



# Assemblée générale

Distr. générale  
26 juin 2023  
Français  
Original : anglais

## Conseil des droits de l'homme

### Cinquante-quatrième session

11 septembre-6 octobre 2023

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,  
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,  
y compris le droit au développement**

## **Droit au développement et droit international de l'investissement**

### **Étude du Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement**

#### *Résumé*

Dans la présente étude, le Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement s'intéresse à la place actuelle et future du droit au développement dans le droit international de l'investissement, au traitement du droit au développement dans le droit international de l'investissement en vigueur, à l'évolution du rôle des investisseurs en tant que débiteurs d'obligations, aux effets de deux changements importants récemment survenus dans le domaine juridique et à la contribution de l'*amicus curiae* ; en outre, il cherche à déterminer si les arbitres devraient justifier de compétences dans le domaine des droits de l'homme pour statuer sur des différends relatifs aux investissements. En conclusion, il formule des recommandations et des propositions.



## I. Objectifs

1. Dans la présente étude, le Mécanisme d'experts chargé de la question du droit au développement :

a) Analyse les éléments du droit au développement tels qu'ils figurent dans le droit international de l'investissement existant (à la fois dans la nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement et dans les sentences arbitrales) et formule des recommandations et des propositions d'amélioration (aux fins de la présente étude, il n'est pas nécessaire que le droit au développement soit expressément mentionné dans les accords internationaux d'investissement) ;

b) Considère l'obligation des États de protéger les droits humains de leur population, notamment le droit au développement, ainsi que leur droit de réglementer en droit international de l'investissement ;

c) Étudie l'évolution du rôle des investisseurs en tant que débiteurs d'obligations relatives aux droits de l'homme ainsi que les obligations des États en matière de coopération internationale, de promotion du développement durable et de réalisation des objectifs de développement durable énoncés dans le Programme de développement durable à l'horizon 2030 (Programme 2030), telles que prévues dans les accords internationaux d'investissement, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux ;

d) Examine les effets de deux changements importants récemment survenus dans le domaine juridique, à savoir : i) la mention explicite du droit au développement dans le préambule de l'Accord de Paris de 2015 ; ii) la tension permanente pour les États entre leurs obligations climatiques et leurs obligations envers les investisseurs étrangers ;

e) Examine le rôle de l'*amicus curiae* dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, étant entendu que cette contribution de personnes qui ne sont pas parties au différend est à la fois une source de connaissances spécialisées sur les droits de l'homme et un moyen de participation à la procédure pour les groupes de personnes ou les peuples dont l'exercice des droits humains est compromis par les faits en cause. Le règlement des différends fait partie intégrante du droit international de l'investissement et a une incidence directe sur le droit des individus et des peuples au développement ;

f) Tend à déterminer si les arbitres devraient justifier de compétences dans le domaine des droits de l'homme (notamment en ce qui concerne le développement durable et les objectifs de développement durable) pour statuer sur des différends relatifs aux investissements qui soulèvent des questions liées aux droits de l'homme ou aux objectifs de développement durable, ou si d'autres méthodes seraient plus efficaces pour désigner des arbitres dûment qualifiés ;

g) Met en évidence les bonnes pratiques des États et formule des recommandations, conformément à son mandat.

## II. Mandat et méthode

2. La présente étude repose sur une analyse de la documentation pertinente et sur les informations reçues à la suite de l'envoi d'un questionnaire à diverses parties prenantes (États Membres, organisations de la société civile, organisations intergouvernementales et organismes des Nations Unies) et de la diffusion d'un appel à contributions.

3. Les textes issus de la vingt-septième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ont permis d'apporter des éclaircissements utiles, en particulier s'agissant des objectifs climatiques dans le cadre du régime actuel des accords internationaux d'investissement. Des échanges avec des universitaires, des visites d'étude et des travaux menés dans ce domaine d'étude par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le Centre Sud et d'autres centres de recherche et organisations de la société civile ont également permis d'obtenir des informations utiles.

4. Les recommandations formulées dans la présente étude reposent en outre sur l'examen de modèles de traités d'investissement bilatéraux, d'un échantillon d'accords internationaux d'investissement progressistes qui contiennent des dispositions relatives aux droits de l'homme sous une forme ou une autre, de sentences arbitrales et d'autres décisions de justice. Il convient de garder à l'esprit que le sujet traité concerne un domaine en constante évolution.

### III. Droit au développement et droit international de l'investissement

5. Dans la présente étude, le droit au développement est analysé dans le cadre du droit international de l'investissement, sur la base des principes fondamentaux énoncés dans la Déclaration de 1986 sur le droit au développement et des liens de symbiose qui existent entre le droit au développement et le développement durable, conjugués aux objectifs de développement durable et au Programme 2030<sup>1</sup>.

6. Il convient de rappeler les trois aspects du développement durable, à savoir le développement social, le développement économique et la protection de l'environnement<sup>2</sup>. La notion de développement social englobe celle des droits de l'homme, établie de longue date. Le développement social et le développement durable ne peuvent être atteints si les droits de l'homme sont compromis. Les 17 objectifs de développement durable et les 169 cibles figurant dans le Programme 2030 traduisent le consensus mondial actuel quant à la portée et la teneur du développement durable<sup>3</sup>.

7. Compte tenu de ce qui précède, les interactions et les tensions entre les droits de l'homme et le droit international de l'investissement ainsi que leurs possibilités de coexistence sont analysées ci-après. Outre le droit des États de réglementer dans l'intérêt public, le Mécanisme d'experts s'intéresse au devoir de coopération internationale entre les États et au droit des individus et des peuples à la participation, qui sont tous deux d'importants aspects du droit au développement. Il conçoit l'investissement comme un moyen de parvenir au développement tel qu'il est décrit dans le préambule de la Déclaration sur le droit au développement. Autrement dit, l'objectif de l'investissement, et donc du droit international de l'investissement, devrait être d'« améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus »<sup>4</sup>.

8. Le Mécanisme d'experts a notamment examiné les thèmes qui ressortaient du questionnaire envoyé aux différentes parties prenantes et des réponses reçues. Il remercie les États, les organisations intergouvernementales, les organismes des Nations Unies, les membres d'organisations de la société civile et les universitaires qui ont apporté leur contribution.

### IV. Le développement durable dans les accords internationaux d'investissement : aperçu général

9. Bon nombre d'accords internationaux d'investissement, en particulier parmi les plus récents, contiennent des précisions et des clarifications visant à protéger le droit des États de réglementer dans l'intérêt public. Il est important de noter que le développement durable, les objectifs de développement durable et les droits de l'homme figurent dans un certain nombre d'accords internationaux d'investissement et de modèles de traités d'investissement bilatéraux<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> A/HRC/48/63, par. 19 à 23.

<sup>2</sup> Voir A/42/427, annexe.

<sup>3</sup> Voir la résolution 70/1 de l'Assemblée générale.

<sup>4</sup> Voir la résolution 41/128 de l'Assemblée générale, annexe.

<sup>5</sup> Parmi les accords internationaux d'investissement recensés par la CNUCED (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>) – certains ayant été résiliés et d'autres ayant été signés mais n'étant pas encore entrés en vigueur –, plus de 200 contiennent le

10. Depuis l'adoption du Programme 2030 par l'Assemblée générale, en 2015, 224 accords internationaux d'investissement ont été conclus, dont 31 % contiennent des dispositions en lien direct avec la réalisation des objectifs de développement durable.

11. Les accords internationaux d'investissement traitent de la question du développement durable et des objectifs de développement durable de différentes manières, que ce soit en insistant sur le droit des États de réglementer dans l'intérêt public ou en soumettant les investisseurs étrangers à des obligations, comme celles de contribuer au développement durable, de se conformer à certaines normes et de respecter les droits de l'homme en général et les principes de la responsabilité sociale des entreprises.

12. Les procédés utilisés consistent notamment à faire figurer dans les accords internationaux d'investissement<sup>6</sup> :

a) Des références au développement durable dans le préambule (par exemple, traité d'investissement bilatéral entre le Brésil et l'Inde (2020), traité d'investissement bilatéral entre la République islamique d'Iran et la Slovaquie (2016)) ;

b) Une définition de l'« investissement » qui exige de l'investisseur de contribuer au développement durable du pays d'accueil (par exemple, traité d'investissement bilatéral entre le Maroc et le Nigéria (2016)) ;

c) Des dispositions dérogatoires qui permettent au pays d'accueil de prendre des mesures pour maintenir des objectifs de politique publique tels que la préservation de la santé publique et la protection de l'environnement (par exemple, traité d'investissement bilatéral entre le Canada et la Mongolie (2016) et traité d'investissement bilatéral entre la Géorgie et le Japon (2021)) ;

d) L'interdiction pour les États d'assouplir les normes relatives au travail ou à l'environnement pour attirer les investissements étrangers (par exemple, traité d'investissement bilatéral entre la Colombie et les Émirats arabes unis (2017) et traité d'investissement bilatéral entre le Japon et le Maroc (2020)) ;

e) Des obligations pour les investisseurs qui tendent à la conduite responsable des entreprises (par exemple, traité d'investissement bilatéral entre le Brésil et l'Éthiopie (2018)) ;

f) Des dispositions qui interdisent les pratiques de corruption (par exemple, traité d'investissement bilatéral entre la Géorgie et le Japon (2021)) ;

g) Des dispositions qui encouragent le respect du développement durable dans le cadre des investissements étrangers directs (par exemple, accord de libre-échange entre l'Union européenne et Singapour (2019)).

13. Des principes de coopération et de renforcement des capacités sont parfois expressément mentionnés dans les traités d'investissement bilatéraux. Par exemple, le traité d'investissement bilatéral entre le Brésil et le Malawi (2015)<sup>7</sup> insiste sur l'importance du renforcement des capacités locales, au moyen d'une étroite coopération avec les structures locales, lorsqu'il s'agit de contribuer au développement durable du pays d'accueil.

14. Parmi les modèles d'accords d'investissement qui peuvent être qualifiés de progressistes figurent ceux du Royaume des Pays-Bas (2019)<sup>8</sup> et de l'Union économique belgo-luxembourgeoise (2019)<sup>9</sup>.

---

terme « développement durable ». L'accord-cadre de coopération entre la Communauté économique européenne et le Brésil (1992) était le premier à contenir ce terme.

<sup>6</sup> Les accords internationaux d'investissement mentionnés dans la présente étude sont disponibles dans la base de données de la CNUCED sur les accords internationaux d'investissement (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>).

<sup>7</sup> L'importance de la coopération est également soulignée dans des accords de libre-échange (voir l'article 22.20 de l'accord entre l'Australie et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2021)).

<sup>8</sup> Royaume des Pays-Bas, *Agreement on reciprocal promotion and protection of investments* (Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements) (mars 2019), art. 2, 3, 6 et 7.

<sup>9</sup> Modèle de traité d'investissement bilatéral de l'Union économique belgo-luxembourgeoise, art. 14 à 18.

15. Le modèle de traité d'investissement bilatéral de l'Union économique belgo-luxembourgeoise, qui contient de nombreux éléments du droit au développement, et en particulier des références au développement durable, insiste sur le rôle important de la coopération internationale dans la réalisation du développement durable et reconnaît que les aspects économiques, sociaux et environnementaux du développement durable sont interdépendants et se renforcent mutuellement<sup>10</sup>. Il convient de noter que ce modèle promeut le dialogue non seulement entre les Parties contractantes, mais aussi entre les États et les organisations de la société civile.

16. Le modèle de traité d'investissement bilatéral du Royaume des Pays-Bas (2019) contient de nombreuses références au développement durable et aux droits de l'homme<sup>11</sup>, y compris une référence expresse à la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>12</sup>. Il est possible que ce modèle ait déjà été utilisé dans des négociations puisque, selon les informations disponibles, la Commission européenne a autorisé le Royaume des Pays-Bas à renégocier les traités d'investissement bilatéraux qu'il avait conclus, notamment avec l'Argentine, le Burkina Faso, les Émirats arabes unis, l'Équateur, le Nigéria, l'Ouganda, la République-Unie de Tanzanie et la Turquie, et à entamer des négociations avec l'Iraq et le Qatar<sup>13</sup>.

## V. Importance des changements récents

17. Depuis l'adoption du Programme 2030, le développement durable, les objectifs de développement durable et les droits de l'homme sont mieux pris en considération dans les accords internationaux d'investissement. Cependant, des réserves importantes s'imposent.

18. Premièrement, à l'exception de 245 d'entre eux, les quelque 3 300 accords internationaux d'investissement qui sont en vigueur ou qui ont été signés mais ne sont pas encore entrés en vigueur<sup>14</sup> ont tous été signés avant l'adoption des objectifs de développement durable, en 2015. On ne s'étonnera donc pas que la grande majorité des accords internationaux d'investissement ne contiennent pas de dispositions qui traitent, expressément ou en substance, des objectifs de développement durable. Les quelque 70 accords internationaux d'investissement qui contiennent de telles dispositions ont quasiment tous été signés après l'adoption des objectifs de développement durable. Cependant, ils ne représentent qu'une minorité (environ 30 %) des accords internationaux d'investissement signés après 2015. Autrement dit, lors de l'élaboration des accords internationaux d'investissement et des politiques nationales d'investissement, la prise en considération du développement durable et des objectifs de développement durable ne va pas encore de soi. Pour que cela change, il faudra qu'un plus large consensus international soit obtenu et que les grandes puissances économiques qui décident généralement des négociations à mener montrent davantage la voie.

19. Deuxièmement, la plupart des nouveaux accords internationaux d'investissement qui traitent du développement durable dans leurs dispositions de fond semblent surtout le faire dans le cadre d'exceptions, de recommandations et d'engagements politiques, et non d'obligations contraignantes de contribuer au développement durable mises à la charge des États ou des investisseurs<sup>15</sup>. En outre, l'obligation de contribuer au développement durable n'est, à l'heure actuelle, ni homogène ni généralisée. Par exemple, le traité d'investissement

<sup>10</sup> Ibid., art. 14 (par. 3).

<sup>11</sup> Royaume des Pays-Bas, *Agreement on reciprocal promotion and protection of investments* (Accord sur la promotion et la protection réciproques des investissements) (mars 2019), préambule et art. 2, 3, 5 et 6.

<sup>12</sup> Voir art. 6 (par. 6). Cependant, à ce jour, aucun accord international d'investissement ne fait expressément référence à la Déclaration de 1986 sur le droit au développement.

<sup>13</sup> Jones Day, « Renegotiation of existing BITs by the Netherlands may directly affect current investments », juillet 2019.

<sup>14</sup> CNUCED, « The international investment treaty regime and climate action », *International Investment Agreements Issues Note*, n° 3 (2022).

<sup>15</sup> Ole Kristian Fauchald, « International investment law in support of the right to development? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, n° 1 (2021), p. 189.

bilatéral conclu en 2016 entre le Maroc et le Nigéria a été signé par les deux pays, mais a été ratifié uniquement par le Maroc. De même, le Maroc a tenu compte du développement durable dans son modèle de traité d'investissement bilatéral daté de 2019 et dans d'autres traités d'investissement bilatéraux, mais pas dans ses accords d'investissement avec le Brésil et le Japon<sup>16</sup>. D'autres pays ont été encore plus circonspects lorsqu'ils ont élaboré leur modèle de traité d'investissement bilatéral et ont décidé d'éluder complètement la question de la contribution des investissements étrangers au développement du pays d'accueil<sup>17</sup>.

20. Troisièmement, à l'intégration du développement durable dans la définition de l'« investissement » figurant dans les accords internationaux d'investissement s'ajoutent parfois des dispositions sur la manière de parvenir au développement durable dans le contexte du droit international de l'investissement, à savoir par la coopération internationale et la reconnaissance du caractère interdépendant et synergique de ses aspects économiques, sociaux et environnementaux, et par la promotion expresse du dialogue entre les États et entre les États et la société civile<sup>18</sup>.

21. Dans ce contexte, la réalisation du développement durable dans le cadre du droit international de l'investissement dépendra de l'interprétation que les tribunaux d'arbitrage internationaux saisis de différends relatifs aux investissements feront des éléments pertinents contenus dans la nouvelle génération de traités d'investissement bilatéraux.

22. Il appartiendra en grande partie aux tribunaux d'arbitrage d'examiner la signification, tant pratique que juridique, du développement durable et de décider si celui-ci relève d'une simple aspiration ou du droit contraignant applicable<sup>19</sup>. Cette question revêtira probablement un intérêt particulier dans les cas où la notion de développement durable figure dans des sections de fond des accords internationaux d'investissement, telles que la description de l'« investissement » (par exemple, à l'article 1 (par. 3) du traité d'investissement bilatéral entre le Maroc et le Nigéria (2016), à l'article 3 (par. 3) du modèle de traité d'investissement bilatéral du Maroc (2019) et à l'article 1 (par. 1) du traité d'investissement bilatéral entre l'Égypte et Maurice (2014)). Ces instruments étant relativement récents, il reste à savoir si, en cas de différend entre un État et un investisseur, l'État choisira d'invoquer le développement durable comme moyen de défense et le tribunal d'arbitrage interprétera les éléments relatifs au développement durable comme établissant une condition essentielle de la protection des investissements ou comme ayant simplement valeur de recommandation<sup>20</sup>.

23. En outre, l'évolution du droit interne des États, en particulier si elle fait sentir ses effets au-delà de leurs territoires nationaux, peut influencer sur la signification du développement durable en droit international de l'investissement et sur la manière dont celui-ci est réalisé dans la pratique.

24. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a examiné récemment la justiciabilité du développement durable en droit environnemental et climatique interne<sup>21</sup>. Sans faire explicitement référence au développement durable, la Cour a examiné les notions

<sup>16</sup> Arpan Banerjee et Simon Weber, « The 2019 Morocco model BIT: moving forwards, backwards or roundabout in circles? », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n° 3 (2021), p. 539.

<sup>17</sup> Voir, par exemple, le modèle de traité d'investissement bilatéral de la Colombie (2017), dans lequel les rédacteurs ont évité de débattre de la question ; voir aussi Banerjee et Weber, « The 2019 Morocco model BIT ».

<sup>18</sup> Voir le modèle de traité d'investissement bilatéral de l'Union économique belgo-luxembourgeoise.

<sup>19</sup> Klentiana Mahmutaj, « Will the Morocco-Nigeria bilateral investment treaty transform sustainable development into hard law? », *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, janvier 2022.

<sup>20</sup> Dans les réponses au questionnaire, un État a fait observer que la notion de développement durable devrait être clairement définie dans les accords internationaux d'investissement et que l'exclusion des objectifs de développement durable des dispositions relatives aux investissements pourrait avoir pour effet indésirable de permettre aux investisseurs qui entreprennent des activités non durables de placer celles-ci sous la protection de l'accord applicable. D'autres États ont gardé le silence sur cette question ; un État a estimé que l'intégration de la notion de développement durable imposerait une contrainte supplémentaire aux investisseurs et nuirait donc à l'attractivité des pays parties à l'accord.

<sup>21</sup> Jelena Bäumlér, « Sustainable development made justiciable: the German Constitutional Court's climate ruling on intra- and inter-generational equity », *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, juin 2021.

d'« équité intragénérationnelle » (équité entre les générations actuelles), non seulement à l'intérieur d'un État mais aussi au-delà de ses frontières, et d'« équité intergénérationnelle » (engagement et responsabilité envers les générations futures)<sup>22</sup>, au regard des obligations mises à la charge de l'Allemagne par l'Accord de Paris (2015)<sup>23</sup>. L'affaire ne relevait pas directement du droit international de l'investissement, mais elle montre que le développement durable prend de l'importance en droit international<sup>24</sup>, et éclaire sur l'interprétation qui pourra en être faite dans des différends relatifs aux investissements, étant notamment entendu que, compte tenu des changements climatiques, il est essentiel pour la réalisation du droit au développement que l'aspect environnemental du développement durable soit présent dans les accords internationaux d'investissement.

25. Il semble qu'il reste beaucoup à faire pour que le développement durable soit mieux pris en considération dans les accords d'investissement internationaux. Les questions du statut juridique du développement durable et de son interprétation seront tranchées par des tribunaux d'arbitrage, mais sa mention dans la définition de l'investissement est un progrès car elle induit, à tout le moins, que les décisions relatives aux investissements étrangers et aux attentes que les pays d'accueil et les investisseurs peuvent avoir les uns envers les autres seront prises dans l'intérêt du droit au développement.

26. En outre, un cadre juridique cohérent, qui, entre autres, uniformise l'interprétation du développement durable, est nécessaire pour donner effet au droit au développement dans le cadre du droit international de l'investissement.

## VI. Droits de l'homme, responsabilité sociale des entreprises et droit au développement

27. Les droits de l'homme font partie intégrante du développement durable et des objectifs de développement durable. Depuis un certain temps, et avant même la nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement, ils sont invoqués dans le règlement de différends entre investisseurs et États.

### A. Historique

28. Jusqu'à présent, les sentences arbitrales rendues dans le cadre de règlements de différends entre investisseurs et États n'ont permis qu'une analyse incohérente et parcellaire du rôle des droits de l'homme dans le droit international de l'investissement. Lorsqu'ils avancent des arguments au titre de leur droit de réglementer pour protéger les droits humains de leurs populations, les États le font souvent en vain, ce qui fait sérieusement douter de leur marge d'action et fait craindre une « frilosité réglementaire » de leur part. Il est encore plus fréquent que les tribunaux se considèrent incompétents, même pour examiner des questions relatives aux droits de l'homme<sup>25</sup>, par exemple lorsque des États ont déposé des demandes reconventionnelles au motif que des investisseurs avaient porté atteinte aux droits de l'homme<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Il est question du développement durable dans plusieurs des dispositions de fond de l'Accord de Paris.

<sup>24</sup> Pour un exemple récent de la manière dont le manquement d'un État à ses obligations climatiques nuit à la survie et au développement permanent de l'identité culturelle, voir Comité des droits de l'homme, communication n° 3624/2019, *Daniel Billy et al. v. Australia*, constatations adoptées le 22 septembre 2022.

<sup>25</sup> Fabio Giuseppe Santacroce, « The applicability of human rights law in international investment disputes », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 34, n° 1 (2019), p. 136 à 155.

<sup>26</sup> Par exemple, *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB(AF)/12/5 ; *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/13/1 ; *Anglo American PLC v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB(AF)/14/1.

29. Il existe toutefois des exceptions, notamment :

a) Dans l'affaire *Urbaser S.A. v. Argentina*<sup>27</sup>, l'Argentine a été autorisée, en principe, à déposer une demande reconventionnelle au motif que le concessionnaire avait porté atteinte au droit du peuple argentin à l'eau en ne procédant pas à tous les investissements nécessaires ;

b) Dans l'affaire *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, l'Équateur a été autorisé à déposer une demande reconventionnelle pour non-respect de la législation environnementale équatorienne et d'obligations contractuelles, et l'investisseur a été condamné à payer 41,7 millions de dollars des États-Unis<sup>28</sup> ;

c) Dans l'affaire *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*<sup>29</sup>, bien que l'Équateur n'ait pas respecté plusieurs dispositions du traité d'investissement bilatéral qu'il avait conclu avec le Canada, le tribunal a réduit le montant de l'indemnisation de 30 %, car, par ses actions illégales contre les manifestants opposés à l'extraction minière, l'investisseur était responsable d'une partie de ses pertes<sup>30</sup>.

## B. Nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement

30. La nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement pourrait marquer un tournant dans la protection des droits de l'homme lors du règlement de différends entre investisseurs et États, ce qui, à plusieurs égards et comme détaillé ci-après, pourrait donner aux États une plus grande marge d'action pour faire valoir les droits de l'homme dans ces procédures.

### 1. Références expresses au droit de réglementer

31. Certains des nouveaux accords internationaux d'investissement contiennent des références expresses au droit des États de s'autoréguler. Ces références sont toutefois purement déclaratives ; elles ne créent pas de nouveaux droits ou de nouvelles obligations exécutoires et ne sont donc pas susceptibles, à elles seules, de contrebalancer les dispositions de protection contenues dans les accords internationaux d'investissement<sup>31</sup>. Un instrument juridiquement contraignant sur le droit au développement qui contiendrait des dispositions particulières sur le droit de réglementer permettrait vraisemblablement de renforcer la position des États parties à un accord international d'investissement. Un tel instrument est encore loin d'exister<sup>32</sup>. Néanmoins, certains nouveaux accords internationaux d'investissement font expressément référence au droit de réglementer et aux obligations et aux instruments relatifs aux droits de l'homme<sup>33</sup>, et imposent aux investisseurs de respecter les normes relatives à la

<sup>27</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/07/26. Voir aussi Edward Guntrip, « *Urbaser v. Argentina: the origins of a host State human rights counterclaim in ICSID arbitration?* », *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, 10 février 2017.

<sup>28</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/08/5 : la demande reconventionnelle a été autorisée en application du contrat et n'a pas dû découler d'un accord international d'investissement.

<sup>29</sup> *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2012-2.

<sup>30</sup> Peter Muchlinski, « Can international investment law punish investor's human rights violations? Copper Mesa, contributory fault and its alternatives », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, n° 1-2 (2022), p. 359 à 377 : le demandeur avait engagé plus de 50 paramilitaires armés pour assurer la sécurité de l'investissement. Dans le domaine de l'arbitrage international, il est bien établi que le comportement illicite des parties est un facteur de détermination de la recevabilité et du bien-fondé d'une demande.

<sup>31</sup> Barnali Choudhury, « International investment law and non-economic issues », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, n° 1 (2020).

<sup>32</sup> Voir [A/HRC/WG.2/23/2](#), annexe, art. 3 (al. h)) et art. 11 (al. c)).

<sup>33</sup> Voir le modèle de traité d'investissement bilatéral du Royaume des Pays-Bas, art. 6 (par. 6).



responsabilité sociale des entreprises<sup>34</sup>. Bien que relativement peu nombreux, ces accords contribuent sensiblement au droit au développement.

## 2. Incidence du comportement des investisseurs sur le montant de l'indemnisation

32. Dans certains des nouveaux accords internationaux d'investissement, la méthode de détermination du montant de l'indemnisation est la même que dans l'affaire *Copper Mesa*<sup>35</sup>. Par exemple, l'article 20 (par. 5) du modèle de traité d'investissement bilatéral du Maroc (2019) dispose que le non-respect par l'investisseur du droit international des droits de l'homme et du droit de l'environnement doit être pris en compte au moment de la fixation du montant d'une indemnisation<sup>36</sup>, et le modèle de traité d'investissement bilatéral du Royaume des Pays-Bas (2019) dispose que le non-respect par l'investisseur des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et des Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales doit être pris en compte par un tribunal<sup>37</sup>.

## 3. Obligation pour les investisseurs de respecter les droits de l'homme en application de la législation du pays d'accueil

33. Dans certains des nouveaux accords internationaux d'investissement<sup>38</sup>, il est expressément imposé aux investisseurs de respecter les obligations relatives aux droits de l'homme prévues par la législation du pays d'accueil. Cette démarche a un double intérêt pratique<sup>39</sup>. Premièrement, elle rappelle que les violations des droits de l'homme ont des conséquences bien réelles<sup>40</sup>. Deuxièmement, elle peut minimiser ou écarter les objections juridictionnelles aux demandes reconventionnelles des États motivées par des violations des droits de l'homme.

34. Cependant, il ne faut pas surestimer cette approche, qui ne fait que permettre aux États de former une demande reconventionnelle, à défaut de pouvoir engager une procédure de règlement des différends contre des investisseurs. Des dispositions plus solides s'imposent pour retirer aux investisseurs la protection offerte par un accord en cas de violation des droits de l'homme<sup>41</sup>. Une autre possibilité serait que les tribunaux d'arbitrage considèrent le respect des droits de l'homme comme un critère de recevabilité fondé sur l'ordre international public<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Voir Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, Code commun des investissements, art. 34 (par. 2) ; Commission de l'Union africaine, projet de Code panafricain d'investissements (2016), art. 24 (al. a) et b)).

<sup>35</sup> Pour une analyse critique de la question de savoir si les violations des droits de l'homme devraient être considérées comme des fautes concourantes de la victime et influencer sur le montant de l'indemnisation, voir Muchlinski, « Can international investment law punish investor's human rights violations? ».

<sup>36</sup> Voir aussi le modèle de traité d'investissement bilatéral de l'Inde (2015), art. 26 (par. 3).

<sup>37</sup> *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, art. 23.

<sup>38</sup> Modèle de traité d'investissement bilatéral de la Communauté de développement de l'Afrique australe (2012), art. 15 (par. 1) ; modèle de traité d'investissement bilatéral du Royaume des Pays-Bas, art. 7 (par. 1) ; modèle de traité d'investissement bilatéral de l'Inde (2016), art. 12 ; traité d'investissement bilatéral entre le Maroc et le Nigéria, art. 14 ; projet de Code panafricain d'investissements, art. 22.

<sup>39</sup> Eric De Brabandere, « Human rights counterclaims in investment treaty arbitration », *Investment Claims*, 25 octobre 2018.

<sup>40</sup> L'article 2 du traité d'investissement bilatéral entre le Bangladesh et le Danemark (2009) présente un point de vue intéressant sur les violations commises par les investisseurs et l'indemnisation. Il dispose qu'en application du droit interne ou du droit international, les investisseurs sont tenus d'indemniser le pays d'accueil en cas de dommages causés à la santé publique, à la vie ou à l'environnement.

<sup>41</sup> Seul le modèle de traité d'investissement bilatéral de la Colombie (2017) semble contenir de telles dispositions (clause de déni des avantages).

<sup>42</sup> Pour plus d'informations sur les problèmes liés à cette approche, voir Muchlinski, « Can international investment law punish investor's human rights violations ? », p. 373.

#### 4. Obligation pour les investisseurs de respecter les droits de l'homme en application de la législation du pays d'origine

35. Certains des nouveaux accords internationaux d'investissement disposent que la responsabilité des investisseurs peut être engagée si, en contravention avec la législation du pays d'origine, ils portent atteinte aux droits de l'homme. Cela n'ajoute rien ou presque aux obligations des investisseurs et ne fait que souligner, sans les étendre, leurs obligations existantes<sup>43</sup>. En outre, les dispositions ne semblent créer aucune nouvelle obligation pour les pays d'origine<sup>44</sup>.

#### 5. Responsabilité sociale des entreprises

36. Certains des nouveaux accords internationaux d'investissement font référence aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui constituent les principales sources pour examiner la responsabilité sociale des entreprises au niveau international. Étant donné qu'aucun de ces principes n'est juridiquement contraignant, ils ne figurent dans les accords internationaux d'investissement qu'à titre de recommandation. Par exemple, l'article 16 du traité d'investissement bilatéral entre le Burkina Faso et le Canada (2015) encourage les investisseurs à adopter des normes internationalement reconnues, à la fois dans leurs pratiques et dans leurs politiques, et l'article 12 du traité d'investissement bilatéral entre l'Inde et le Bélarus (2018) recommande aux investisseurs de faire de même, à titre volontaire<sup>45</sup>. Cependant, au moins un accord d'investissement international, l'accord de libre-échange entre la Chine et la Suisse (2013), reconnaît expressément l'importance de la responsabilité sociale des entreprises pour le développement durable. Bien que ces dispositions ne soient pas contraignantes, elles témoignent d'une prise de conscience accrue de l'importance des droits de l'homme dans le droit international de l'investissement.

#### 6. Conclusion

37. Il est trop tôt pour savoir si l'évolution récente de la législation des pays historiquement exportateurs de capitaux représente un changement culturel capable d'influer sur le rôle des accords internationaux d'investissement dans la protection des droits de l'homme dans les pays d'accueil. Faute d'une évolution similaire de la législation des principaux pays du Sud, la situation est nettement asymétrique. Tout ce que l'on peut dire à l'heure actuelle, c'est que les droits de l'homme commencent à peine à être pris en considération dans les accords internationaux d'investissement et qu'ils devront l'être davantage à l'avenir pour qu'une approche cohérente et homogène puisse être mise en place.

## VII. Effets des changements climatiques sur le droit au développement : le rôle du droit international de l'investissement

38. Le lien entre les changements climatiques et le droit au développement est clairement établi<sup>46</sup>. Les changements climatiques menacent l'exercice du droit au développement<sup>47</sup>, comme le souligne l'Accord de Paris.

<sup>43</sup> Voir le modèle de traité d'investissement bilatéral du Royaume des Pays-Bas, art. 7 (par. 4) (2019) ; voir aussi le traité d'investissement bilatéral entre le Maroc et le Nigéria (2016), art. 20.

<sup>44</sup> Eric De Brabandere, « The 2019 Dutch model bilateral investment treaty: navigating the turbulent ocean of investment treaty reform », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n° 2 (2021), p. 328.

<sup>45</sup> Voir aussi le traité d'investissement bilatéral entre l'Argentine et le Japon (2018), art. 17, et l'accord de libre-échange entre l'Australie et Hong Kong (2019), art. 16.

<sup>46</sup> Voir [A/76/154](#).

<sup>47</sup> Voir Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), « Understanding human rights and climate change » (2015) ; [A/76/154](#) ; Nandita Banerji, « Heatwaves in India could soon break human survivability limit, says World Bank analysis », *Down to Earth*, 7 décembre 2022.

39. Des progrès ont été accomplis dans le domaine des changements climatiques et du droit au développement. En 2022, à la vingt-septième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, un accord sur la création d'un fonds pour les pertes et les préjudices a été conclu à l'intention des pays vulnérables<sup>48</sup>. Toutefois, d'autres mesures multidisciplinaires sont nécessaires pour atteindre les objectifs climatiques<sup>49</sup> et lutter contre la menace des changements climatiques sous tous ses aspects, qu'il s'agisse notamment de la réduction des émissions de carbone ou du recours accru aux énergies renouvelables<sup>50</sup>, tous deux étroitement liés au système d'investissement mondial. Sans conteste, il faudra opérer une transformation continue et faire preuve de souplesse dans de nombreux domaines interconnectés, notamment en modifiant le droit international de l'investissement, qui peut aussi bien être un frein qu'un moteur.

40. Les dispositions portant spécifiquement sur les changements climatiques sont rares dans les accords internationaux d'investissement nouveaux ou existants. Elles ont surtout été introduites dans les récents accords internationaux d'investissement (ou modèles de traités d'investissement bilatéraux)<sup>51</sup>, et plus souvent dans les accords de libre-échange, notamment dans les parties relatives aux changements climatiques<sup>52</sup>. À défaut de distinguer les investissements à forte émission des investissements à faible émission ou d'affiner les normes de protection<sup>53</sup>, ces dispositions soulignent le rôle important de la coopération interétatique dans la réalisation des objectifs climatiques<sup>54</sup>. En conséquence, les accords internationaux d'investissement, anciens et nouveaux, doivent être modifiés. Par exemple, les nouveaux accords devraient contenir des dispositions encourageant les investissements étrangers directs de nature à protéger le climat<sup>55</sup>. Afin d'appuyer les objectifs climatiques, les

<sup>48</sup> United Nations Climate Change News, « COP27 reaches breakthrough agreement on new “loss and damage” fund for vulnerable countries », 20 novembre 2022.

<sup>49</sup> Georgina Rannard, « COP27: climate costs deal struck, but no fossil fuel progress », BBC News, 20 novembre 2022.

<sup>50</sup> Le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme dans le contexte des changements climatiques recommande de faire en sorte que « les gouvernements, les entreprises et les institutions financières [qui] continuent d'investir dans les combustibles fossiles et les industries à forte intensité de carbone répondent de leurs actes et des conséquences de ces investissements sur les droits humains » (A/77/226, par. 90 d). Voir également HCDH, « Renewable energy and the right to development: realizing human rights for sustainable development » (2022).

<sup>51</sup> Voir, par exemple, le modèle de traité d'investissement bilatéral du Canada (2021), art. 3 : « Les Parties réaffirment le droit de chaque Partie de réglementer sur son territoire en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de l'environnement et la lutte contre le changement climatique ; la protection sociale ou des consommateurs ; ou la promotion et la protection de la santé, de la sécurité, des droits des peuples autochtones, de l'égalité des sexes et de la diversité culturelle. ».

<sup>52</sup> Voir l'accord de libre-échange entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Nouvelle-Zélande (2022), art. 14.18 (par. 2)), et l'accord de libre-échange entre l'Australie et le Royaume-Uni (2021), art. 13.18 et 22.5.

<sup>53</sup> CNUCED et Institut international pour l'environnement et le développement, « Policy brief on international investment agreements and climate action » (mars 2022) ; OCDE, *Investment Treaties and Climate Change: OECD Public Consultation (January-March 2022) – Compilation of Submissions*, 13 avril 2022. Certains chercheurs doutent qu'il soit possible d'aligner le régime d'investissement avec les objectifs climatiques ; voir Kyla Tienhaara et Lorenzo Cotula, « Raising cost of climate action?: investor-State dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets », série Land, investment and rights (Londres, Institut international pour l'environnement et le développement, 2020) ; Kyla Tienhaara *et al.*, « Investor-State disputes threaten the global green energy transition », *Science*, vol. 376, n° 6594 (5 mai 2022). Voir également Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change* (2022), p. 74.

<sup>54</sup> Voir l'accord de libre-échange entre l'Australie et le Royaume-Uni (2021), art. 13.18. Voir également l'article 22.5.

<sup>55</sup> Dans « What is climate FDI? How can we help grow it? » (Think20 Indonesia, 2022), Matthew Stephenson et James Zhan affirment que :

L'inclusion de dispositions relatives au climat dans les accords internationaux d'investissement peut contribuer à protéger, à promouvoir, à faciliter ou à autrement encourager les investissements étrangers directs de nature à réduire les émissions de carbone, neutres en carbone ou présentant un bilan carbone négatif. Ce mécanisme d'incitation est très

investissements étrangers directs devraient faciliter la transition de l'investissement à forte émission vers l'investissement à faible émission, comme le prévoit l'article 2 (par. 1 c)) de l'Accord de Paris et conformément au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux situations nationales<sup>56</sup>.

41. Cependant, il ne suffit pas de réformer les accords internationaux d'investissement<sup>57</sup>. Les droits des investisseurs sont déjà largement protégés par les accords internationaux d'investissement existants, ce qui crée des tensions entre la marge de manœuvre réglementaire dont les États disposent pour atteindre les objectifs climatiques, en adoptant des lois, des réglementations et des politiques nationales, et les obligations de ces États à l'égard des investisseurs étrangers<sup>58</sup>. Étant donné que les entités qui investissent dans les combustibles fossiles bénéficient de bon nombre des protections prévues par les accords internationaux d'investissement vis-à-vis des pays d'accueil, ces tensions risquent de perdurer<sup>59</sup>.

42. En pratique, les accords internationaux d'investissement existants sont, au mieux, neutres sur les aspects du droit au développement liés au climat et, au pire, préjudiciables aux États qui respectent leurs obligations en matière de climat. Plusieurs sentences arbitrales illustrent bien ce constat. Dans les affaires précitées, les tribunaux d'arbitrage ont reconnu l'existence de tensions, mais ont tranché en faveur des investisseurs<sup>60</sup>. Les généreuses indemnités qui ont parfois été versées aux investisseurs à l'issue de ces procédures<sup>61</sup> peuvent dissuader les États d'adopter des politiques respectueuses du climat<sup>62</sup> ou, du moins, en augmenter le coût, entamant ainsi la confiance du public dans les mesures destinées à lutter contre les changements climatiques<sup>63</sup> et à atteindre les objectifs climatiques<sup>64</sup>.

---

clair en ce qu'il s'inscrit dans le cadre juridique, apportant ainsi aux investisseurs davantage de clarté et de certitudes et précisant les conséquences et les recours possibles si les dispositions ne sont pas respectées.

<sup>56</sup> Accord de Paris, art. 2 (par. 2) et 4 (par. 19).

<sup>57</sup> Comme il a été fait observer à la vingt-septième session de la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, certaines entreprises craignaient de devenir moins compétitives en s'engageant dans la décarbonation, tandis que d'autres y voyaient un moyen de renforcer leur viabilité économique.

<sup>58</sup> CNUCED, « Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action », *International Investment Agreements Issues Note* (n° 4 (2022)) : Dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, les demandeurs sont souvent des investisseurs du secteur des combustibles fossiles (au moins 192 procédures engagées contre des États pour différents types de conduite). Ces dix dernières années, de plus en plus de procédures ont été engagées par des investisseurs du secteur des énergies renouvelables. Sur les 80 procédures recensées, toutes, à une exception, l'ont été en vertu d'accords internationaux d'investissement antérieurs à l'adoption du Programme 2030.

<sup>59</sup> Parmi les exemples récents de ces tensions, on peut citer les affaires suivantes : *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia* (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/16/41, décision sur la compétence, la responsabilité et le montant de l'indemnisation, 9 septembre 2021), qui montre la tension entre des objectifs sociétaux concurrents, à savoir la protection des droits conventionnels d'un investisseur international et la capacité d'une communauté à prendre des mesures légitimes pour préserver son environnement (Philippe Sands, opinion partiellement dissidente, par. 1) ; *Westmoreland Mining Holdings, LLC v. Canada (II)* (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° UNCT/20/3).

<sup>60</sup> Voir également *Rockhopper v. Italy*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/17/14.

<sup>61</sup> CNUCED, « Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action ».

<sup>62</sup> Lora Verheecke *et al.*, « Blocking climate change laws with ISDS threats: Vermilion vs. France », dans *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice* (Bruxelles et Amsterdam, Amis de la Terre-Europe et Amis de la Terre-International, Transnational Institute et Corporate Europe Observatory, 2019).

<sup>63</sup> Mala Sharma, « Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration for a sustainable future: the role of different players », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, n° 5 et 6 (2022), p. 746 à 777.

<sup>64</sup> Comme le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat le fait observer dans son rapport de 2022, certaines plaintes déposées par des investisseurs étrangers contre des pays d'accueil mettent en cause des mesures visant à atteindre des objectifs climatiques et environnementaux (*Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*, p. 1499) : « While international investment

43. En outre, la perspective de devoir verser des indemnités substantielles aux investisseurs et d'être condamnés aux dépens<sup>65</sup> risque de rendre toute mesure ambitieuse en faveur du climat très onéreuse pour les États, voire risque de les dissuader d'en adopter<sup>66</sup>. Selon une étude récente, le coût du règlement d'un différend entre un investisseur et un État dans le contexte de l'adaptation aux changements climatiques peut atteindre 340 milliards de dollars<sup>67</sup>.

44. À titre d'exemple, un groupe d'investisseurs a récemment engagé une procédure en vertu du Traité sur la Charte de l'énergie (1994) dans le but d'obtenir de quatre États membres de l'Union européenne des indemnités d'un montant de 4 milliards d'euros pour des projets liés aux combustibles fossiles<sup>68</sup>. Divers facteurs concurrents, notamment le « pacte vert pour l'Europe », la forte dépendance de certains États membres à l'égard des combustibles fossiles et l'absence de réforme du Traité sur la Charte de l'énergie expliquent les interactions et les tensions possibles entre le développement durable, les changements climatiques et les droits des investisseurs consacrés par le droit international de l'investissement<sup>69</sup>.

45. Dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, il est essentiel de trouver un équilibre entre, d'un côté, la nécessité pour les États d'adapter leur législation à la crise climatique et aux transformations écologiques qui en découlent et, de l'autre, la stabilité et la prévisibilité des cadres réglementaires des pays d'accueil, garanties aux investisseurs par certains traités internationaux d'investissement<sup>70</sup>.

46. Pour parvenir à l'équilibre nécessaire, il est indispensable de faire preuve de souplesse. Le droit de l'environnement et les politiques et règlements relatifs aux changements climatiques sont éminemment dynamiques et doivent pouvoir s'adapter de manière non linéaire et non prévisible pour répondre aux risques climatiques actuels et tenir compte des nouvelles données qui ne cessent d'apparaître sur la nature et l'ampleur de la dégradation de l'environnement<sup>71</sup>. Les États souhaitent protéger l'environnement et lutter contre les changements climatiques, tout en adoptant des stratégies de développement,

---

agreements hold potential to increase low-carbon investment in host countries, these agreements have tended to protect investor rights, constraining the latitude of host countries in adopting environmental policies » (Bien qu'ils permettent parfois d'accroître les investissements à faible intensité de carbone dans les pays d'accueil, les accords internationaux d'investissement tendent à protéger les droits des investisseurs, restreignant ainsi la marge de manœuvre dont ces pays disposent pour adopter des politiques environnementales), en référence à *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Kate Miles, éd. (Edward Elgar, 2019). Voir également CNUCED, « Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action » ; Lea Di Salvatore, « Investor-State disputes in the fossil fuel industry » (International Institute for Sustainable Development, 2021, p. 41), où l'on apprend que les différends entre investisseurs et États soumis à arbitrage concernent surtout le secteur des combustibles fossiles (environ 20 % de toutes les affaires connues).

<sup>65</sup> Pour les États défendeurs qui perdent ces affaires, les coûts peuvent atteindre plusieurs millions de dollars, ce qui est considérable pour les pays en développement et les pays les moins avancés.

<sup>66</sup> Voir *Westmoreland Mining Holdings, LLC v. Canada (II)*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° UNCT/20/3 (différend relatif à la fermeture progressive de centrales électriques alimentées au charbon) ; Tarald Laudal Berge et Axel Berger, « Do investor-State dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of Respondent State bureaucratic capacity », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, n° 1 (2021), p. 1 à 41.

<sup>67</sup> Rachel Thrasher, « With a potential \$340 billion price tag, investor-State disputes threaten the global green energy transition », Boston University Global Development Policy Center, 5 mai 2022.

<sup>68</sup> Camilla Hodgson, « European energy groups seek €4bn damages over fossil fuel projects », *Financial Times*, 21 février 2022.

<sup>69</sup> Il est peut-être préoccupant que la plupart des différends entre États et investisseurs dans le secteur des combustibles fossiles soient tranchés en faveur des investisseurs (Di Salvatore, « Investor-State disputes in the fossil fuel industry »). Les différends mentionnés ont été réglés.

<sup>70</sup> Jack Biggs, « The scope of investors' legitimate expectations under the FET standard in the European renewable energy cases », *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, n° 1 (2021), p. 99 à 128.

<sup>71</sup> Richard J. Lazarus, *The Making of Environmental Law* (University of Chicago Press, 2006), p. 22.

notamment axées sur les activités minières, en vue de leur prospérité<sup>72</sup> et de leur bien-être économique<sup>73</sup>.

47. La nécessité de réformer les accords internationaux d'investissement et la coopération internationale, ainsi que les difficultés pratiques d'une telle entreprise, transparaissent dans les travaux qui sont actuellement menés pour moderniser le Traité sur la Charte de l'énergie, étant donné l'impact que les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États, dont un grand nombre porte sur les énergies renouvelables, peut avoir sur les changements climatiques<sup>74</sup>. La possibilité de mettre fin à la protection accordée aux investissements dans les combustibles fossiles va dans la bonne direction. Toutefois, loin d'être à la hauteur de l'urgence climatique, le projet actuel de traité révisé, même s'il faisait l'objet d'un consensus multilatéral, protégerait encore les investissements dans les combustibles fossiles pendant dix ans.

48. Malgré ces difficultés, il reste essentiel de réformer les accords internationaux d'investissement pour atténuer les tensions entre les objectifs climatiques et les droits des investisseurs<sup>75</sup>. Un moyen potentiellement plus rapide et plus efficace d'y parvenir serait de convaincre les arbitres de considérer ces tensions selon un point de vue plus équilibré lorsqu'ils exercent leur pouvoir d'interprétation dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États<sup>76</sup>. Toutefois, la latitude à cette fin dépend des paramètres de l'affaire et de la juridiction dont elle relève, notamment des difficultés techniques et procédurales. Quoi qu'il en soit, les arbitres devraient être encouragés à tenir compte, dans leurs décisions : a) des dispositions de l'Accord de Paris et du droit au développement, qui y est expressément mentionné ; b) de la résolution 76/300 de l'Assemblée générale sur le droit à un environnement propre, sain et durable ; c) des permis sociaux d'exploitation, y compris l'intérêt de faire participer et de consulter la population locale.

49. Dans la pratique, cela suppose d'élargir l'éventail des contributions d'*amicus curiae* (voir la partie IX ci-après) et d'exiger que les arbitres justifient de compétences dans les domaines des droits de l'homme, du développement durable (voir la partie X) et de la législation sur le climat, pour faire une juste place aux questions climatiques dans les accords internationaux d'investissement.

<sup>72</sup> Sur l'importance de la protection des investisseurs et des investissements comme facteur d'attractivité des investissements étrangers, voir School of International Arbitration, Queen Mary University of London, et Corporate Counsel International Arbitration Group, « 2020 QMUL-CCIAG survey: investors' perceptions of ISDS » (2020), dont il ressort que l'existence de dispositions protégeant les investisseurs, l'accès à des mécanismes de règlement des différends entre investisseurs et États et l'historique des différends des pays d'accueil déterminent dans une large mesure les décisions des investisseurs.

<sup>73</sup> Voir *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/16/41.

<sup>74</sup> Sur la question de savoir si le devoir de coopération suppose l'obligation de négocier de bonne foi, voir Olivier De Schutter, « A duty to negotiate in good faith as part of the duty to cooperate to establish 'an international legal order in which human rights can be fully realized': the new frontier of the right to development », document de travail 2018/5 de la Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (Université de Louvain, 2018).

<sup>75</sup> CNUCED, « The international investment treaty regime and climate action », *International Investment Agreements Issues Note*, n° 3 (2022) :

Il est essentiel de réformer les accords internationaux d'investissement de telle sorte qu'ils n'empêchent pas les États de prendre des mesures pour lutter contre les changements climatiques et mener une transition juste vers une économie sobre en carbone. Cette réforme devrait réduire au minimum le risque que des États soient visés par des procédures en relation avec des politiques climatiques ou des investissements à forte intensité de carbone.

<sup>76</sup> Voir Sharma, « Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration » ; Laura Letourneau Tremblay, « In need of a paradigm shift: reimagining *Eco Oro v. Colombia* in light of new treaty language », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, n° 5 et 6 (2022), p. 915 à 946. Voir également Toni Marzal, « Polluter doesn't pay: the *Rockhopper v. Italy* award », EJIL: Talk!, 19 janvier 2023.

## VIII. Exercice du droit de participer au développement : consultation des parties prenantes et permis sociaux d'exploitation

50. Les accords sur les permis sociaux d'exploitation représentent une innovation qui aide les individus et les peuples à exercer leur droit de participer activement au développement politique, social, culturel et économique et, ce faisant, de réaliser leurs droits humains, qui sont au cœur du droit au développement<sup>77</sup>. Conclues entre des investisseurs et des parties prenantes locales, ces accords permettent aux communautés concernées de prendre part aux décisions sur le bien-fondé et l'opportunité des investissements proposés. Les permis sociaux d'exploitation ne sont pas accordés par le pays d'accueil, mais par les populations locales touchées ou la société civile au sens large<sup>78</sup>. Ils sont notamment une garantie contre la détérioration d'actifs liés au projet ou les troubles sociaux<sup>79</sup>.

51. De nombreux accords internationaux d'investissement récemment conclus exigent qu'il soit fait état de l'impact social et environnemental des investissements, ce qui suppose de consulter les populations locales. Toutefois, ils ne contiennent aucune disposition obligeant les investisseurs étrangers à consulter ces populations et à obtenir un permis social d'exploitation avant d'engager un investissement, et encore moins à conserver ce permis tout au long de la durée de vie de l'investissement<sup>80</sup>. La notion de permis social d'exploitation a déjà été mentionnée dans des différends entre États et investisseurs mais, en partie parce qu'elle n'est pas définie en droit international de l'investissement, l'intérêt que les arbitres lui accordent, la connaissance qu'ils en ont et l'interprétation qu'ils en font sont variables<sup>81</sup>.

52. C'est dans la sentence rendue par le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* que l'on trouve la première mention explicite d'un permis social d'exploitation dans un différend entre un investisseur et un État<sup>82</sup>. Le tribunal était majoritairement d'avis que l'investisseur, en prenant les mesures exigées par le Gouvernement péruvien, s'était acquitté de son obligation d'obtenir un permis social d'exploitation auprès des communautés autochtones concernées. Un membre du tribunal a toutefois déclaré, dans une opinion partiellement dissidente, que la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail imposait à l'investisseur une obligation plus large de consulter la population concernée et de partager dès le début les bénéfices du projet, et que le montant des dommages-intérêts à verser par le Pérou aurait dû être deux fois moins élevé, l'investisseur n'ayant pas de permis social d'exploitation et ses obligations étant égales à celles du Gouvernement péruvien<sup>83</sup>.

53. Dans l'affaire *Copper Mesa*, l'Équateur a retiré une concession à un investisseur canadien, probablement en raison des troubles sociaux que la présence et les activités de ce dernier sur son territoire avaient déclenchés (des cadres supérieurs ont été reconnus coupables

<sup>77</sup> Déclaration sur le droit au développement, art. 1. Le droit à la consultation est consacré par la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) de l'Organisation internationale du Travail et par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

<sup>78</sup> Mihaela-Maria Barnes, « The “social license to operate”: an emerging concept in the practice of international investment tribunals », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, n° 2, p. 328 à 360.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Dans le questionnaire, il était demandé si les accords internationaux d'investissement devaient expressément exiger des États qu'ils consultent les parties prenantes de la société civile avant d'autoriser une entité étrangère à investir sur leur territoire et si cette obligation devait se limiter à des types particuliers d'investissements et de parties prenantes. Certains États ont émis des réserves, craignant notamment qu'une telle obligation décourage les investissements étrangers ou nuise à la capacité des États d'évaluer de manière objective et cohérente les mérites des investissements.

<sup>81</sup> Voir l'opinion partiellement dissidente de Philippe Sands dans *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/16/41 ; et *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/14/21.

<sup>82</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/14/21, sentence, 30 novembre 2017.

<sup>83</sup> Opinion partiellement dissidente de Philippe Sands, 30 novembre 2017, par. 13 et 39.

d'incitation à des actes de violence criminelle pour le compte de l'entreprise). En conséquence, l'investisseur n'a pas pu mener à bien les consultations avec la population locale. Dans sa décision, le tribunal a donné gain de cause à l'investisseur, mais a décidé de réduire de 30 % le montant de l'indemnité à lui verser, compte tenu de son comportement.

54. Jusqu'à présent, il semble qu'en l'absence d'un permis social d'exploitation, les investisseurs se voient simplement accorder une indemnité d'un montant moins élevé, sans que leurs investissements ou eux-mêmes soient privés de protection (ou que les pays d'accueil soient exonérés de toute responsabilité).

55. Cette situation s'expliquerait en partie par le flou juridique qui entoure les permis sociaux d'exploitation, considérés comme une notion composite au caractère partiellement normatif dans la rhétorique judiciaire<sup>84</sup>. Les permis sociaux d'exploitation n'ont pas de statut bien défini en droit international de l'investissement, mais leur absence suscite de vives réactions d'opposition, sous la forme de protestations, de blocages et de troubles sociopolitiques.

56. Lors de consultations, des investisseurs étrangers, notamment des investisseurs de l'industrie extractive, ont dit que les permis sociaux d'exploitation, indépendamment de leur statut juridique, contribueraient à la pérennité des investissements en limitant les incertitudes et en réduisant le risque de réputation et le risque financier.

57. Il importe indéniablement que les investisseurs étrangers communiquent directement avec les populations concernées en vue d'obtenir et de conserver un permis social d'exploitation<sup>85</sup>, de manière à protéger efficacement les droits humains des individus et des peuples et de réaliser leur droit au développement. En outre, les permis sociaux d'exploitation peuvent profiter aux pays d'accueil en contribuant à prévenir les troubles sociaux, à attirer les investisseurs étrangers grâce à une meilleure sécurité des investissements, et à réduire le risque d'être partie à un différend avec un investisseur et de devoir payer des indemnités et des frais de justice.

58. Compte tenu de ce qui précède, dans chaque affaire dont ils sont saisis les arbitres devraient considérer les permis sociaux d'exploitation comme un élément essentiel de la politique publique internationale. C'est en effet le seul moyen de réformer la pratique à l'avenir, l'objectif étant que les investisseurs soient autorisés à investir, non parce qu'ils ont rempli de simples formalités, mais parce qu'ils se sont engagés en faveur de la participation et du développement de la population locale<sup>86</sup>.

## IX. Participation de tiers au règlement des différends entre investisseurs et États

59. La société civile et les communautés concernées peuvent également contribuer à façonner le droit international de l'investissement et influencer sur le règlement de différends entre investisseurs et États en faisant intervenir des tiers ou *amici curiae* (littéralement « amis de la cour »)<sup>87</sup>. Le tribunal d'arbitrage ou autre juridiction compétente peut autoriser des tiers non parties au différend en cause à présenter des arguments et des éléments de preuve, dont

<sup>84</sup> Barnes, « The "social license to operate" ». Même des arbitres rompus au droit des droits de l'homme confondent la notion de consentement préalable, libre et éclairé avec celle de permis social d'exploitation. Voir également la note de bas de page n° 115 ci-dessous.

<sup>85</sup> *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/14/2.

<sup>86</sup> Cela suppose de réfléchir de façon plus approfondie aux conditions à satisfaire pour qu'un tribunal tienne compte d'un permis social d'exploitation, notamment au seuil de la preuve de l'existence d'un tel permis et aux critères de détermination de ce seuil.

<sup>87</sup> Parmi les procédures de règlement de différends entre investisseurs et États qui ont été enregistrées, l'affaire *Methanex Corporation v. United States of America* est la première dans laquelle des mémoires d'*amicus curiae* ont été acceptés par le tribunal (Zone de libre-échange nord-américaine/CNUDCI, décision du 15 janvier 2001).



il est libre de tenir compte ou non<sup>88</sup>. Par l'intermédiaire des *amici curiae*, les populations locales et les organisations de la société civile peuvent soumettre des arguments ou des éléments de preuve qui seraient autrement ignorés, les investisseurs ou les pays d'accueil ne les ayant pas eux-mêmes présentés (parfois parce qu'ils avaient tout intérêt à ne pas le faire).

60. Cependant, tous les tribunaux d'arbitrage n'acceptent pas les mémoires d'*amicus curiae*<sup>89</sup>. En février 2019, dans l'affaire *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*<sup>90</sup>, un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a jugé irrecevable le témoignage d'*amici curiae* sur le droit de vivre dans un environnement sain, car ceux-ci s'étaient contentés d'affirmer, sans en préciser la nature, que leur approche, leurs connaissances et leurs idées différaient de celles des parties au différend<sup>91</sup>. Dans une affaire similaire, en 2021, un autre tribunal d'arbitrage a rejeté une demande de présentation de mémoire d'*amicus curiae* relatif aux droits de l'homme et au droit international de l'environnement, dans le cadre d'un différend relevant de l'Accord de libre-échange nord-américain et opposant une société d'investissement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement mexicain. Outre qu'elle estimait que les parties disposaient de connaissances suffisantes, la majorité des arbitres était d'avis que le mémoire d'*amicus curiae* n'aiderait pas le tribunal à régler le différend, qui ne portait pas sur les activités du demandeur dans le territoire où l'un des requérants intervenait<sup>92</sup>.

61. Même lorsque leurs contributions sont prises en compte, les *amici curiae* ne font généralement que présenter un mémoire et ont un accès très restreint à une grande partie des éléments de preuve et des documents produits par les parties à la procédure ce qui, selon certains commentateurs, limite l'incidence positive qu'ils peuvent avoir sur les décisions<sup>93</sup>.

62. Aucune étude empirique détaillée de la jurisprudence ne semble avoir été menée, mais l'on ne peut que constater que les tribunaux d'arbitrage doivent concilier des impératifs concurrents, par exemple maintenir les coûts dans des limites raisonnables et recueillir des éléments de preuve et des arguments qui pourront les aider à régler les différends dont ils sont saisis. En règle générale, les tribunaux chercheront à éviter que de prétendus *amici curiae* deviennent des *inimici curiae* en intervenant trop longuement dans la procédure et en faisant peser sur les parties des coûts encore plus élevés et injustifiés au regard de leur contribution à l'affaire.

63. Des groupes de travail de la CNUDCI ont cherché à évaluer l'intérêt des mémoires d'*amicus curiae* et à déterminer les moyens d'en faciliter la présentation. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail II de la CNUDCI (2010), « [d]e nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la soumission de conclusions par des tiers », mais ont estimé que « certains critères de restriction devraient être définis »<sup>94</sup>. Par la

<sup>88</sup> En général, aucun mécanisme ne permet à des populations locales ou à des organisations de la société civile de devenir parties à des différends entre investisseurs et États car, dans le cadre d'un arbitrage, l'investisseur étranger et le pays d'accueil sont les seules parties visées par l'accord international d'investissement.

<sup>89</sup> Des contributions d'*amicus curiae* ont notamment été acceptées dans les affaires suivantes : *Suez and Vivendi v. Argentina*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/03/19, ordonnance faisant suite à une requête d'*amicus curiae* ; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/05/22, ordonnance préparatoire n° 5, 12 février 2007. Des contributions d'*amicus curiae* ont notamment été rejetées dans les affaires suivantes : *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB/02/3, lettre du président du tribunal en réponse à la requête, 29 janvier 2003 ; *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador II*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n° 2009-23, ordonnance préparatoire n° 8, 18 avril 2011.

<sup>90</sup> Ordonnance préparatoire n° 6 : décision sur la requête des tierces parties, 18 février 2019.

<sup>91</sup> *Ibid.*, par. 32.

<sup>92</sup> *Odyssey Marine Exploration, Inc. v. Mexico*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° UNCT/20/1, ordonnance préparatoire n° 6, 20 décembre 2021 ; voir par. 22 et 23.

<sup>93</sup> Voir Charles H. Brower, II, « Structure, legitimacy, and NAFTA's investment chapter », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 1 (2003), p. 72 et 73.

<sup>94</sup> [A/CN.9/712](#), par. 46 et 47.

suite, à la trente-septième session du Groupe de travail III de la CNUDCI (2019), les participants ont cherché à savoir si la Convention de Maurice sur la transparence et le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités suffisaient à garantir que les tribunaux acceptent les mémoires d'*amicus curiae* et les prennent dûment en considération<sup>95</sup>.

64. En outre, les mémoires d'*amicus curiae* prennent de plus en plus d'importance, comme il ressort des traités d'investissement et des règles d'arbitrage, qui autorisent désormais expressément leur présentation<sup>96</sup>. Très récemment, l'article 67 du nouveau Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (2022) a exonéré les tribunaux de l'obligation de consulter les parties au différend avant d'examiner des contributions d'*amicus curiae*. Compte tenu de cette évolution et de la nécessité croissante d'une complémentarité entre les accords internationaux d'investissement et l'Accord de Paris, il est probable que les tentatives de présentation de mémoires d'*amicus curiae* perdurent, voire se fassent plus nombreuses<sup>97</sup>. Il est difficile de dire si cela permettra d'accroître l'influence positive des *amici curiae* sur la prise de décisions et de consulter plus efficacement les parties prenantes telles que les populations locales.

65. Certains commentateurs estiment que le mécanisme de l'*amicus curiae* n'est pas conçu pour que les acteurs dont les droits sont directement en cause fassent entendre leur voix ou bénéficient d'une protection efficace, et ne fonctionnera donc jamais bien à cet égard<sup>98</sup>. D'autres options, inspirées de divers systèmes juridiques nationaux et dont on pourrait envisager qu'elles s'ajoutent à la création d'un tribunal multilatéral permanent des investissements, seraient notamment de<sup>99</sup> :

a) Permettre aux personnes qui ne sont pas directement intéressées à la procédure, telles que les représentants d'organisations de la société civile et d'organisations non gouvernementales, d'intervenir dans le règlement du différend (de manière plus marquée que les *amici curiae*) ;

b) Permettre ou exiger que des tiers intéressés ou concernés soient associés à la procédure comme parties de plein droit ;

c) Permettre ou exiger le classement d'une affaire si un tiers concerné ne peut pas être associé au règlement du différend et si l'atteinte ainsi portée à ses droits serait trop grave pour que la procédure engagée se poursuive en toute justice ;

<sup>95</sup> A/CN.9/970, par. 32.

<sup>96</sup> Voir Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (2017), art. 8.38 ; Singapore International Arbitration Centre, Règles d'arbitrage en matière d'investissement, 1<sup>re</sup> éd. (2017), règle 29.2 ; Chambre de commerce de Stockholm, Règlement d'arbitrage (2017), annexe III, art. 3.

<sup>97</sup> Gian Maria Farnelli, « Investors as environmental guardians? On climate change policy objectives and compliance with investment agreements », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, n° 5 et 6 (2022), p. 887 à 914.

<sup>98</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, Institut international pour l'environnement et le développement et International Institute for Sustainable Development, « Third party rights in investor-State dispute settlement: options for reform », contribution aux activités du Groupe de travail III de la CNUDCI sur la réforme du règlement des différends entre investisseurs et États, 15 juillet 2019. Le 3 avril 2023, le Groupe de travail III de la CNUDCI a achevé le projet de code de conduite destiné aux arbitres dans des procédures de règlement de différends relatifs à des investissements internationaux. Ce texte sera présenté à la CNUDCI pour adoption à sa cinquante-sixième session, qui se tiendra du 3 au 21 juillet 2023, à Vienne (voir <https://unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2023/unis1343.html>). Aux termes de l'article 3 (par. 2) du projet de code de conduite, les arbitres ne doivent pas, entre autres, « a) se laisser influencer par loyauté envers une partie au différend ou une autre personne ou entité » ou « b) recevoir d'instructions d'organisations, de gouvernements ou de personnes au sujet d'une quelconque question abordée dans la procédure de règlement d'un différend relatif à des investissements internationaux » (A/CN.9/1148). Il ressort des paragraphes 24 et 26 du projet de commentaire que, si les arbitres ne doivent pas se laisser influencer par des tierces parties, rien ne les empêche de tenir compte des contributions d'*amicus curiae*.

<sup>99</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, Institut international pour l'environnement et le développement et International Institute for Sustainable Development, « Third party rights in investor-State dispute settlement » ; voir également A/CN.9/WG.III/WP.213.

d) Permettre ou exiger que les tribunaux reformulent les requêtes afin de réduire au minimum les effets sur les tiers concernés.

66. Quelques contributeurs ont suggéré d'autres options, telles que la création d'une institution permanente exclusivement chargée de défendre l'intérêt collectif, qui serait une sorte d'intervenant universel ou d'*amicus curiae* aux droits renforcés, ou la mise en place d'un « centre consultatif multilatéral » exerçant plus ou moins la même fonction, envisagé par la CNUDCI comme un bureau de conseil chargé d'aider les États dans les procédures les opposant à des investisseurs.

67. Cependant, la complexité du système actuel ne devrait pas entraver la participation effective de la société civile et des populations concernées aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et États.

## X. Compétences des arbitres en matière de droits de l'homme et de développement durable

68. Les décisions prises par les tribunaux d'arbitrage dans les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États peuvent avoir des répercussions financières sur les pays d'accueil en imposant le paiement d'indemnités compensatoires substantielles et de frais de justice. Néanmoins, elles peuvent avoir des effets bénéfiques encore plus étendus, y compris pour les non-parties comme les populations locales. Ces décisions, qui constituent des précédents informels et non contraignants, peuvent influencer le comportement initial des investisseurs à l'égard des populations locales et de l'environnement. Dans certains cas, elles peuvent amener les investisseurs à appréhender différemment leurs obligations juridiques ou morales ou, du moins, les inciter à prendre des mesures pour réduire le risque d'un arbitrage défavorable en cas de différend avec un État. En outre, il est sans doute bien restrictif, sinon d'un point de vue strictement juridique, du moins sur le plan éthique, de considérer que les tribunaux ont le devoir de rendre la justice aux seules parties qui comparaissent devant eux, à l'exclusion des non-parties identifiables que leurs décisions risquent d'affecter.

69. Pour parvenir à un règlement juste des différends entre investisseurs et États, lesquels soulèvent dans la plupart des cas des questions liées aux droits de l'homme et à l'environnement, il importe que les arbitres possèdent des connaissances et compétences suffisantes en droit des droits de l'homme et en droit de l'environnement, compte tenu des incidences que leurs décisions peuvent avoir sur les non-parties et de leur éventuelle responsabilité éthique à l'égard de ces non-parties.

70. Il est jugé préoccupant, aussi bien pour les États que pour la société civile, que certains arbitres chargés de trancher les différends entre investisseurs et États connaissent mal le droit des droits de l'homme. Dans le questionnaire, il était demandé si l'obligation pour les arbitres de justifier de leurs compétences dans ce domaine permettrait que les sentences soient plus équitables et tiennent pleinement compte des problèmes de droits de l'homme soulevés.

71. Certains contributeurs ont considéré que les arbitres devraient être tenus de démontrer leurs compétences en droit des droits de l'homme<sup>100</sup> avant d'être habilités à statuer sur des différends entre investisseurs et États, tandis que d'autres jugeaient préférable de nommer un expert indépendant qui aiderait les tribunaux d'arbitrage sur les questions relatives aux droits de l'homme<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Voir l'article 20 (par. 5) du modèle de traité d'investissement bilatéral du Royaume des Pays-Bas (2019), qui dispose que l'autorité de nomination doit tout faire pour s'assurer que les membres du tribunal possèdent, à titre individuel ou collectif, les compétences nécessaires en droit international public, notamment en droit de l'environnement et en droit des droits de l'homme.

<sup>101</sup> Le danger évident est que les experts nommés par le tribunal deviennent des arbitres de facto, sélectionnés sans aucune participation des parties, et que la responsabilité des décisions puisse ainsi être transférée à des personnes qui sont pas membres du tribunal. En outre, compte tenu des divergences d'opinion, l'équité voudrait que toutes les parties aient la possibilité de contester les avis d'experts en faisant appel à leurs propres experts pour procéder à un contre-examen ou présenter des éléments de preuve, ce qui risquerait d'augmenter considérablement les coûts.

72. Sans aborder directement la question des droits de l'homme, les délégations représentées à la trente-cinquième session du Groupe de travail III de la CNUDCI ont fait observer que les arbitres saisis de différends relatifs aux investissements avaient une obligation générale à l'égard du système international de justice<sup>102</sup>. Il a été dit que les parties prenantes devraient peut-être prendre en considération « l'impact de la conception et de la culture du cadre de règlement des litiges sur la manière dont les affaires seraient traitées »<sup>103</sup>. En fin de compte, bien qu'elles ne soient pas parvenues à une conclusion sur la question, les délégations sont convenues que les « qualifications des décideurs » étaient importantes<sup>104</sup>.

73. Les interactions entre les droits de l'homme et le droit international de l'investissement vont probablement s'accroître, compte tenu notamment des obligations des États au titre de l'Accord de Paris et des tensions entre ces obligations et les devoirs des États en tant que pays d'accueil soumis à des accords internationaux d'investissement (voir chap. VII). Dès lors, il sera essentiel que les arbitres prouvent leurs compétences en droit des droits de l'homme, y compris en relation avec le développement durable et le climat, pour que les différends entre investisseurs et États trouvent une issue juste et raisonnable.

## XI. Conclusions et recommandations

### A. Conclusions

74. **Le droit au développement occupe une place de plus en plus importante dans le droit international de l'investissement. Les nouveaux accords internationaux d'investissement tiennent compte du développement durable et des objectifs de développement durable, y compris de l'importance de la coopération internationale et de la participation de la population locale, qui sont autant d'éléments inhérents à la notion de droit au développement. En l'absence de nouveaux traités multilatéraux visant à concrétiser le droit au développement, que ce soit dans le contexte du droit international de l'investissement ou plus généralement, la manière dont le droit au développement sera respecté dans le droit international de l'investissement dépendra dans une large mesure de l'interprétation qu'en feront les tribunaux d'arbitrage (même si leurs sentences ne lieront pas les tribunaux saisis de différends entre d'autres parties). Ce travail d'interprétation vise notamment à remédier aux problèmes immédiats causés par les changements climatiques, par exemple à trouver un moyen pour les États de concilier leurs obligations en application de l'Accord de Paris et leurs obligations à l'égard des investisseurs étrangers en application des accords internationaux d'investissement. Il est en lui-même révélateur des tensions qui existent entre le droit des États de réglementer et leurs obligations vis-à-vis des investisseurs étrangers.**

75. **Selon la CNUCED<sup>105</sup>, sur les 68 procédures de règlement des différends entre investisseurs et États engagées en 2020, 65 % étaient fondées sur des traités signés dans les années 1990 ou antérieurement, et 97 % sur des accords internationaux d'investissement signés avant 2011. Il est donc trop tôt pour dire en quoi les nouveaux**

<sup>102</sup> En dehors du domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États, en 2017 le Groupe de travail sur l'arbitrage des différends relatifs aux activités des entreprises et aux droits de l'homme a fait observer que les parties à ces différends devaient pouvoir compter sur des arbitres qui connaissent les droits des entreprises et les droits de l'homme. L'article 11 (par. 1 c) du Règlement d'arbitrage de La Haye relatif aux activités des entreprises et aux droits de l'homme dispose que :

L'arbitre président ou l'arbitre unique doit avoir fait la preuve de ses compétences en matière de règlement de différends internationaux et dans les domaines pertinents au regard du différend en cause (connaissance juridique et pratique des questions relatives aux entreprises et aux droits de l'homme, connaissance des dispositions pertinentes en droit national et en droit international et connaissance de la branche d'activité ou du secteur concernés).

<sup>103</sup> A/CN.9/935, par. 86.

<sup>104</sup> Ibid., par. 88.

<sup>105</sup> CNUCED, *World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery* (publication des Nations Unies, 2021), p. 129 et 130.

accords internationaux d'investissement influenceront sur l'évolution du droit international de l'investissement et sur sa capacité de protéger les droits de l'homme.

76. Même s'il reste en vigueur en l'état actuel, sans qu'une réforme plus profonde ne soit engagée, le système de règlement des différends entre investisseurs et États pourrait être rendu mieux à même de concrétiser le droit au développement des groupes lésés. Cela supposerait notamment de négocier de nouveaux accords internationaux d'investissement et de renégocier les accords existants, ou de modifier les règles d'arbitrage les plus couramment appliquées, telles que les règles établies par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements et celles qui figurent dans le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

## B. Recommandations

77. Le Mécanisme d'experts recommande que, dans les accords internationaux d'investissement, nouveaux ou renégociés, les États s'attachent expressément à :

a) Mentionner le droit au développement afin que celui-ci soit davantage reconnu ;

b) Imposer aux investisseurs étrangers une obligation concrète et exécutoire de respecter le droit des peuples au développement, en faisant du respect de ce droit une condition initiale à la protection des investissements et/ou une obligation autonome que le pays d'accueil pourra invoquer dans le cadre d'une demande reconventionnelle ;

c) Définir la notion de permis social d'exploitation, déterminer les éléments minimaux à fournir pour prouver l'existence d'un tel permis et exiger des arbitres saisis d'un différend avec un investisseur étranger de considérer l'existence ou l'absence de ce permis comme une question d'intérêt public international ;

d) Exiger des arbitres saisis d'un différend avec un investisseur étranger un minimum de connaissances théoriques et pratiques du droit international, notamment du droit des droits de l'homme, ainsi que du développement durable et, s'il y a lieu, des questions relatives à l'environnement ;

e) Permettre aux personnes intéressées ou concernées de participer effectivement au règlement des différends soumis à arbitrage par des investisseurs étrangers, au besoin en qualité d'*amicus curiae*, ou d'être associées à la procédure en tant que parties de plein droit ;

f) Exiger au minimum des investisseurs étrangers, en application de la législation nationale ou des accords internationaux d'investissement, d'obtenir : i) un permis social d'exploitation auprès des populations locales concernées et ii) des études d'impact social et environnemental auprès du pays d'accueil s'ils veulent bénéficier d'une protection de leurs investissements, étant entendu que le défaut d'obtention de ces documents autoriserait le pays d'accueil à demander réparation par la voie d'une demande reconventionnelle.