULLIVAN, C., MACKENZIE (dir.), Sheffield, Greenleaf Publishing, 2006, pp. 3-20.

SPEARS, S. A., « The quest for policy space in a new generation of international investment agreements », *Journal of International Economic Law*, 13 (4), 2010, p. 1037-1075.

STERN, B.,

→ « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Rev. Arb.* 2007, n°1, pp. 3-43.

→ « In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation », A., Rovine (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, La Haye, Kluwer, 2007, pp. 29-51.

→ « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur », *Rev. Arb.* 2002, n°2, pp. 328-345.

→ « Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires ? » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la*

*fin du 20ème siècle, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe KAHN, Litec-CREDIMI, Paris, 2000, pp. 223-244.*

\_, «Trois arbitrages, un même problème, trois solutions : les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitrage international», *Revue de l'arbitrage*, 1980, p. 5.

STOLL, P.-T., «Le droit international économique face aux défis de la mondialisation», *R.G.D.I.P.*, 2009-2, p. 273-303.

STRUPP, K., « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI* 1934-I, n° 47, p. 259-596.

TANAKA, K.,

\_, «Du droit international mondial», dans *Mélanges Léon Julliot De la Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 547-570 [668 pages].

TCHOTOURIAN, I., « Chronique bibliographique », *Les Cahiers de Droit*, vol. 57, n° 1, 2016, pp. 212-219.

TEYNIER, E., «L'*amicus curiae* dans l'arbitrage CIRDI», *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2005, n° 3, pp. 19-24.

THEY, M., «L'affaire Survival International : la «responsabilité sociale » d'une ONG dans la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales», *JDI*, N°2, avril 2018, 39 pages.

THIERRY H., « L'évolution du droit international », *RCADI* 1990-III (222), p. 9-186.

THOMÉ, N., «Participation et représentation des États dans l'élaboration des normes au sein du Codex alimentarius», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, È., TRUILHÉ-MARENGO (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 91-104.

TITI, C., « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement: une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? » *J.D.I.*, 2014-2, pp. 541-562.

TIMSIT, G.,

\_, « Sur deux points aveugles de la doctrine juridique: nouvelles considérations sur le dialogisme normative », in *Le droit, une variable dépendante, Mélanges LAJOIE, P., NOREAU et L., ROLLAND (dir.)*, (2008), Les Éditions Thémis, Université de Montréal, pp. 359-379.

\_, «Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation», (1996), 78, *R.F.A.P.*, pp 375-385.

TODESCAN, Franco, « Michel Villey et la Seconde scolastique », dans *Droit & Philosophie*, Vol. 8, 2016, p. 33-74.

TOUSCOZ, J., « Mondialisation et sécurité économique internationale », *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 623-646.

TRAKMAN, E. L., “The Status of Investor-State Arbitration: Resolving Investment Disputes under the Transpacific Partnership Agreement”, in Tania Voon (ed), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2013).

TRIEPEL, H., «Les rapports entre le droit interne et le droit international», *RCADI*, vol. 1, 1923, pp. 77-121.

TRÉBULLE, F.-G., «Propos introductifs : Quel droit pour la RSE?», dans *Responsabilité sociale des entreprises – Regards croisés Droit et Gestion*, F.-G., TRÉBULLE et O., UZAN (dir.), Economica, Paris, 2011, p. 4.

TRUILHÉ-MARENGO, È., «Consensus comme modalité d’adoption des normes au sein du Codex alimentarius», in *Les enjeux de la normalisation technique internationale: Entre environnement, santé et commerce international*, E., BROSSET, È., TRUILHÉ-MARENGO (dir.), La Documentation française, Paris, 2006, pp. 105-119.

TRUYOL Y SERRA, A., «Théorie du droit international public: cours général», *RCADI*, vol. 173, 1981-IV, pp. 23-443.

TSCHANZ, P. Y., «The Contributions of the Aminoil Award to the Law of State Contracts», *International Lawyer*, vol. 18, p. 245-281.

TUNKIN, G.I.,

┌, « Co-existence and International Law », *RCADI* 1958-III, n° 95, p. 1-81.

└, «International law in the international system», *RCADI* 1975-IV, n° 147, p. 1-218.

VADI, V., «The migration of constitutional ideas to international investment law and arbitration», in *Proportionality, Reasonableness and Standards of Review in International Investment Law and Arbitration*, V., VADI (dir.), Edward Elgar, 2018, pp. 31-53 [ISBN: 9781785368578].

VAGTS, D. F., «The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law», *Harvard Law Review*, Vol. 83, 1970, pp. 769-792.

De VAREILLES-SOMMIERES, P., et FEKINI, A., « Les nouveaux contrats internationaux d’exploitations et de partage de production pétrolière en Libye », *J.D.I.*, Janvier-Février-Mars 2008, pp. 3-30.

VALLINDAS, P. G., « General principles of Law in the Hierarchy of the Sources of international Law », in *Problèmes fondamentaux de droit international*, *Mélanges SPIROPOULOS*, Schimmelbusch, 1957, 425-431.

VEENSTRA-KJOS, H. E., « Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity" » in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph., KAHN, Th., W. WÄLDE, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 597-628.

VERDROSS, Alfred, «Les règles générales du droit international de la paix», *RCADI*, 1929-V, n° 30, p. 271-518.

VERDROSS, Alfred, «*Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale*», *RCADI*, 1935, n° 52, p. 191-251.

VERHOVEN, J., «Droit international des contrats et des gens», *RBDI*, 1978-1979, p. 209.

De VISSCHER, Ch.,

\_, «Contribution à l'étude des sources du droit international», *Revue de droit international et de la législation comparé*, 1933, p. 406.

\_, «Cours général de principes de droit international public», *RCADI* 1954-II, n° 86, p. 445-556.

VIEIRA MARTINS, J. H., «Les Accords de coopération et de facilitation de l'investissement (ACFI) du Brésil et les faits nouveaux», *Investment Treaty News*, 12 juin 2017, <https://www.iisd.org/itn/fr/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins>

VILLEY, M.,

\_, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archive de philosophie du droit*, n° 13, 1968, p. 6 et s.

\_, « Abrégé du droit naturel classique », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 109-120.

VINUALES, J. E., and JESKO LANGER, M.,

-, «Managing conflicts between environmental and investment norms in international Law» in *The Transformation of International Environmental Law*, Y., KERBRAT et S., MALJEAN-DUBOIS (dir.), A., Pedone & Hart, Oxford-Paris, 2011, pp. 171-191.

-, « Conflits normatifs en droit international: normes environnementales vs. Protection des investissements », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, *Colloque d'Aix-en-Provence 2009*, SFDI, A. Pedone, Paris, 2010.

VIRALLY, M.,

\_, « Le rôle des « principes » dans le développement du droit international », *Recueil d'étude de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, 1968 p. 531-554.

\_, «La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre les auteurs et textes qui en sont dépourvus », *AIDI* 1983, vol. 60, Tome 1, pp. 166-257.

- ↳, «La Charte des droits et des devoirs économiques des États. Note de lecture», *Annuaire français de droit international*, volume 20, 1974. pp. 57-77.
- ↳, « The Sources of international Law », in *Manual of Public International Law*, M., SØRENSEN (éd.), Mc Millan, Londres, 1968, p. 116-174.
- ↳, «Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain», *R.C.A.D.I.*, 1967-III, pp. 1-105.
- ↳, « Panorama du droit international contemporain », *RCADI* 1983-V (183), p. 9-382.

VITANYI, Béla, «Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de «Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées»», *RGDIP*, 1982, n° 86, p. 48-116.

VON STADEN, A., «Faut-il faire preuve de déférence ? La légitimité et les critères d'examen dans l'arbitrage investisseur-État», *Investment Treaty News*, n° 4, vol. 2, Juillet 2012, pp. 3-4.

VOON, T., "Introduction: National Regulatory Autonomy and the Trans-Pacific Partnership Agreement", in Tania Voon (ed), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2013).

WAGNER, J. M.,  
 ↳, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law" (2014-2015) 36 *U Pa J Int'l L* 1.  
 ↳, «International Investment, Expropriation and Environmental protection», 29 *Golden Gate Univ. L.R.* 475 (1999).

WÄLDE, Th. W.,  
 ↳, « The Specific Nature of Investment Arbitration », in *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, Ph., KAHN et Th., WÄLDE (dir.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 517-552.  
 ↳, «The Umbrella Clause in Investment Arbitration – A Comment on Original Intentions and Recent Cases», *J.W.I.T.*, Vol. 6 No. 2, April 2005, pp. 183-236.  
 ↳, «The 'Umbrella' (or Sanctity of Contract/*Pacta Sunt Servanda*) Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases», *T.D.M.*, Vol. 1, Issue #04, October 2004.  
 ↳, «International Disciplines on National Environmental Regulation: With Particular Focus on Multilateral Investment treaties», in *International Investments and Protection of the Environment: The Role of Dispute resolution Mechanisms*, Papers emanation from the Second PCA International Law Seminar, may 17, 2000, KLUWER LAW INTERNATIONAL, The Hague, 2001, pp. 29-71.  
 ↳, «Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation», 12 *Arb. Int'l* 429 (1996).  
 ↳, «International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal Negotiating and Policy Implications for International Investors Within Western and

Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries», 29 *J.W.T.* 5 (Oct. 1995), pp. 5-72.

WÄLDE, Th. et KOLO, A., «Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law», in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001(4), pp. 811-848.

WALDOCK, Sir H., «General Course on Public International Law», *RCADI*, 1962, II, n° 106, p. 1-251.

WATRIN, G., «Forces centrifuges dans le droit contemporain», *Mélanges TROTABAS*, Paris, 1970, p. 479-509. [Mélange TROTABAS, M., *Mélanges offerts à M. le Doyen Louis TROTABAS*, LGDJ, Paris, 1970, 572 pages].

WEIL, P.,

↳ «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.*, 1992, vol. 237, pp. 9-370.

↳ «Principes généraux du droit et contrat d'État», *Études offertes à B. GOLDMAN*, Litec, Paris, 1982, pp. 387-414.

↳ «Vers une normativité relative en droit international?», *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 5-47.

↳ «Droit international et contrat d'État», in *Le droit international : Unité et diversité, Mélanges offerts à Paul REUTER*, A. Pedone, Paris, 1981, pp. 549-582.

↳ «Les clauses de stabilisation et d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges ROUSSEAU*, A. Pédone, 1974, pp. 304-311.

↳ «Les problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier», *R.C.A.D.I.*, 1969 (III), tome 128, pp. 94-240.

WEILER, J., and PAULUS, A. L., «The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?», 8 *EJIL* 545 (1997).

WOODARD, J. L., «Rivers in Peril: An Examination of International Law and Land-based Nuclear Pollution in the Former Soviet Union», 11 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 741 (1999).

WOOLSEY, L. H., «China's Termination of Unequal Treaties», *Am. J. of Int'l Law*, 1927, p. 289-294.

WRIGHT, Q., «Conflicts between treaties and international law», *Am. J. of Int'l Law* 1917, pp. 566-579.

YEE, M., «The Future of Environmental Regulation After Article 1110 of NAFTA : A Look at the Methanex and Metalclad Cases», 9 *Hasting W.-Nw. J. Envt'l L. & Pol'y* 85 (2002-2003).

YELPAALA, K., «Vers un modèle de code des investissements pour l'Afrique», *Revue du droit au service du développement*, Vol. 1, 2006, pp. 1-95.

ZAHEDI, N. S., «Implementing the Rotterdam Convention. The Challenges of transforming Aspirational Goals into effective Controls on Hazardous Pesticide Exports to developing Countries», in *Geo. Int'l Envtl. L. Rev.* 707 (1999).

ZENISEK, T. J., «Corporate social responsibility: A conceptualization based on organizational literature», *Academy of Management Review*, vol. 4, n° 3, 1979, pp. 359-368.

## VI- Sites officiels et bases de données consultés

CEDH, Base de données HUDOC, [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fre#n14594233837037665707592\\_poi\\_nter](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=fre#n14594233837037665707592_poi_nter)

ESCAP (United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific), <http://www.unescap.org>

IISD, Institut international du développement durable, <https://www.iisd.org>

ITALAW, *Investment Treaty Arbitration*, <http://www.italaw.com/investment-treaties>

McGill, The McGill Faculty of Law Preferential and Regional Trade Agreements Database, <http://ptas.mcgill.ca> ; [McGill Preferential Trade Agreements Database](#)

OEA, [http://www.sice.oas.org/Investment/main\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Investment/main_e.asp); [Organization of American States \(OAS\) BITs](#) ; [Organization of American States \(OAS\) FTAs](#)

OCDE, <http://www.oecd.org/fr/investissement>

OMC, Organisation mondiale du commerce, <https://www.wto.org/indexfr.htm>

*Recueil des Traités du Canada (RTC)*, [Recueil des traités du Canada - Canada.ca \(treaty-accord.gc.ca\)](#).

UE, [http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.3.6.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/fr/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.3.6.html)

UNCTAD, *International Investment Agreements*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

UNCTAD's IIA Navigator, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

UNCTAD, IIA Mapping Project, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenuWrapper>

UNCTAD, *Investment Dispute Settlement*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

UNCTADSTAT, <http://unctadstat.unctad.org/FR/Index.html>.