

## L'Invocation des Droits de l'Homme dans les différends internationaux en matière d'investissements étrangers. La pratique arbitrale

Mariam Hamzeh Tarchichi<sup>(\*)</sup>

**RESUME:** La pratique arbitrale majoritaire tend à séparer les droits de l'homme du droit des investissements internationaux. Il n'en va autrement que lorsque la convention bilatérale d'investissement ou le contrat d'Etat contiennent des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme. Or, il existe un fort mouvement en faveur de l'intégration des droits de l'homme dans le droit des investissements internationaux. Cette tendance à l'unification est illustrée par l'adoption en 2011 au sein du comité des droits de l'homme de l'ONU des Guiding Principles on Business and Human Rights.

Les différends relatifs aux investissements internationaux étrangers mettent

aux prises des Etats et des entités non étatiques. Celles-ci sont presque toujours des sociétés multinationales. Il arrive cependant que ces différends opposent essentiellement des Etats entre eux. Tel est le cas lorsque l'Etat exerce la protection diplomatique<sup>(1)</sup>. Dans la mesure où ces différends portent sur les investissements, ils ne comportent que des aspects économiques ou financiers. Il s'agit pour la juridiction saisie d'appliquer les dispositions d'une convention internationale qui ne concernent que la matière économique ou financière. En pratique, de telles conventions ne portent que sur les conditions et la portée des investissements étrangers dans l'Etat de territorialité.

Mais la question se pose de savoir si,

(\*) Docteur en droit, Maître de conférences à l'Université libanaise.

(1) C'est ainsi que dans le différend entre l'Italie et les Etats-Unis au sujet de l'Elettronica Sicula (Elsi), les Etats-Unis exerçaient la protection diplomatique. Voir, CIJ, affaire de Elettronica Sicula, Arrêt du 20 juillet 1989, RACIJ, 1989, p.

à l'occasion du différend survenant quant à l'application du contrat d'investissement international, la violation ou le respect des normes des droits de l'homme pourrait jouer un rôle quelconque. Dans un tel rôle, les droits de l'homme seraient une sorte d'exception à l'application de la convention internationale ou du contrat d'investissement. La question des droits deviendrait de la sorte une exception dont la mise en œuvre paralyserait l'exécution de la convention applicable dans les relations entre les parties concernées. En l'espèce, l'invocation de cette exception serait de nature à justifier la non-application, par l'État, des dispositions conventionnelles qui le liait à l'entité privée étrangère.

Ainsi posée, la question touche aux relations entre les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux<sup>(2)</sup>. Dans une première approche, les deux matières paraissent s'exclure l'une de l'autre. Les contrats d'investissement constituent un moyen déployé, aussi bien par les entités économiques privées que par les Etats d'accueil, au service de la performance économique et sociale des Etats. En revanche, les droits de l'homme correspondent à un souci de protection des êtres humains et de leur dignité. Cette dissociation traduit l'éternelle tentation des relations économiques internationales de se construire loin des préoccupations sociales.

Cependant, une seconde approche permet d'unifier le droit des investissements internationaux et les droits de l'homme. Cette approche peut trouver son fondement dans la place de la Rule of law dans les relations économiques internationales, notamment dans les relations entre les Etats et les investisseurs étrangers<sup>(3)</sup>. L'Etat de territorialité et son investisseur étranger ont, en effet, intérêt à ce que leurs relations soient gouvernées par la Rule of law. Toutefois, la référence à la Rule of law paraît on ne peut plus restrictive. Car, la Rule of law, à cet égard, ne concerne que les principes de transparence, de due process of law, d'impartialité du tribunal ainsi que le principe ou le droit d'être entendu. Ainsi conçue, la Rule of law ne s'applique-t-elle qu'à l'Etat et son investisseur. Autrement dit, la Rule of law ne trouve son application que dans les relations réciproques entre l'Etat et l'investisseur. Or, la préoccupation des droits de l'homme concerne des entités qui ne sont pas directement impliquées dans les relations entre l'Etat et son investisseur étranger.

Il convient de relever, à cet effet que, les relations entre l'Etat et son investisseur peuvent être régies par une diversité d'instruments de valeurs inégales. D'une part, il peut s'agir de relations organisées directement par un traité bilatéral entre l'Etat de territorialité et l'investisseur étranger. Ces traités - BIT : Bilatéral In-

(2) D'une manière générale, cf. P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E. U. PERTERSMANN (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, OUP, 2009; B. SIMMA, «Foreign Investment Arbitration. A Place for Human Rights?», *ICLQ*, Pp. 573- 596; A. AL FARUQUE, «Mapping the Relationship between Investment Protection and Human Rights», *JWIT*, 2010, p. 539.

(3) L'ILA a constitué un groupe d'étude sur la question relative à la Rule of Law and International Law.

vestment Treaty - sont des instruments internationaux<sup>(4)</sup> et, à ce titre, ils déploient leurs effets entre les Etats-Parties. La vocation de ces instruments est de déterminer la protection et un traitement juste et équitable - FET: Fair and Equitable Treatment - à l'investisseur étranger et à ses investissements dans l'Etat de territorialité et de permettre le rapatriement, à l'étranger, des bénéfices réalisés dans l'Etat de territorialité. Mais l'Etat d'accueil peut également opter pour des contrats conclus directement avec les investisseurs étrangers. Il s'agit, dans cette situation, de contrats d'Etat<sup>(5)</sup>. Or, ces contrats peuvent être soumis au droit interne<sup>(6)</sup>, à la lex mercatoria ou au droit international public, suivant ce que l'Etat a souhaité faire, sans pour autant qu'ils soient qualifiés de traités internationaux.

Toutefois, la pratique internationale des investissements a conduit les Etats à insérer des clauses dites «parapluie» ou «umbrella clauses». Avec ces clauses,

l'Etat d'accueil des investissements s'oblige conventionnellement à respecter sa propre législation et sa propre réglementation applicables en matière d'investissements étrangers<sup>(7)</sup>. Il s'ensuit que toute violation du contrat entre l'Etat et l'investisseur étranger deviendra une violation de la convention bilatérale engageant la responsabilité internationale de l'Etat. Il apparaît de la sorte que, par application de la clause parapluie, un différend entre l'Etat et son investisseur, donc un litige contractuel, se transforme en un différend conventionnel. Ainsi des obligations de droit interne bénéficient-elles d'une protection par le droit international. Il se produit, par conséquent, une internationalisation du droit des investissements étrangers; puisque c'est le droit international qui servira de cadre à l'interprétation du contrat d'Etat. En effet, avec la clause parapluie, l'Etat de territorialité renonce à sa compétence de

(4) G. SACERDOTI, *Bilateral and Multilateral Instruments on Investments Protection*, RCADI, 1997, vol. 267, Pp. 251-467; P. JUILLARD, «Les conventions bilatérales d'investissements conclues par la France», JDI, 1979, Pp. 274-325; P. JUILLARD, «Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection des réciproques des investissements», AFDI, 2004, Pp. 669-682; P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, RCADI, 1994, vol. 250, Pp. 9-216.

(5) Cf. P. WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, RCADI, 1969, vol. 128, Pp. 92-240; P. WEIL, «L'Etat, l'investisseur étranger et le droit international», in *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, Pp. 409-423; J.-F. LALIVE, *Contrats entre Etat ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents*, RCADI, 1983, Pp. 9-234; Ch. LEBEN, «Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable», *Mélanges H. THIERRY*, Paris, 1998, Pp. 247-280; Ch. LEBEN, *La théorie de contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements*, RCADI, 2003, vol. 302, Pp. 197-386.

(6) Dans ce cas, c'est la règle de conflit du droit interne compétent qui déterminera le droit applicable au contrat.

(7) La clause peut également obliger l'Etat de territorialité à respecter ses engagements au regard de tel ou tel investissement étranger pris isolément. Sur les clauses parapluie, voir: T. WALDE, «The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration: A Comment on Original Intentions and Recent Cases», JWIT, 2005, Pp. 183-236; B. KUNEY, «Singing in the Rain: Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses», JWIT, 2006, Pp. 275-300

modification unilatérale pour soumettre le contrat au droit international<sup>(8)</sup>.

Il reste que les obligations des Etats peuvent naître également en dehors de tout cadre conventionnel. Tel est le cas lorsque l'Etat de territorialité accomplit un acte unilatéral<sup>(9)</sup>. Il appert donc que la compétence de l'Etat d'accueil de définir la règle de traitement est-elle insérée dans des limitations qui en amoindrissent la portée. Ce sont des «limitations concertées, soit avec l'investisseur - dans le cadre du contrat d'Etat -, soit avec l'Etat de nationalité de l'investisseur - dans le cadre des conventions d'investissement - ; mais aussi de limitations que l'Etat s'impose à lui-même par l'effet des engagements unilatéraux qu'il prend vis-à-vis des autres Etats. Le droit interne, en matière de traitement, ne saurait donc être abstrait du droit international»<sup>(10)</sup>.

Dès lors que l'Etat d'accueil et l'entité étrangère auteur de l'investissement peuvent se trouver liés par des obligations contenues dans les instruments juridiques régissant leurs relations, la question des droits de l'homme va se poser. Il est certain que lorsque la convention bilatérale d'investissements, le contrat d'Etat et l'acte unilatéral de l'Etat de territorialité comportent des ob-

ligations relatives aux droits de l'homme, ces normes s'appliqueront et seront opposables à chacune des parties concernées, au même titre que les autres règles juridiques contenues dans l'instrument juridique en cause. Il s'ensuit que toute violation des droits de l'homme protégés par l'instrument juridique concerné constituera également une violation de la convention et, par conséquent, une violation des obligations liant les parties. En pratique, cette situation implique que les investissements dans l'Etat d'accueil devront se faire dans le strict respect des droits de l'homme protégés par la convention. Mais qu'en est-il lorsque ni la convention bilatérale d'investissement, ni le contrat d'Etat ou l'acte unilatéral ne comportent aucune référence aux droits de l'homme?

Il pourrait être tentant de soutenir que les parties seraient libres de réaliser l'investissement hors de toute préoccupation des droits de l'homme. Mais, une telle approche semblerait oublier que l'une des parties, l'Etat de territorialité, pourrait être liée par des conventions internationales portant sur des droits de l'homme. De tels investissements, s'ils devaient se réaliser, s'accompliraient en toute violation des obligations internatio-

(8) Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit, en cela, de l'indication que «le contrat baigne dans l'ordre interne: si tel n'était pas le cas, on comprend mal, en bonne logique, pourquoi il serait nécessaire de stabiliser la législation ou la réglementation nationales, puisque celles-ci, par définition, seraient inopérantes», cf. D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2010, p. 509, n° 1353.

(9) Sur l'acte unilatéral en droit international, voir E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962, 290 p.; J. DEHAUSSY, «Les actes juridiques internationaux en droit international. A propos d'une théorie restrictive», *JDI*, 1965, Pp. 41-66; Ph. CAHIER, «Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations», in *Mélanges P. Guggenheim*, 1968, Pp. 237-265. Voir, en outre, CIJ, affaires des essais nucléaires français, Arrêts du 20 décembre 1974, *RACIJ*, 1974, p. 268 et s.

(10) D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, op. cit. p. 511, n° 1364.

nales de l'Etat d'accueil. Mais, les droits de l'homme concernés peuvent avoir une valeur coutumière et consacrer des normes de jus cogens<sup>(11)</sup>. Dans ces conditions, de telles normes devraient s'appliquer aussi bien à l'Etat de territorialité qu'à l'investisseur étranger. A contrario, cette indication impliquerait que l'investisseur étranger ne serait pas lié quand les normes applicables n'ont nullement la valeur de règles de jus cogens. Or, à côté des normes de jus cogens, il existe des obligations qui sont opposables erga omnes en raison de leur caractère fondamental pour la communauté internationale. Par ailleurs, il y a lieu de noter que le conseil des droits de l'homme de l'ONU a adopté en 2011 des Guiding Principles on Business and Human Rights. Ceux-ci s'appliquent aux entreprises<sup>(12)</sup>. Aussi convient-il d'analyser la pratique arbitrale, d'abord dans les relations entre convention ou contrat d'Etat et droits de l'homme (I), ensuite lorsque les droits de l'homme sont invoqués à titre d'exception (II).

### **I: DROITS DE L'HOMME ET CONVENTION OU CONTRAT D'ETAT D'INVESTISSEMENTS**

Il est possible de considérer que droits de l'homme et instruments juridiques internationaux d'investissement constituent deux sphères totalement

dissociées<sup>(13)</sup>. Dans cette perspective, les deux domaines baigneraient dans deux zones qui s'excluraient l'une de l'autre. Mais, la démarche pourrait être également celle consistant à intégrer les droits de l'homme dans la convention bilatérale d'investissement ou dans le contrat d'Etat conclue avec les entités privées étrangères. Cette perspective conduit à consacrer l'intégration des droits de l'homme dans les instruments juridiques relatifs aux investissements (A). Cependant, cette orientation pose la question de l'attente légitime des investisseurs (B).

### **A: L'INTREGRATION DES DROITS DE L'HOMME DANS LES INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENTS**

L'intégration des droits de l'homme dans les instruments juridiques internationaux relatifs aux investissements signifie que les impératifs en matière des droits de l'homme seront à prendre en considération à l'occasion de la réalisation des opérations d'investissement dans l'Etat de territorialité. Ainsi les obligations internationales de l'Etat de territorialité en matière des droits de l'homme seront-elles des éléments pertinents de l'exécution de la convention ou du contrat d'Etat. Autrement dit, toute violation des droits de l'homme, dans un tel cadre, se traduira par une violation des

(11) Tel est le cas, par exemple, de la prohibition de l'esclavage. Voir, CIJ, affaire de la Barcelona Traction Ltd, Arrêt du 5 février 1970, RACIJ, 1970, p. 32. Cf. en outre, Cour inter-américaine des droits de l'homme, affaire des Trabajadores de la hacienda Bresil verde, arrêt du 22 août 2018, para.

(12) Guiding Principles on Business and Human Rights, UNDoc A/HRC/17/31(2011).

(13) M. TORAL and T. SCHULTZ, «The State a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations», in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.-H. LIZ CHANG and C. BLANCHIN (eds), *The Blacklash Against Investment Arbitration. Perceptions and Reality*, The Hague, Kluwer Law, 2010, Pp. 577-622.

obligations internationales de l'Etat en matière des droits de l'homme.

Ces obligations internationales en matière des droits de l'homme sont susceptibles de porter sur l'interdiction de l'esclavage<sup>(14)</sup>, la prohibition du travail forcé ou obligatoire ainsi que du trafic des êtres humains et du travail des enfants<sup>(15)</sup>. Toutes interdictions concernent les formes modernes d'esclavage<sup>(16)</sup>. A côté de ces textes particuliers, des interdictions similaires existent également dans des instruments juridiques internationaux à vocation générale. Tel est le cas de la protection des droits des individus à ne pas être l'objet d'esclavage et de servitude posée par l'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 8 du Pacte international des droits civils et politiques<sup>(17)</sup>. Dans toutes ces situations, appliquer la convention d'investissement ou le contrat d'Etat, c'est aussi appliquer les dispositions pertinentes en matière de protection des droits de l'homme. Il y a de la sorte une relation qui est faite entre investisse-

ment et respect des droits de l'homme et une telle relation se réalise également au moment de l'interprétation des conventions ou du contrat d'Etat.

i)- LA RELATION ENTRE INVESTISSEMENT ET DROITS DE L'HOMME. Il est certain que très peu de conventions internationales d'investissement ou de contrat d'Etat contiennent des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme. Le résultat de cette carence est que peu de sentences arbitrales ont été rendues sur le fondement des droits de l'homme. En ce sens, les questions touchant à la protection des droits de l'homme n'ont joué aucun rôle déterminant dans la résolution des différends relatifs aux investissements étrangers. Aussi le Professeur SIMMA pouvait-il relever que: «in practice human rights-based claims have not overrun the dockets of foreign investment arbitral tribunals. To investments practitioners, it might thus appear that international human rights fulfil no more than an ancillary rôle in the settlement of investor-state dispute»<sup>(18)</sup>. Mais cette observation ne

(14) L'esclavage est interdit par la convention de la SDN en date du 25 septembre 1926. Cette convention sera amendée en 1953 et cette prohibition réaffirmée dans la convention du 7 septembre 1956. Voir, M. SCHREIBER, «La convention supplémentaire des Nations Unies relative à l'abolition de l'esclavage», AFDI, 1956, Pp. 547-557; G. FISCHER, «Esclavage et droit international», RGDI, 1957, Pp. 71-101.

(15) Cf. le Protocole des Nations Unies sur la prévention, la suppression et la répression du trafic des personnes, spécialement des femmes et des enfants de 2003, la convention de l'OIT sur le travail forcé de 1930, le Protocole de l'OIT sur le travail forcé de 2016, la convention sur les droits de l'homme des travailleurs migrants de 1990, la convention contre la torture de 1984.

(16) Voir, A. Y. RASSAM, «Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade under Customary International Law», VirgJIL, 1999, Pp. 303-352; J. ALLAIN, Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking, Brill, 2012; A. T. GALLAGHER, The International Law of Human Trafficking, CUP, 2010

(17) Voir également l'article 17 du Pacte international sur les droits civils et politiques à propos du droit à ne pas être sujet à un traitement inhumain et dégradant et de l'article 7 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, en ce qui concerne le droit à des conditions de travail justes et favorables.

(18) B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights », ICLQ, 2011, p. 578.

peut concerner que les anciennes conventions d'investissement ou les anciens contrat d'Etat. Car, les instruments juridiques internationaux actuellement concluent en matière d'investissement comportent à présent des clauses directes relatives à la protection des droits de l'homme. Ces conventions dites de nouvelle génération, visent explicitement la protection des droits de l'homme ; et celle-ci est entendue comme étant une obligation qui s'impose aux parties à la convention ou au contrat d'Etat<sup>(19)</sup>. Cependant, même avec les anciennes générations des conventions d'investissement, il est toujours possible d'établir une relation entre investissements et droits de l'homme. Le problème est simplement que les Etats et les investisseurs étrangers ne manifestent aucune volonté de se référer aux droits de l'homme aussi bien à l'occasion de l'exécution de la convention qu'au moment, le cas échéant, où le contentieux arbitral prend naissance. Car l'Etat de territorialité et l'investisseur privé étranger préfèrent placer leur différend au strict plan d'un litige économique et financier. Au demeurant, c'est presque toujours une tierce partie, l'amicus curiae, qui soulève la question de l'application des droits de l'homme<sup>(20)</sup>.

Dès lors, la question de la relation entre investissements étrangers et droits de l'homme se pose en ce qui concerne

l'articulation des obligations internationales de l'Etat en matière des droits de l'homme et les obligations que ce dernier assume en vertu de la convention d'investissement ou du contrat d'Etat. Il est, à ce propos, utile d'indiquer que l'histoire du droit international rappelle que les préoccupations en matière des droits de l'homme n'ont jamais été absentes dans le droit international des investissements. En effet, depuis la Charte de la Havane<sup>(21)</sup>, les préoccupations des droits de l'homme avaient été intégrées dans le commerce international. Car la Charte de la Havane soulignait clairement la nécessité pour les parties impliquées dans le commerce international de respecter et de prendre en considération «les normes de travail équitable» (fair labour equitable). Et, les auteurs de la Charte précisait que ces normes de travail équitable étaient à lire en référence aux normes établies par l'OIT. Par la suite, la Charte de la Havane indiquait que les normes de travail non équitables devaient être éliminées, puisqu'elles sont source de difficultés pour les échanges internationaux en faussant les exportations<sup>(22)</sup>.

Sans doute les dispositions de la Charte de la Havane n'ont-elles pas été reprises dans le GATT<sup>(23)</sup>. Mais, il convient de relever que celui-ci comportait un

(19) Voir, à cet égard, UNCTD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, 2007, p. 71.

(20) Etant entendu que l'amicus curiae n'est pas une partie à l'instance.

(21) K. W. DAM, *The GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago U. P., 1970, 480 p.; E. U. PERTERSMANN, « The Transformation of the World Trading System », *EJIL*, 1995, Pp. 161-221. La Charte de la Havane avait établi une organisation internationale du commerce (OIC). Mais cette Charte n'est jamais entrée en vigueur.

(22) Enfin, il faut noter que les articles 94 et 95 de la Charte de la Havane avaient prévu de soumettre au mécanisme de règlement des différends qu'elle organisait les litiges relatifs à ces normes de travail. L'article 93 prohibait le recours à l'arbitrage pour ces différends.

(23) Cela s'explique par une raison technique. Le GATT était un accord dont l'application était provisoire dans l'attente de l'entrée en vigueur de la Charte de la Havane.

article XX qui précisait explicitement que les Parties contractantes pouvaient s'opposer à l'importation des produits fabriqués dans les prisons<sup>(24)</sup>.

Il apparaît de la sorte que les obligations internationales de l'Etat de territorialité en matière des droits de l'homme sont susceptibles de trouver application dans les domaines des investissements étrangers. A cet égard, le problème se pose en des termes précis. L'Etat de territorialité étant partie à des conventions internationales en matière des droits de l'homme, les obligations qui découlent de ces instruments juridiques internationaux s'imposent à lui. Il s'ensuit que, l'Etat ne saurait conclure des conventions qui contreviendraient à de telles obligations. Dans ces conditions, les obligations souscrites par l'Etat et découlant de la convention bilatérale d'investissement ou du contrat d'Etat s'intègrent, par conséquent, dans le droit fil des obligations liant l'Etat dans le domaine des droits de l'homme. Ainsi, lorsque l'Etat de territorialité se trouve lié par les conventions de l'OIT prohibant le travail forcé, le travail des enfants ou le trafic des être humains, cette obligation internationale se traduit par le fait que, en signant un instrument juridique d'investissement, l'Etat de territorialité se place nécessairement dans la situation où l'investisseur privé étranger sera tenu de respecter les obligations internationales souscrites par l'Etat d'accueil. Il en est ainsi parce que les obligations internationales vont trouver leur consécration dans la législation

nationale de l'Etat de territorialité. De fait, l'investisseur privé étranger est conduit à appliquer le droit interne de l'Etat d'accueil. Cette conduite trouve son fondement dans la convention d'investissement ou le contrat d'Etat en matière d'investissement; ces deux instruments juridiques obligent l'investisseur privé étranger à observer le droit interne de l'Etat où va s'effectuer l'investissement. Dans cette perspective, les investissements privés étrangers dans l'Etat de territorialité sont accomplis dans le strict respect de la législation interne de l'Etat d'accueil. Et cette législation interne comprend les obligations internationales lorsqu'elles ont été intégrées dans le droit interne de l'Etat d'accueil.

En réalité, il y a lieu de relever que ce n'est pas cette démarche qui soulève des difficultés. Car, très souvent, l'Etat de territorialité a transcrit ses obligations internationales en matière des droits de l'homme dans son droit interne. A la vérité, les difficultés surviennent lorsque l'Etat de territorialité n'a pas incorporé dans son droit interne ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Dans une telle situation, si des investissements privés étrangers doivent être réalisés dans l'Etat de territorialité, il n'est pas certain que ces investissements vont être accomplis en se conformant aux obligations internationales de l'Etat d'accueil. De tels investissements vont être conformes au droit interne de l'Etat d'accueil<sup>(25)</sup>; mais ils ne tiendront pas nécessairement compte des obligations in-

(24) L'article XX du GATT n'avait jamais fait l'objet d'une contestation devant les juridictions arbitrales et il n'avait jamais donné lieu à un quelconque différend.

(25) Car la convention d'investissement ou le contrat d'Etat prend en compte le droit interne de l'Etat d'accueil de l'investissement.

ternationales de l'Etat de territorialité, puisque ces obligations internationales n'ont pas été intégrées dans le droit interne de l'Etat d'accueil.

Dans cette dernière configuration, l'Etat d'accueil ne saurait se prévaloir de sa propre incurie à l'encontre de l'investisseur privé étranger. Au demeurant, cette omission ou cette carence est peut-être pour l'Etat de territorialité le seul moyen d'obtenir une sorte d'avantage compétitif dans le commerce international<sup>(26)</sup>. Et l'investisseur privé étranger n'a aucun intérêt à relever la carence du droit interne de l'Etat d'accueil.

En définitive, ce sont les tierces parties ou les entités non étatiques qui vont essayer de mettre au jour les carences du droit interne de l'Etat de territorialité en matière de protection des droits de l'homme. Tel était déjà le cas avec la question de la clause sociale dans les échanges commerciaux internationaux<sup>(27)</sup>. De plus, il convient d'observer que, pour l'Etat de territorialité, ce qui peut justifier l'ouverture du contentieux avec l'investisseur privé étranger, ne pourrait porter que sur sa souveraineté. En effet, c'est lorsque le pouvoir de modification unilatérale de l'Etat de territorialité est contesté que surviendra, très souvent, le

contentieux. Car, l'investisseur privé étranger entendra se prévaloir de la clause de stabilité insérée dans la convention bilatérale ou dans le contrat d'Etat, alors même que l'Etat d'accueil voudra user de son pouvoir de modification unilatérale pour adapter son droit interne.

Dans tous les cas, quand sera en cause la question de la relation entre la convention d'investissement ou le contrat d'Etat et la protection des droits de l'homme, une telle relation pourra également être établie au moyen de l'interprétation des traités ainsi que cette interprétation a été codifiée par la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

ii)- L'INTERPRETATION DES TRAITES. Puisqu'il s'agit d'interpréter des instruments juridiques internationaux, la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités constitue le cadre pertinent. En effet, ce texte codifie le droit international en matière d'interprétation. La Cour internationale de justice allait, par ailleurs, indiquer que cette convention représente le droit international coutumier en ce qui concerne l'interprétation des traités<sup>(28)</sup>. Le texte qui fera l'objet de l'interprétation est la convention bilatérale d'investissement ou le contrat d'Etat<sup>(29)</sup>. En la matière, l'interprétation selon les normes de droit interna-

(26) En effet, le droit international du commerce ne prend en compte que les produits ou services finis.

En ce sens, le procédé de fabrication ou de commercialisation ne rentre pas en ligne de compte, sauf dans le cas de subventions ou de dumping. Une telle prise en compte est interdite sur le fondement du traitement national. L'importance de cette interdiction est systématiquement affirmée dans le cadre du règlement des différends de l'OMC. Cf. Appel, Diverses mesures affectant la viande de bœuf, 11 décembre 2000, Corée, para. 137; Appel, Importation et vente de cigarettes, 25 avril 2005, République dominicaine, para. 93.

(27) Sur la question de l'insertion de la clause sociale dans le système de l'OMC, voir D. CARREAU et P. JUILLARD, Droit international économique, op. cit. p. 378, n° 1041 et s.

(28) CIJ, Affaire des Plate formes pétrolières, Arrêt du 6 novembre 2003, RACIJ, 2003, para. 41.

(29) Il s'agit du contrat d'Etat comportant une clause parapluie ou umbrella clause. Car, l'insertion de cette clause a pour effet de transformer la réclamation d'une violation du contrat - contract claim

tional aura pour finalité, d'ancrer dans les droits de l'homme, les obligations internationales des parties concernées par la convention qui est l'objet de l'interprétation. Autrement dit, ce sera dans le droit international que les obligations de l'Etat et de l'investisseur privé étranger prendront leurs sources. La méthodologie consistera à interpréter les clauses des conventions en cause au regard des normes en vigueur en matière de protection des droits de l'homme.

Il y a lieu de souligner que le recours aux règles d'interprétation des traités internationaux est destiné à donner effet aux obligations internationales souscrites par l'Etat de territorialité. Il ne s'agit pas de tenter d'établir une certaine cohérence du droit international. Mais, la démarche ne vise uniquement qu'à donner effet aux obligations internationales de l'Etat, lorsqu'elles sont en vigueur dans les relations entre les parties<sup>(30)</sup>.

C'est donc par la mise en œuvre de l'article 31(3)(c) de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités que se réalisera cette interprétation. Cette disposition précise explicitement qu'aux fins

de l'interprétation d'un traité «il doit être tenu compte en même le contexte... toutes règles pertinentes du droit international applicables dans les relations entre les parties»<sup>(31)</sup>. Dès lors, la question qui se pose est celle de déterminer si les droits de l'homme constituent des règles pertinentes de droit international applicables dans les relations entre les parties, selon la terminologie adoptée par l'article 31(3)(c) de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. A cet égard, ce qui importe ce n'est pas la notion conceptuelle ou générique de droits de l'homme. L'accent doit être mis sur l'existence d'une règle de droit et cette règle doit lier les deux parties. En ce sens donc, il n'y a pas d'application générale des droits de l'homme dans le droit international des investissements. Cette application a lieu au cas par cas et en recherchant les normes qui lient les parties concernées. C'est cette indication qu'un tribunal arbitral avait correctement perçu lorsqu'il relevait que: «this principle must be applied in harmony with the rest of the provisions of the same article and cautiously, in order to prevent the

- à la violation de la convention - treaty claim.. En ce sens, à propos de la convention bilatérale d'investissement suisse, voir sentence arbitrale CIRDI, SGS v. Philippines 29 janvier 2004. Contre une telle analyse, sentence arbitrale CIRDI, SGS v. Pakistan, - 6 août 2003.

(30) C'est à juste titre que le Professeur B. SIMMA a pu indiquer que: « This presumption of coherence with existing international law is to be handled with care and on a case-by-case basis because States might have concluded a treaty for precise purpose of producing effects not in accordance with the law that was previously binding upon them; and States are free to do so, their liberty finding its limits in the presence of jus cogens or of certain multilateral obligations owed to third parties », B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? », op. cit., p. 584.

(31) C. M. LACHLAN, « The Principle of Systemic Interpretation and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties », ICLQ, 2005, Pp. 279; U. LINDERFALK, On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, 2007, Pp. 177-189, R. GARDINER, Treaties Interpretation, OUP, 2005.

Tribunal from exceeding its jurisdiction an applying rules to the disputes which the Parties have not agreed to»<sup>(32)</sup>.

Ainsi, en présence des droits de l'homme de caractère politique, tels que les droits contenus dans le Pacte international des droits civils et politiques, il y aura nécessairement des normes juridiques applicables dans les relations entre les parties en cause. Car les droits reconnus dans ce Pacte sont largement admis par les Etats<sup>(33)</sup>. Dans cette perspective, les normes consacrées par le Pacte constituent des règles juridiques pertinentes qui s'appliquent dans les rapports entre l'Etat de territorialité et l'investisseur privé étranger. Il s'ensuit que ce dernier ne pourra utilement réaliser ses investissements dans l'Etat d'accueil en violation des obligations internationales souscrites par ce dernier en vertu du Pacte international sur les droits civils et politiques. Les droits consacrés par ce Pacte sont des obligations internationales qui lient les parties et que celles-ci ne peuvent ignorer.

Cette indication veut dire que nulle partie à une convention internationale en matière d'investissement ne peut procéder à des investissements dans l'Etat d'accueil en violation des obligations internationales de l'Etat de territorialité. C'est ainsi que des opérations d'investissement

ne peuvent être accomplies dans un Etat d'accueil partie au Pacte international des droits civils et politiques lorsqu'elles méconnaissent la prohibition des discriminations raciales<sup>(34)</sup>. De la même façon que ces de tels investissements ne sauraient être réalisés en accomplissant des actes d'esclavage<sup>(35)</sup>. Dans toutes ces situations, il existe des normes juridiques du droit international en vigueur entre les parties et, celles-ci, sont dès lors tenues de leur donner effet dans leurs relations mutuelles.

En revanche, il en va autrement lorsque sont en cause les droits de l'homme touchant aux droits économiques, sociaux et culturels tels qu'ils sont affirmés dans le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels<sup>(36)</sup>. Le propre des droits contenus dans ce Pacte n'est pas de définir une norme juridique applicable, mais d'établir des objectifs à atteindre pour parvenir à l'effectivité de ces droits. C'est, par conséquent, la notion de réalisation progressive qui est en œuvre en ce qui concerne ces droits économiques, sociaux et culturels. L'obligation qui incombe aux parties est celles de prendre des mesures pour parvenir progressivement à la réalisation du droit en cause. Le caractère assez vague de ces droits fait qu'il est difficile de s'y référer en tant que normes juridiques pertinentes

(32) Affaire South American Silver Ltd v. Bolivia, sentence arbitrale UNCITRAL du 22 novembre 2008, para. 216.

(33) Le Pacte international des droits civils et politiques signé le 16 décembre 1966 est en vigueur dans 116 Etats.

(34) Voir affaire Piero FORESTI et a. v. Republic of South-Africa, sentence arbitrale CIRDI du 4 août 2000.

(35) Voir affaire Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, sentence arbitrale CIRDI du 15 avril 2009, para. 78.

(36) Le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels a été signé le 16 décembre 1966 et est en vigueur entre 170 Etats.

applicables aux parties<sup>(37)</sup>.

Il reste que, à côté de ces obligations internationales souscrites par les parties et fondées sur la convention applicable dans leurs rapports réciproques, il y a aussi l'interprétation dynamique des traités. L'interprétation dynamique ne vise pas à modifier la convention qui fait l'objet de l'interprétation. Elle consiste simplement à donner au contenu de la convention une signification qui prend en compte l'évolution même de la notion en cause, l'évolution du droit. Déjà affirmée par la Cour internationale de justice dans son avis consultatif sur la Namibie<sup>(38)</sup>, l'interprétation évolutive permet de prendre en compte l'évolution au fond d'une notion. De ce point de vue, c'est la notion de Fair and Equitable Treatment (FET) qui fera l'objet d'une interprétation évolutive.

Traditionnellement, le principe de traitement juste et équitable contenu dans les conventions d'investissement ou dans les contrats d'Etat se rapporte au «régime que chaque Etat doit normalement réserver, d'après le droit international, aux biens des ressortissants étrangers... la norme exigée est conforme, en fait, au standard minimum du droit international»<sup>(39)</sup>. C'est donc tout le droit

international qui détermine le contenu de la notion de traitement juste et équitable. Autrement dit, en la matière, l'Etat doit se conformer à ce que requiert le droit international à propos du traitement à offrir aux investissements étrangers dans l'Etat de territorialité. Dans ces conditions, une interprétation dynamique de cette notion devrait comprendre, non seulement des exigences purement économiques et financières, mais également les impératifs concernant les droits de l'homme. Ainsi l'interprétation dynamique de la clause de traitement juste et équitable devrait aboutir à intégrer les droits de l'homme dans le droit international des investissements étrangers.

En effet, généralement, le traitement juste et équitable se définit par la nécessité de maintenir la stabilité économique et juridique dans le pays d'accueil<sup>(40)</sup> ou comme impliquant que l'Etat de territorialité adopte un comportement cohérent et transparent, dépourvu d'ambiguïté<sup>(41)</sup>. C'est cette indication que le tribunal arbitral avait retenue dans l'affaire Metalclad. Dans sa sentence, ce tribunal considérait que l'absence de transparence et de prévisibilité constituaient un déni de traitement juste et équitable<sup>(42)</sup>. Mais, ce sont là des exigences purement écono-

(37) Sur les droits consacrés par ce Pacte, cf. A. ALSTON and G. QUINN, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », HRQ, 1987, Pp. 156-171

(38) CIJ, Affaire des conséquences juridiques de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie, Avis consultatif du 1971, RACIJ, 1971, para. 45-49. Voir, en outre, CIJ, Affaire du différend relatif aux droits de navigation, Arrêt de 2009, RACIJ, 2009, para.

(39) D. CARREAU et P. JUILLARD, Droit international économique, op. cit. Pp. 486-487, n° 1316.

(40) Telle était la position du tribunal arbitral dans l'affaire CMS Gas Transmission Company v. Argentina, sentence arbitrale CIRDI du 12 mai 2005, para. 274.

(41) Voir affaire L.G.&E. v. Argentina, sentence arbitrale CIRDI du 3 octobre 2006, para. 131

(42) Cette sentence a été rendue sur le fondement de l'article de l'article 1105 de l'ALENA. Cf. Metalclad Corp. v. Mexico, sentence arbitrale CIRDI 30 avril 2000, para. 99.

miques et financières qui pourraient être élargies en y intégrant des préoccupations relatives aux droits de l'homme. Une telle incorporation pourrait être fondée sur la référence au droit international à laquelle renvoie la clause de traitement juste et équitable. C'est cette tendance qui avait été consacrée par une autre sentence arbitrale. Dans cette dernière décision, le comité d'annulation soulignait que: «Provision on human rights instruments dealing with the right to fair trial and any judicial practice thereto are relevant to the interpretation of the concept of a fundamental rule of procedure as used in Article 52 (1)(d) of the ICSID Convention. This is not to add obligations extraneous to the ICSID Convention. Rather, resort to authorities stemming from the field of human rights for this purpose is a legitimate method of treaty interpretation»<sup>(43)</sup>.

Cependant, l'approche des juridictions internationale a été de rejeter une telle intégration. Au contraire, c'est plutôt une perspective d'exclusion qui est en œuvre. Dans cette démarche, les droits de l'homme sont considérés comme étant séparés des droits économiques. C'est en ce sens qu'un tribunal arbitral avait noté que: «le droit fondamental à l'eau et le droit de l'investisseur à bénéficier de la protection offerte par l'APRI opèrent sur des plans différents»<sup>(44)</sup>.

Il apparaît ainsi que les droits de l'homme ne s'insèrent que malaisément dans le droit international des investissements étrangers. Qu'en est-il de l'attente légitime des investisseurs?

### **B: L'ATTENTE LEGITIME DES INVESTISSEURS ETRANGERS DANS LES CONVENTIONS D'INVESTISSEMENT**

En effectuant ses investissements dans l'Etat de territorialité, l'investisseur privé étranger prend sa décision en se fondant aussi bien sur les dispositions de la convention d'investissement élaborée par l'Etat d'accueil que, le cas échéant, sur le contrat d'Etat conclu avec ledit Etat. Cette indication implique que l'investisseur manifeste une certaine attente. Cependant, une telle attente peut-elle être contrecarrée par les exigences des droits de l'homme?

i)- L'INVESTISSEUR. Toute la démarche de l'investisseur privé étranger est encadrée par les dispositions de la convention d'investissement ou celles du contrat d'Etat. Or, ces instruments juridiques sont gouvernés par le principe essentiel en matière d'investissement international: le traitement juste et équitable et celui-ci est défini de manière restrictive comme excluant toute référence aux droits de l'homme.. Dans cette conception, le traitement juste et équitable

(43) Comité d'annulation, Décision relative à l'affaire Tulip Real Estate v. Turkey, Décision CIRDI du 30 décembre 2015, para. 92.

(44) Voir SAUR International S.A. v. Argentina,, sentence sur la compétence et la responsabilité, sentence arbitrale CIRDI du 6 juin 2012, para. 330. La sentence se poursuivait ainsi: « l'entreprise concessionnaire d'un service public de première nécessité se trouve dans une situation de dépendance face à l'administration publique, qui dispose de pouvoirs spéciaux pour en garantir la jouissance en raison de la souveraineté du droit fondamental à l'eau; mais l'exercice de ces pouvoirs ne se fait pas de façon absolue et doit au contraire être conjugué avec le respect des droits et des garanties octroyées à l'investisseur étranger en vertu de l'APRI », Ibid. para. 331.

implique que la convention d'investissement ou le contrat d'Etat vont baigner dans une ambiance qui garantit à l'investisseur étranger la stabilité juridique et fiscale, de la cohérence législative et réglementaire ainsi que l'intangibilité du droit interne.

Il apparaît de la sorte que le droit international assure à l'investisseur privé étranger, sur le fondement de la convention d'investissement ou du contrat d'Etat, une situation où il ne pourrait jamais être surpris par les agissements contraires de l'Etat d'accueil. C'est une conséquence de l'exigence de transparence et celle de stabilité imposées par les instruments juridiques internationaux en vigueur dans les relations entre l'Etat de territorialité et l'investisseur étranger. C'est exactement cette exigence qu'un tribunal arbitral soulignait : «l'investisseur étranger attend de l'Etat hôte qu'il agisse de manière cohérente, dépourvue de toute ambiguïté et complètement transparente dans ses rapports avec l'investisseur étranger, de façon à ce que celui-ci puisse connaître à l'avance, toutes les législations ou réglementations qui régissent son investissement... L'investisseur étranger s'attend aussi à ce que l'Etat hôte agisse de manière cohérente, c'est-à-dire sans procéder au retrait arbitraire des décisions ou autorisations qui ont été édictées par l'Etat et sur lesquelles s'est fondé l'investisseur»<sup>(45)</sup>.

Ainsi les exigences de la légitime attente de l'investisseur étranger condui-

sent-elles à ce que ne soient pas opposées à ce dernier des normes juridiques que ne comportaient pas les instruments juridiques de base, la convention ou le contrat. Dans ces conditions, seules devient opposable à l'investisseur étranger le droit international consacré dans ces instruments. En d'autres termes, la convention d'investissement ou le contrat d'Etat cristallise le droit applicable à l'investissement étranger dans les rapport entre l'Etat de territorialité et son investisseur étranger. Une telle situation conduit à s'interroger sur la part des exigences des droits de l'homme au regard de ces attentes légitimes.

ii)- LA PART DES EXIGENCES DES DROITS DE L'HOMME. L'interrogation relative à la part ou à l'exigence des droits de l'homme ne se pose pas lorsque la convention d'investissement ou le contrat d'Etat contiennent des dispositions concernant la protection des droits de l'homme<sup>(46)</sup>. Dans cette situation, les normes de droit international en matière de protection des droits de l'homme constitueront également des règles pertinentes pour trouver application à l'occasion de l'investissement en cause. Dans cette perspective, l'investisseur sera tenu de les intégrer dans ses attentes légitimes.

A l'inverse, quand la convention d'investissement ou le contrat d'Etat ne comportent pas de dispositions relatives à la protection des droits de l'homme, les exigences de l'attente légitime de l'investis-

(45) Affaire Tecmed v. Mexico, sentence arbitrale CIRDI, du 29 mai 2003, para. 154.

(46) Tel est le cas du nouveau modèle de convention bilatérale d'investissement des Pays-Bas adopté le 19 octobre 2018. L'article 6(5) de ce modèle de convention prévoit que « Within the scope and application of the Agreement, the contracting Parties reaffirm their obligations under the multilateral agreements in the field of the protection of human rights to which they are party ».

seur excluent toute possibilité d'application des normes touchant aux droits de l'homme. Cette indication ne signifie pas que les droits de l'homme ne joueront aucun rôle à l'occasion des opérations liées à l'investissement. Car, il existe des normes des droits de l'homme qui sont tellement fondamentales pour la communauté internationale, que leur exclusion des rapports entre les parties apparaît impossible. Sans doute, tel sera toujours le cas des normes ayant la valeur de jus cogens. L'investisseur étranger ne pourra jamais effectuer des opérations d'investissement dans l'Etat de territorialité en violation des normes de droits de l'homme caractérisé comme jus cogens. Il est à peine besoin de relever qu'un investisseur ne saurait s'affranchir de l'obligation de s'abstenir de violer des règles de droits de l'homme ayant la valeur de norme de jus cogens. Ainsi, les normes de jus cogens constituent-elles une limite nécessaire à l'attente légitime des investisseurs étrangers. A cet effet, l'investisseur privé étranger ne pourrait fonder des attentes légitimes sur une législation nationale qui constituerait une violation manifeste des règles de droit international dont la nature est celle de jus cogens<sup>(47)</sup> Mais ; l'investisseur privé étranger est également tenu de respecter les normes juridiques internationales qui

sont considérées comme des normes erga omnes<sup>(48)</sup>.

Les attentes de l'investisseur étranger doivent être des attentes légitimes. Le caractère légitime de telles attentes ne signifie pas seulement que l'investisseur étranger est en droit d'obtenir de l'Etat de territorialité que celui-ci n'exerce pas son pouvoir de modification unilatérale de façon à contredire le droit interne en vigueur au moment où l'investisseur étranger s'engageait avec ledit Etat. Telle est l'exigence de la clause de stabilité, de transparence et de cohérence contenue dans la convention d'investissement<sup>(49)</sup>. Mais l'appréciation du caractère légitime de l'attente de l'investisseur étranger se fait, en outre, au regard de l'activité menée ou à entreprendre par cet investisseur. En ce sens que celui-ci fonde ses attentes dans l'exercice des activités d'investissement conformément à ce qui est requis par le droit. Ce dernier renvoie aussi bien au droit interne qu'au droit international, car, très souvent, les normes de droit international ont été intégrées dans le droit interne de l'Etat d'accueil.

Il s'ensuit que les attentes légitimes de l'investisseur ce sont également le fait que l'investisseur privé étranger va devoir investir dans un contexte qui est respectueux du droit de l'Etat d'accueil. Dans ces conditions, quand le droit interne de

(47) Dans l'affaire entre EDF international et l'Argentine, cette dernière avait invoqué des normes de jus cogens en matière de protection des droits de l'homme. Mais, le tribunal arbitral n'a pas considéré que les droits de l'homme dont se prévalait l'Argentine constituaient des normes de jus cogens. Cf. EDF International S.A. v. Argentina, sentence arbitrale CIRDI du 11 juin 2012, para. 193.

(48) Le droit international général définit mal la distinction entre normes de jus cogens et normes erga omnes.

(49) Voir GAMI Investments Inc. v. Mexico, sentence arbitrale UNCITRAL du 15 novembre 2004, para. 103. Cf., en outre, CMS Gas Transmission Cie v. Argentina, sentence arbitrale CIRDI du 12 mai 2005, para. 273-277.

l'Etat de territorialité se conforme au droit international pour interdire le travail forcé, le travail des enfants ainsi que l'esclavage ou la servitude, l'attente légitime de l'investisseur se traduit par un comportement qui ne transgresse pas la prohibition posée par le droit interne en vertu du droit international. Ainsi en vaut-il du respect des droits de l'homme ayant un caractère fondamental: jus cogens ou erga omnes.

Cependant, si l'intégration des droits de l'homme dans le droit des instruments internationaux en matière d'investissement ne s'opère que de manière défectueuse, la question est de savoir dans quelle mesure il serait possible de se prévaloir des droits de l'homme comme un moyen de défense à l'occasion de procédures contentieuses arbitrales.

## II: LES DROITS DE L'HOMME COMME MOYEN DE DEFENSE DANS L'ARBITRAGE RELATIF AUX INVESTISSEMENTS

Lorsqu'il apparaît qu'une partie à une convention ou à un contrat d'Etat en matière d'investissement ne peut pas se prévaloir des normes touchant à la protection des droits de l'homme en tant que règles de droit international applicables aux relations des parties en vertu de la convention ou du contrat d'Etat, cette partie pourrait-elle invoquer les normes de droits de l'homme comme un moyen de défense?<sup>(50)</sup> Les juridictions arbitrales qui ont été saisies de cette

question y ont apporté des réponses divergentes. Certaines ont pris en compte les droits de l'homme (A) tandis que d'autres ont tout simplement rejeté toute prétention à rendre les droits de l'homme applicables aux différends en cause (B). Dans l'une ou l'autre perspective, la problématique est celle de savoir s'il existe une convergence entre les droits de l'homme et le droit des investissements ou si les deux matières se retrouvent dans un rapport d'exclusion l'une de l'autre.

### A: LA PRISE EN COMPTE DES DROITS DE L'HOMME

Dans cette perspective, les droits de l'homme vont jouer un rôle dans la résolution du différend dont est saisi le tribunal arbitral. En ce sens, il va y avoir une interaction entre les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux. Cette application concurrentes des droits de l'homme et du droit des investissements peut être perçue comme une tentative d'unifier le droit international<sup>(51)</sup>. Le Professeur DUPUY avait souligné cette interaction quand il notait que: «As the rights of aliens, including their economic rights linked to property, can to a large extent, be perceived as the precursors of human rights, notwithstanding... their much narrower basis - that of nationality as opposed to the inherent character of the right born by individuals - it is not surprise to find not only apparent but also clearly substantial similarities between the two sets of

(50) Cf. J. H. FAHNER and M. HAPPOLD, « The Human Rights Defence in International Investment Arbitration: Exploring the Limits of Systemic Integration », ICLQ, 2019, Pp. 741-759.

(51) Voir P.-M. DUPUY, « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case International Investment Law and Human Rights Law, in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E. U. PETERSMANN, Human Rights in International Investment Law and Arbitration, OUP, 2009, Pp. 45-62.

rights, for instance between a number of principles aimed at safeguarding the investor's interest and human rights principles pertaining to international civil and economic rights»<sup>(52)</sup>. Cette conciliation revient à introduire une certaine cohérence dans l'interprétation des normes du droit international. La démarche entreprise repose, par conséquent, dans l'interprétation des clauses du contrat d'Etat ou de la convention d'investissement applicable dans les rapports entre les parties. Il y a donc lieu d'examiner les sentences arbitrales ayant adopté cette perspective avant d'en analyser les limites.

i)- LES SENTENCES ARBITRALES PERTINENTES. La conciliation entre les droits de l'homme et le droit des investissements se retrouve dans la sentence arbitrale rendue dans le différend entre Hesham Talaat et l'Indonésie<sup>(53)</sup>. Dans cette affaire, le tribunal arbitral devait analyser les obligations de l'Etat de territorialité en vertu de la clause de traitement juste et équitable contenue dans la contrat. Cet examen allait être entrepris au regard des droits de l'homme consacrés par le Pacte international des droits civils et politiques. A cet égard, le

tribunal arbitral devait noter que : «the rights enshrined within the ICCPR represent the basic minimum set of civil and political rights recognized by the world community»<sup>(54)</sup>. Aussi le tribunal conclura-t-il que l'investisseur étranger n'a pas bénéficié d'un traitement juste et équitable conformément aux droits prévus dans le Pacte international sur les droits civils et politiques<sup>(55)</sup>. Il convient de relever que dans cette affaire, l'investisseur était de nationalité saoudienne. Or, l'Arabie Saoudite n'est pas une partie au Pacte international sur les droits civils et politiques auquel l'Indonésie est liée. Il en résulte que les règles consacrées par ce Pacte trouvaient leur application dans les rapports entre les parties ; en tous les cas, l'Indonésie ne pouvait ignorer les obligations qui s'imposaient à elle en tant que partie liée par le Pacte.

L'approche adoptée par le tribunal arbitral dans cette affaire montre que l'appréciation des règles pertinentes de droit international ne se fait pas au regard de son application aux deux parties en cause. Autrement dit, il n'est pas indispensable, pour être applicable, que la règle en cause soit en vigueur dans les relations entre toutes les parties<sup>(56)</sup>. Il suffit

(52) P.-M. DUPUY, « Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », op. cit., Pp. 49-50. Voir également, P.-M. DUPUY, L'unité de l'ordre juridique international, RCADI, 2003, vol. 297; T. NELSON, « Human Rights Law and BIT Protection: Areas of Convergence », JWIT, 2011, p. 27.

(53) Affaire Hesham Talaat M. Al-Warraaq v. Indonesia, sentence arbitrale UNCITRAL du 15 décembre 2014. Voir aussi L. COTULA, « Human Rights and Investor' Obligations in Investor-States Arbitration », JWIT, 2016, p. 148 et s.

(54) Hesham Talaat M. Al-Warraaq v. Indonesia, sentence arbitrale UNCITRAL du 15 décembre 2014, para. 559.

(55) Hesham Talaat M. Al-Warraaq v. Indonesia, sentence arbitrale UNCITRAL du 15 décembre 2014, para. 621.

(56) Sur la notion de partie, cf. U. LINDERFALK, « Who Are the Parties? Article 31, paragraph 3 (c) of the 1969 Vienna Convention and the Principle of Systemic Integration Revisited », NILR, 2008, p. 343.

seulement que la norme de droits de l'homme en cause soit en vigueur à l'égard d'une partie pour qu'elle reçoive son application dans la cause. Car, il s'agit, dans ce cas, d'une norme de droit international pertinente<sup>(57)</sup>

Dans la mesure où la règle de droit international pertinente consacre une norme touchant à la protection des droits de l'homme, le tribunal arbitral est susceptible de retenir son application dans le différend dont il est saisi. C'est en ce sens qu'un tribunal arbitral avait souligné que : «Provisions in human rights instruments dealing with the right to fair trial and any judicial practice thereto are relevant to the interpretation of the concept of a fundamental rule of procedure as used in article 52(1)(d) of the ICSID convention»<sup>(58)</sup>.

C'est une autre sentence CIRDI qui allait exactement souligner l'interaction des droits de l'homme et le droit des investissements internationaux. Ainsi, dans l'affaire Sempa Energy International, le tribunal arbitral devait noter que : «this debate raises the complex relationship

between investment treaties, emergency and human rights of both citizens and property owners»<sup>(59)</sup>.

Il y a lieu de souligner que la question de l'application des normes de droit international peut résulter de la demande de l'Etat partie au différend ou de la requête d'un amicus curiae. Et le tribunal arbitral peut lui-même relever cette application, puisqu'il s'agit du droit qu'il est conduit à appliquer au différend. Il n'est, par conséquent, pas surprenant que le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire Tecmed ait pu considérer que les normes de droits de l'homme contenues dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme devaient trouver leur application en même temps que les normes consacrées par la Convention inter-américaine des droits de l'homme<sup>(60)</sup>. C'est donc en vertu de ces deux sources et de la jurisprudence développée par la cour européenne des droits de l'homme et la cour inter-américaine des droits de l'homme que le tribunal arbitral s'appesantira pour apprécier l'existence de l'expropriation indirecte<sup>(61)</sup>.

(57) Voir également l'affaire *Biwater Gauff (Tanzania Ltd) v. Tanzania*, sentence arbitrale CIRDI requête de l'amicus curiae du 26 mars 2006, para. 96. Dans sa requête, l'amicus curiae invoquait l'application de la Charte africaine des droits et bien être des enfants à laquelle la Tanzanie est partie et non pas le Royaume-Uni. Mais dans sa sentence en date du 24 juillet 2008, le tribunal arbitral devait rejeter la demande de l'amicus curiae.

(58) Affaire *Urbaser SA and Consorcio de Aguas Bilbao v. Argentina*, sentence arbitrale CIRDI, du 8 décembre 2016, para. 1200.

(59) Affaire *Sempa Energy International v. Argentina*, sentence arbitrale CIRDI, du 28 septembre 2007, para. 332.

(60) *Técnicas Medio ambientales Tecmed v. Mexico*, sentence arbitrale CIRDI du 29 mai 2003, para. 116.

(61) *Técnicas Medio ambientales Tecmed v. Mexico*, sentence arbitrale CIRDI, du 29 mai 2003, 116. Le tribunal arbitral retiendra, à cet égard, que le principe de proportionnalité et du traitement différencié entre traitement des nationaux et des non-nationaux, tel que consacré par la Cour européenne des droits de l'homme étaient applicables en la cause. Voir, en outre, L. CAFLISCH, « Arbitrage et protection des droits de l'homme dans le contexte européen », in *Mélanges J.-M. Jaquet*, Paris LexisNexis, 2013, Pp. 75-92.

De la même façon, dans le différend ayant opposé Saipem au Bangladesh, le tribunal arbitral avait considéré que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme constituait un cadre approprié pour servir de droit applicable aux fins de la résolution dudit différend. A cette fin, le tribunal arbitral notera que les droits qui avaient leurs sources dans des décisions judiciaires représentaient aussi des propriétés protégées. Celles-ci étaient susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'expropriation sur laquelle le tribunal arbitral pouvait exercer sa juridiction<sup>(62)</sup>.

C'est cette même démarche qu'adoptera le tribunal arbitral constitué dans le différend entre Mondev et les Etats-Unis. Alors même qu'il s'agissait d'un tribunal arbitral intervenant dans le cadre de l'ALENA et que le litige ne concernait nullement une entité de l'Union européenne, la sentence arbitrale se fondera sur la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme. C'est ainsi que les principes développés par la Cour en matière de non-rétroactivité de la législation pénale ainsi qu'en ce qui concerne les immunités d'Etat et l'accès aux juridictions serviront au tribunal arbitral pour résoudre le différend dont il était saisi<sup>(63)</sup>.

Il reste que le tribunal arbitral constitué dans le différend entre Véolia Propriété et l'Egypte illustre l'exemple d'une sentence arbitrale dans laquelle le tribunal arbitral s'est départi de la clause de

stabilité pour rejeter les demandes de l'investisseur privé étranger<sup>(64)</sup>. En effet, dans ce différend, la convention bilatérale d'investissement en date de 1974 entre la France et l'Egypte prévoyait des compensations en cas de dommage résultant pour l'investisseur étranger de changement de législation ou de réglementation dans l'Etat de territorialité. Précisément, c'est en vertu de cette clause conventionnelle que se fondait la société Véolia Propriété pour articuler des demandes à l'encontre du gouvernement égyptien. Celui-ci avait usé de son pouvoir de modification unilatérale pour changer sa législation du travail aux fins d'augmenter les salaires des employés dans le secteur en cause. C'est, par conséquent, par voie d'exception que l'Egypte s'opposait aux prétentions de l'investisseur privé étranger. De fait, l'Egypte excipait les droits de l'homme pour justifier l'augmentation des salaires décidée par la législation interne. Quoique la sentence demeure secrète, il n'en reste pas moins que, en rejetant la demande de l'investisseur privé étranger, le tribunal arbitral se situe dans la tendance à consacrer les droits de l'homme utilisés comme un moyen de défense.

ii)- LE RAISONNEMENT DES TRIBUNAUX ARBITRAUX. Il convient d'observer que cette jurisprudence arbitrale est fondée sur le fait qu'il n'existe pas de différence entre les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux.

(62)Affaire Saipem Spa v. Bangladesh, compétence et mesures provisoires, sentence arbitrale CIRDI du 17 mars 2007, para. 130

(63)Affaire Mondev International Ltd v. United States of America, sentence arbitrale CIRDI du 11 octobre 2002, ILM, 2003, p. 85, para. 138 et para. 141-148.

(64)Affaire Véolia Propriété v. Egypt, sentence arbitrale CIRDI du 25 mai 2018 (n°ARB/12/15). La sentence n'a pas été publiée.

Le droit des investissements étrangers exerce une réelle influence sur les droits de l'homme et vice et versa. Il est certain que lorsque l'Etat de territorialité intervient dans le cadre de son droit interne pour assurer l'effectivité des droits de l'homme, les mesures qu'il est susceptible de prendre vont avoir des effets sur les investissements étrangers au sein de cet Etat. Or, le droit international fait obligation à l'Etat de se conformer à ses engagements internationaux. En effet, en vertu de telles obligations internationales, l'Etat de territorialité est tenu de prévenir et de faire cesser toutes les violations des droits de l'homme. Ainsi, tout manquement de l'Etat à cet effet est-il de nature à entraîner sa responsabilité internationale. Il n'est donc pas surprenant que les Etats aient pu se prévaloir des droits de l'homme à l'occasion des différends relatifs aux investissements étrangers. C'est, par conséquent, à un équilibre entre les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux qu'il y a lieu d'établir et, justement, la jurisprudence arbitrale qui retient les droits de l'homme en l'occurrence semble parvenir à cette proportionnalité. Tel n'est pas le cas des sentences arbitrales qui rejettent ou excluent les droits de l'homme dans les différends portant sur des investissements internationaux.

## **B: LA MISE A L'ECART DES DROITS DE L'HOMME**

La mise à l'écart des droits de l'homme dans les différends relatifs aux investissements étrangers part du postulat suivant lequel ces deux domaines sont exclusifs l'un de l'autre. Il faut, dès l'abord, écarter la sentence arbitrale rendue dans le contentieux entre Siemens et l'Argentine. Dans cette affaire, le tribunal arbitral avait retenu que l'Argentine n'ayant pas développé sa défense quant aux droits de l'homme et à défaut d'argumentation émanant des deux parties relativement aux droits de l'homme, il ne pouvait donc établir de lien entre la question des droits de l'homme et le fond du différend<sup>(65)</sup>. Ce sont donc les autres sentences arbitrales qui vont marquer la tendance au rejet des droits de l'homme. Cette tendance est contredite par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme.

i) - LE REJET DES DROITS DE L'HOMME. A l'inverse, les autres sentences arbitrales rendues dans les divers contentieux impliquant l'Argentine témoignent de cette tendance des juridictions arbitrales à établir une distinction entre les droits de l'homme et le droit des investissements étrangers. C'est ainsi que dans l'affaire Azurix où l'Argentine

(65) Affaire Siemens A.G. v. Argentina, sentence arbitrale CIRDI, du 17 janvier 2007, para. 79. S'agissant de la compensation due à Siemens AG en raison de l'expropriation, l'Argentine soutenait que le critère de l'évaluation ou la valeur juste du marché ne devait pas s'appliquer en s'appuyant sur la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme fondée sur un équilibre entre le but et la proportionnalité des mesures prises à l'encontre de l'investisseur étranger. Mais, le tribunal arbitral allait considérer que l'article premier du 1er Protocole de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme autorisait une marge d'appréciation que ne consacrait pas le droit international ou le droit des investissements. Cf. affaire Siemens AG v. Argentina, sentence arbitrale CIRDI du 17 janvier 2007, para. 346-356. Sur la marge d'appréciation, voir S. SHANY, « Towards a General Margin of Appreciation in International Law Doctrines », EJIL, 2006, p. 907 et s.

justifiait sa décision d'utiliser son pouvoir de modification unilatérale par la nécessité d'assurer la protection des consommateurs, le tribunal arbitral devait conclure à l'incompatibilité entre les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux<sup>(66)</sup>. Une analyse identique sera adoptée par le tribunal arbitral dans le différend *Cia de Aguas*. Dans sa sentence arbitrale, le tribunal arbitral n'a pas consacré le recours aux droits de l'homme fondés sur le droit à l'eau<sup>(67)</sup>.

Il y a lieu de relever que si des sentences arbitrales ont pu prendre en considération des obligations édictées dans d'autres conventions internationales pour fonder des solutions en matière de contrat d'investissement, c'est généralement en raison de l'accord de toutes les parties pour l'application des normes émanant de ces conventions<sup>(68)</sup>. Mais en l'absence d'un tel consentement, les tribunaux arbitraux se montrent réticents à adopter une démarche d'unification entre les droits de l'homme et le droit des investissements. C'est donc le droit des investissements étrangers qui est privilégié au détriment des droits de l'homme. Cette priorité au droit des investissements s'est vérifiée

dans le différend *Biloune c. Ghana*. Dans cette affaire, le tribunal arbitral allait considérer que sa compétence était limitée aux aspects relatifs à l'investissement étranger et au différend consécutif au contrat d'Etat entre les parties. Cette compétence ne s'étendait pas aux violations des droits de l'homme<sup>(69)</sup>. A cet effet, le tribunal arbitral déclarait que : «long-established customary international law requires that a State accord foreign nationals within its territory a standard of treatment no less than that prescribed by international law. Moreover, contemporary international law recognizes that all individuals, regardless of nationality, are entitled to fundamental human rights... which no government may violate. Nevertheless, it does not follow that this tribunal is competent to pass upon every type of departure from the minimum standard to which foreign nationals are entitled, or that this tribunal is authorized to deal with allegations of violations of fundamental human rights»<sup>(70)</sup>.

Un autre tribunal arbitral retiendra cette même démarche. Ainsi dans l'affaire opposant *Houben au Burundi*, le tribunal arbitral optera pour une approche consis-

(66) *Affaire Azurix v. Argentina*, sentence arbitrale CIRDI du 14 juillet 2006, para. 254-261.

(67) *Affaire Compania de Aguas del Aconquija SA (AdA) et Cie Générale des eaux v. Argentina*, sentence arbitrale CIRDI du 21 novembre 2000, para. 299. Décision d'annulation ARB/97/3, para. 95 et 112. Cf., en outre, M. DENNIS and D. STEWART, « Justiciability of Economic Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? », *AJIL*, 2004, n° 462 et s.; V. BARRAL, « Towards Judicial Coordination for Good Water Governance? », *ICLQ*, 2019, Pp. 931-959.

(68) Voir l'affaire *Southern Pacific Properties Ltd v. Egypt*, sentence arbitrale CIRDI du 20 mai 1992, *ILM*, 1993, p. 933. En l'espèce, les parties avaient consenti à l'application de la convention de l'UNESCO sur la protection du patrimoine culturel mondial.

(69) *Affaire Biloune v. Ghana*, sentence arbitrale du 27 octobre 1989 et 30 juin 1990, *ILR*, 1993, para. 187 et para. 203.

(70) *Affaire Biloune v. Ghana*, sentence arbitrale, du 30 juin 1990, para. 203.

tant à écarter les droits de l'homme dans la solution du différend<sup>(71)</sup>. Dans ce différend, l'Etat de territorialité se prévalait des droits de l'homme pour justifier son abstention à empêcher l'occupation des propriétés de monsieur Houben. Mais le tribunal arbitral rejettera cette analyse. Selon le tribunal arbitral, «la question n'est pas de savoir si le Burundi était d'expulser les usurpateurs après que ces derniers furent entrés en possession du terrain, ni si leur expulsion, une fois les habitations construites, aurait été contraire au droit international des droits de l'homme, mais si le Burundi a pris les mesures nécessaires pour empêcher, a priori, que ces usurpateurs ne prennent possession du terrain. Les circonstances de fait décrites ci-dessus démontrent que tel n'est pas le cas»<sup>(72)</sup>.

Dans toutes ces situations, les sentences arbitrales ont opté de privilégier l'application des droits investissements au détriment des droits de l'homme. Il a pu être noté que cette priorité donnée au droit des investissements internationaux

s'expliquerait par la situation asymétrique existant entre les Etats et les individus. Car «States are in a superior position vis-à-vis individuals and foreign investors. Thus, for example, States may unilaterally change the domestic law applicable to these non-States actors, and they are in a better position to influence changes in international law»<sup>(73)</sup>.

Mais cette tendance de la jurisprudence arbitrale est contraire au sens que retient les Guiding Principles on Business and Human Rights<sup>(74)</sup>. En effet, les Guiding Principles sont articulés autour de trois piliers. D'une part, il y a l'obligation de l'Etat de protéger contre les violations des droits de l'homme par les tierces parties, y compris les entreprises. D'autre part, les Guiding Principles posent le principe de la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Enfin, les Guiding Principles soulignent la nécessité de prévoir les recours ouverts aux victimes des violations des droits de l'homme<sup>(75)</sup>.

(71) Affaire Houben c. Burundi, sentence arbitrale CIRDI du 12 janvier 2016.

(72) Affaire Houben c. Burundi, sentence arbitrale CIRDI du 12 janvier 2016, para. 177. Le Burundi prétendait que le procureur ne pouvait expulser les occupants dès lors que ceux-ci avaient érigé des habitations sur le terrain en cause et qu'ils étaient protégés par l'article 17 du Pacte international des droits civils et politiques.

(73) M. HIRSCH, « Investment Tribunals and Human Rights "Divergent Paths" », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E. U. PERTERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, op. cit. p. 98. L'auteur poursuivait ainsi « consequently, legal rules and institutions developed in these spheres strive to compensate the inferior position of individuals and investors under the domestic law by enhancing legal protection at the international level », Ibid. Pp. 98-99.

(74) Cf. United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporates and other business enterprises, John Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations*, UNHRC, 17 th Sess. UNDoc A/HRC/17/31(2011).

(75) Ces Guiding Principles ont déjà été consacrés en jurisprudence. Cf. sentence arbitrale en l'affaire Urbaser SA and consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v. Argentina, sentences arbitrales CIRDI du 19 décembre 2012 et 8 décembre 2016.

ii)- MAIS UNE POSITION CONTRAIRE: LA CEDH. Les juridictions compétentes régionales compétentes en matière de protection des droits de l'homme ont, en revanche, adopté une position consistant à intégrer la protection des investissements dans la protection des droits de l'homme. Qu'il s'agisse des droits économiques ou des droits non- économiques, ces juridictions ont toujours assuré la même protection lorsqu'elles ont été saisies<sup>(76)</sup>; Cette approche unificatrice s'explique par le fait que les instruments juridiques qui définissent la compétence *ratione materiae* de ces juridictions régionales en matière des droits de l'homme mettent sur le même plan la protection des droits économiques et la protection des droits non-économiques. Il s'ensuit que la juridiction saisie se détermine librement sur l'une ou l'autre catégorie des droits en cause.

Toutefois, il y a lieu de souligner

que, dans le cadre de la CEDH, cette compétence de la cour implique l'auteur de la violation ou de l'atteinte aux droits de l'investisseur étranger soit un Etat membre de la convention<sup>(77)</sup>. En tous les cas, la cour européenne des droits de l'homme a particulièrement indiqué que la convention assurait la protection des actionnaires de la société<sup>(78)</sup>. Et une telle protection trouve son fondement dans l'article 1er du premier Protocole additionnel<sup>(79)</sup>. Cependant, si le droit international protège les investissements, la cour européenne des droits de l'homme assure la protection de la propriété et des biens<sup>(80)</sup>. Ainsi, dans ce cadre, la protection des droits des investissements revient-elle à protéger le droit de propriété<sup>(81)</sup>. Il s'ensuit que droit de l'homme et droit des investissements bénéficient de la même protection en vertu de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

(76) Voir, P. de SERNA, « Economic and Non-economic Values in the Case Law of the European Court of Human Rights », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E. U. PERTERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, op. cit. Pp. 208-218; P. NIKKEN, « Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI and E. U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, op. cit. Pp. 246-271

(77) Voir C. SCHREUER and U. KRIEBAUM, « The Concept of Property in Human Rights and International Investment Law », *Mélanges Luzius WILDHABER*, 2007, Pp.752-758.

(78) Cf. Commission des droits de l'homme, *Bramelid & Malmström v. Suède*, n°8588/79; CEDH, *Lithgow and aii. v. Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1986, série A, n° 102; CEDH, *Marini v. Albanie*, arrêt du 18 décembre 2007, n°3738/02.

(79) Il convient de noter que cette protection restreint l'action des actionnaires au profit de celle de la société elle-même. Cf. CEDH, *Agrotexim et a. c. Grèce*, arrêt du 24 octobre 1995, série A, n° 330-A.

(80) CEDH, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31; CEDH, *Anheuser-Bresch Inc. c. Portugal*, arrêt du 11 janvier 2007. Voir en outre, H. FABRI RUIZ, « The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for Regulatory Expropriation of the Property of Foreign Investors », *NYU Environmental Law Journal*, 2003, Pp. 148-173.

(81) L. CAFLISCH, « Arbitrage et protection des droits de l'homme dans le contexte européen », in *Mélanges J.-M. Jacquet*, Paris, LexisNexis, 2013, Pp. 75-92.