



Mémoire de Master 2

DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

Année universitaire 2022-2023

**LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT DANS LES ACCORDS
INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENT**

Clémence CANTIN

Sous la direction de Monsieur le Professeur Antony TAILLEFAIT

Jury :

Antony TAILLEFAIT

Professeur de Droit Public à l'Université d'Angers

Arnaud BERNARD DE LAJARTRE

Maître de Conférences en Droit Public à l'Université d'Angers

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes remerciements en premier lieu à Monsieur le Professeur Antony TAILLEFAIT, pour avoir accepté d'encadrer la rédaction de mon mémoire, pour sa disponibilité et ses précieux conseils. Je remercie également Monsieur Arnaud BERNARD DE LAJARTRE d'avoir accepté d'être membre du jury d'évaluation de ce travail.

Je remercie de même Madame la Professeure ROBERT-CUENDET pour m'avoir permis d'accéder à ses écrits, qui m'ont grandement aidé dans ma réflexion, ainsi que Maître Pierre Olivier Savoie pour ses nombreuses recommandations.

Enfin, je remercie très chaleureusement mes camarades et ma famille pour leur soutien et leur aide précieuse tout au long de la réalisation de ce travail.

SOMMAIRE

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS

INTRODUCTION

Partie 1. L'intégration progressive d'une rationalité environnementale dans les AII, catalyseur d'une transformation profonde du cadre conceptuel..... 15

Chapitre 1. Investissement et environnement : vers de nouveaux rapports de systèmes 16

Chapitre 2. L'applicabilité novatrice du droit de l'environnement aux investisseurs au soutien d'un rééquilibrage des responsabilités..... 33

Partie 2. L'environnement comme limite : redéfinir le périmètre de la protection conventionnelle des investissements 45

Chapitre 1. L'apparition de mécanismes d'exclusion toujours plus larges, un développement normatif à encadrer 46

Chapitre 2. Combattre le mal à la racine : mettre fin à la conception libérale des standards de protection 62

CONCLUSION

TABLE DES MATIERES

LISTE DES ABREVIATIONS

1. INSTRUMENTS CONVENTIONNELS

AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AII	Accords Internationaux d'Investissement
ALE	Accord de Libre Echange
ALENA	Accord de libre-échange Nord-Américain
ACEUM	Accord Canada – Etats Unis - Mexique
CCNUCC	Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques
CETA	Accord économique global conclut entre l'Union européenne et le Canada
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
TBI	Traité Bilatéral d'Investment
TCE	Traité sur la Charte de l'Energie
TDI	Traité contenant des Dispositions relatives aux Investissements

2. INSTITUTIONS ET ORGANISATIONS INTERNATIONALES

CARIFORUM	Forum Caraïbéen des Etats de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique
CEDEAO	Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPA	Cour permanente d'arbitrage
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
GIEC	Groupe d'expert intergouvernemental sur l'évolution du climat
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IIED	International Institute for Environment and Development

ISDS	Investor-State Dispute Settlement
ISO	Organisation internationale de normalisation
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
UNCTAD	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
UE	Union européenne
UEBL	Union économique Belgo-Luxembourgeoise

3. ABRÉVIATIONS

art.	Article
aff.	Affaire
c.	Contre
dir.	Sous la direction
doc.	Document
ed.	Editions
et al.	<i>Et aliiqui</i>
ex.	Exemple
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
No.	Numéro
not.	Notamment
<i>op.cit</i>	<i>Opus citatum</i>
p.	Page
pp.	Pages
<i>prec.</i>	<i>Précité</i>
Prof.	Professeur, Professeure

Rec.	Recueil
RES.	Résolution
t.	Tome
Vol.	Volume

4. AUTRES

EDIT	Electronic Database of Investment Treaties
LGDJ	Librairie générale du droit et de la jurisprudence
NPF	Nation la Plus Favorisée
RDIE	Règlement des Différends Investisseur-Etat
SCC	Stockholm Chamber of Commerce

INTRODUCTION

Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément.

Déclaration de Rio, Principe No. 4, 1992.

Depuis la révolution industrielle, l'humanité est entrée dans l'ère anthropocène, une « nouvelle époque géologique qui se caractérise par l'avènement des hommes comme principale force de changement sur Terre »¹. Le dérèglement climatique, manifestation symptomatique de cette transformation², met en péril les conditions de vie humaine.

L'urgence climatique ne fait aujourd'hui plus de doute³. La société civile⁴, les Etats⁵ et, d'une manière plus générale, l'ensemble de la communauté internationale⁶, s'inquiètent des niveaux alarmants de pollution, affirment faire de la protection de l'environnement et de la lutte contre le dérèglement climatique une priorité⁷, et multiplient les engagements internationaux en ce sens. Pourtant, le constat est celui d'une forme de « *procrastination* »⁸ des pouvoirs publics, une incapacité à agir efficacement sur les problématiques socio-économiques et juridiques liées au dérèglement climatique⁹.

L'une des explications à cette inertie, soulevée régulièrement tant dans le contentieux¹⁰ que

¹ F. GEMENNE, M. DENIS, « Qu'est-ce que l'Anthropocène », in : *Vie Publique*, 8 octobre 2019, [en ligne], consulté le 24 mai 2023.

² B. ALEX, « Changement climatique, l'enjeu géopolitique majeur de l'anthropocène », in : *Diplomatie*, No. 76, Institut de relations internationales et stratégiques, 2015, p. 1

³ C. COURNIL (dir.), *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1,5 »*, Pedone, 2021, p.17.

⁴ Voir notamment : GIEC, Rapport spécial sur les conséquences du réchauffement planétaire de 1,5 °C, 2022.

⁵ S. MASTRANDREAS, « La Nouvelle-Zélande déclare l'état d'urgence climatique », in : *Les Echos*, 2 décembre 2020, [en ligne], consulté le 25 mai 2023 ; PE, Communiqué de presse, « Le Parlement européen déclare l'urgence climatique », 28 novembre 2019, [en ligne], consulté le 25 mai 2023.

⁶ PNUE, *Adaptation Gap Report*, 1^{er} Novembre 2022.

⁷ ONU, Report of the Conference of the Parties on its twenty-seventh session (CPO27), held in Sharm el-Sheikh from 6 to 20 November 2022, Sharm el-Sheikh Implementation Plan, FCCC/CP/2022/10/Add.1, 17 mars 2023.

⁸ C. COURNIL (dir.), *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1,5 »*, *op.cit.*, p.18.

⁹ S. C. AYKUT, « Le climat et l'Anthropocène – Cadre, agentivité et politique climatique mondiale après Paris » in : R. BEAU (dir.), C. LARRERE (dir.), *Penser l'Anthropocène*, Presses de Sciences Po, 2018, p. 500.

¹⁰ A. FROSCHE, W. GIEMZA, « Current Trends in the Investment Environmental Jurisprudence and Predictions for Investment Disputes Involving Climate Change », in *Transnational Dispute Management*, OGEMID, 2023, p. 2.

par la doctrine¹¹, est le problème fondamental de la confrontation entre le droit international des investissements et le droit de l'environnement. Au cœur des projets actuels de réforme du système de réglementation des investissements étrangers, les préoccupations environnementales n'ont pourtant pas immédiatement¹² été prises en compte dans les instruments conventionnels de protection des investissements¹³. Si ces deux systèmes ont connu d'importants développements normatifs à partir des années 1990, c'est dans un premier temps de manière isolée qu'ils ont été conceptualisés¹⁴. Cette fragmentation initiale rend difficile l'articulation des droits et obligations qui découlent de ces deux ordres juridiques.

Bien qu'il n'existe aucune définition juridique universellement de la notion d'investissement, il est admis que ce terme comprend, d'une part, l'action d'investir, c'est-à-dire la création, le développement ou le financement d'une activité économique¹⁵, et, d'autre part, le résultat de cette action, soit les « *biens, droits et actifs divers affectés directement ou indirectement par l'investisseur étranger à une activité de production ou de distribution en vue d'en retirer des bénéfices* »¹⁶. Le droit international des investissements vise donc à protéger et promouvoir aussi bien la capacité d'action de l'investisseur que les actifs qu'il tire de son activité.

Depuis, la sentence *AAPL c. Sri Lanka*¹⁷, le système juridique de protection des investissements étrangers repose essentiellement sur un réseau hétérogène et complexe de traités bilatéraux d'investissements (« TBI »), complété par d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux contenant des dispositions relatives aux investissements (« TDI ») comme les accords de libres échanges (« ALE »)¹⁸. L'ensemble de ces accords sont regroupés par la doctrine sous l'appellation « accords internationaux d'investissements » (« AII »).

¹¹ L. DELABIE, « Les investissements internationaux dans les accords environnementaux multilatéraux », in : S. ROBERT-CUENDET (dir.) et al., *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, Bruylant, 2017, p. 136.

¹² UNCTAD, *The International Investment Treaty Regime and Climate Action*, IIA Issues Note, No. 3, 2022, p. 1

¹³ *Idem*.

¹⁴ Voir pour l'une des premières résolutions onusienne mettant en évidence ces interactions : ONU, ECOSOC, RES. 1991/55, Recommandations faites par la Commission des sociétés transnationales à sa dix-septième session et contribution de la Commission aux préparatifs de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 26 juillet 1991.

¹⁵ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 613.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ CIRDI, aff. No. ARB/87/3, *AAPL c. République du Sri Lanka*, Sentence Finale, 27 juin 1990, §76, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1990, p. 558. La doctrine mentionne souvent cette sentence comme marquant la naissance du droit contemporain des investissements internationaux, en fondant le consentement de l'Etat hôte à l'arbitrage d'investissement non pas sur un contrat d'Etat conclut directement avec un investisseur, mais sur un traité le liant à l'Etat d'origine de l'investisseur, voir en ce sens : A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3^{ème} ed., Pédone, 2020, pp. 51-53.

¹⁸ C. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pédone, 2015, pp. 91-110

Les TBI, principalement, et les TDI, de manière plus accessoire¹⁹, ont pour rôle de définir et de délimiter la protection substantielle accordée aux investisseurs étrangers et, ce faisant, de définir un équilibre entre les droits consacrés et l'espace réglementaire restant aux Etats²⁰. A ce jour, 3268 AII ont été conclus²¹, 1257 arbitrages ont été engagés par des investisseurs sur ces fondements²², et 175 des affaires portées devant un tribunal ont eu pour objet la contestation de mesures nationales adoptées en matière environnementale ou climatique²³.

En parallèle de la prolifération des instruments conventionnels de protection des investissements et des arbitrages engagés par les investisseurs, le droit international de l'environnement, c'est-à-dire la branche du droit international ayant pour objet de « *protéger la biosphère contre les détériorations majeures et les déséquilibres qui pourraient en perturber le fonctionnement normal* »²⁴, a également connu d'importants développements normatifs. D'abord très technique et sectoriel, il s'est progressivement élargi à des considérations plus globales. Les systèmes nationaux et régionaux ont suivi ce mouvement et ont incorporé dans leurs ordres juridiques des réglementations relatives à la protection de l'environnement et à la lutte contre le dérèglement climatique.

La dissociation conceptuelle initiale entre protection de l'environnement et protection des investissements étrangers est mise à mal par la réalité de l'impact des investissements sur l'environnement, en particulier dans les secteurs de l'exploitation minière²⁵ et des énergies fossiles²⁶: 89% des émissions de gaz à effet de serre proviennent de l'industrie et de la consommation des combustibles fossiles²⁷.

Depuis l'adoption de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques en 1992 (« CCNUCC »), puis de l'Accord de Paris en 2015, la communauté internationale s'est engagée à maintenir le réchauffement de la planète en deçà de 2 degrés Celsius par rapport aux niveaux préindustriels, tout en poursuivant les efforts pour ne pas

¹⁹ *Idem*.

²⁰ K. GORDON, J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey », in : *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2011, p. 7.

²¹ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, [en ligne], consulté le 25 août 2023.

²² UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator*, [en ligne], consulté le 23 mai 2023.

²³ UNCTAD, « Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement cases and Climate Action », *op.cit.*, 2022.

²⁴ A.C. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, p. 13, cité par : J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 383.

²⁵ S. MALAN, « How to Advance Sustainable Mining », in : *IISD Earth Negotiations Bulletin*, Brief No. 26, octobre 2021, pp. 2-3.

²⁶ ClientEarth, « Fossil fuels and climate change : the facts », in : *ClientEarth Communications*, 18 février 2022, [en ligne], consulté le 24 mai 2023.

²⁷ S. MALAN, « How to Advance Sustainable Mining », in : *IISD Earth Negotiations Bulletin*, Brief No. 26, octobre 2021, pp. 2-3.

dépasser les 1,5 degrés de réchauffement.

Les engagements pris par les Etats en application de ces accords supposent l'adoption, à l'échelle nationale, de mesures qui sont de nature à porter atteinte à la protection conventionnelle accordée aux investisseurs étrangers. Afin d'atteindre les objectifs fixés à l'échelle internationale, les Etats doivent prendre des mesures environnementales plus ambitieuses telles que la réduction des émissions de gaz à effet de serre (« GES ») et, à l'horizon 2030, l'abandon progressif des combustibles fossiles. Ces mesures peuvent entrer en conflit avec la protection et la promotion des investissements étrangers à fortes émissions.

Or, en accordant aux investisseurs étrangers une protection exorbitante²⁸ et un accès privilégié à un mécanisme arbitral de règlement des différends Investisseur-Etat (« RDIE »), les AII participent au phénomène de dissuasion normative en matière environnementale, ou « gel réglementaire » (« *regulatory chill* »)²⁹ : la crainte³⁰, légitimement fondée³¹, d'être poursuivis devant un tribunal arbitral, procédure longue et coûteuse, et d'être condamné à verser des indemnités excessives³² amène les Etats à retarder l'adoption de politiques environnementalement ambitieuses³³ au détriment des efforts nécessaires à la lutte contre le dérèglement climatique³⁴. A titre d'exemple, les Pays-Bas et le Canada ont récemment adopté de nouvelles réglementations prévoyant l'abandon progressif des énergies fossiles à l'horizon 2030, en application de l'Accord de Paris, et sont poursuivis à hauteur de 2³⁵ et 20³⁶ milliards

²⁸ S. ROBERT-CUENDET, « Spécificités et privilèges dans le droit international de la protection des investisseurs étrangers », in : S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, op.cit., pp. 263-272.

²⁹ K. TIENHAARA, « Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-Stet Dispute Settlement », in: *Transnational Environmental Law*, Vol 7(2), 2018, pp. 233-239.

³⁰ E. MEAGER, « Cop26 targets pushed back under threat of being sued », in : *CapitalMonitor*, 14 janvier 2022, [en ligne], consulté le 25 mai 2023.

³¹ Un certain nombre d'affaires mettant en cause l'adoption de mesures environnementales par l'Etat hôte ont déjà eu un effet dissuasif, voir notamment : CIRDI, aff. No. ARB/09/6, *Vattenfall Europe Generation AG c. République Fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2011, CIRDI, aff. No. ARB/10/7, *Philip Morris Brands Sirl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. c. République Orientale de Uruguay*, 8 juillet 2016.

³² Dans plusieurs affaires dans lesquelles des réglementations environnementales étaient en causes, les tribunaux ont pu accorder aux investisseurs des indemnités particulièrement élevées, voir par ex. : CIRDI, aff. No. ARB/06/11, *Occidental Petroleum Corporation c. République de l'Equateur*, 5 octobre 2012, dans laquelle l'investisseur, une compagnie pétrolière, s'est vu accorder 1,769,625,000 de dollars.

³³ Columbia Center on Sustainable Investment, « Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration – Response by the Columbia Center on Sustainable Investment to the OECD Public Consultation on Investment Treaties and Climate Change », 25 mars 2022, §§10, 13, pp. 4-5.

³⁴ GIEC, Working Group III, contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*, 2022, Full Report, p. 1499.

³⁵ B. WEHRMANN, « RWE sues Netherlands for two billion euros compensation over the state's 2030 coal exit », in : *Clean Energy Wire*, 5 février 2021, [en ligne], consulté le 25 mai 2023.

³⁶ K. TIENHAARA, « How Canada gets sued for billions when fossil fuel companies don't get their way », in : *Sustainable Finance Today*, 31 mai 2023, [en ligne], consulté le 1^{er} août 2023.

de dollars respectivement par des investisseurs actifs dans ce secteur.

Ce phénomène va à l'encontre du principe bien établi d'effectivité (ou « effet utile ») du droit international, qui vise à imposer aux Etats Parties à une convention des obligations « *pratiques et effectives, et non théoriques et illusoires* »³⁷, reflété notamment dans les préambules de la CCNUCC et de l'Accord de Paris³⁸, et fait peser sur les Etats le coût du changement climatique³⁹. Par ailleurs, plusieurs juridictions nationales ont déjà condamné des Etats pour ne pas avoir respecté leurs obligations en matière environnementale et climatique⁴⁰.

Au-delà du problème des limites éthiques d'un positivisme qui accorde des droits exorbitants aux investisseurs au détriment de la raison écologique et sans contrepartie équivalente au bénéfice des Etats Parties aux AII, le défaut d'intégration des considérations climatiques dans les AII et la prévalence d'une rationalité purement économique pose donc également une question de faisabilité juridique.

Le système conventionnel de protection des investisseurs étrangers, tel qu'il est actuellement conçu, est un outil de confirmation du paradigme néolibéral⁴¹, qui contribue à faire de la croissance économique perpétuelle, bien qu'incompatible avec les exigences environnementales et climatiques⁴², un objectif premier. En faisant de « *tout bien* » ou « *tout actif* » détenu par un investisseur étranger un « investissement » protégé dans l'Etat hôte, les AII participent activement au maintien d'un « *squelette du capitalisme mondial* »⁴³.

Ainsi codifiée⁴⁴ la protection dérogatoire accordée aux investisseurs étrangers ne peut être

³⁷ TIDM, *Changement climatique et droit international*, Demande d'avis présentée par le Commission des petits Etats Insulaires, Observations présentées par la République Démocratique du Congo, 13 juin 2023, §87.

³⁸ Voir également les articles 6.8 et 10.5 de l'Accord de Paris.

³⁹ T. RESTREPO RODRIGUEZ, *Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer, 2022, p. 4 ; J. E. STIGLITZ, « Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities », in : *American University International Law Review*, Vol. 23, No. 3, 2007, p. 517.

⁴⁰ Voir par ex. : Tribunal Administratif de Cundinamarca, *Procuraduría General de la Nación y otro c. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otro*, 25000- 2341-000-2022-01551-00, 3 février 2023 ; Tribunal de première instance de Mexico, *Greenpeace Mexico v. Ministry of Energy and Others*, Amparo No. 104/2020, 1^{er} janvier 2023.

⁴¹ Voir généralement : N. PERONNE, « The International Investment Regime After the Global Crisis of Neoliberalism : Rupture or Continuity », in : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 23, Issue 2, Article 8, 2016, pp. 603- 627 ; T. ANANTHAVINAYAGAN, « Critical Perspectives on International Investment Law », *op.cit.*, pp. 3-4 ; E. PRIETO-RIOS, « Neoliberal Market Rationality : The Driver of International Investment Law », in : *Birkbeck Law Review*, Vol. (1), 2016, pp. 55-76.

⁴² Voir généralement : A. FREMSTAD, M. PAUL, « Neoliberalism and climate change : How the free-market myth has prevented climate action », in : *Ecological Economics*, No. 197, 2022, 10 p.

⁴³ K. PISTOR, *Le Code du Capital – Comment la loi fabrique la richesse capitaliste et les inégalités*, Editions du Seuil - Economies Humaines, 2019,39

⁴⁴ *Ibid*, p. 40.

conciliée avec un objectif de protection de l'environnement. Bien que l'impact réel des AII sur les flux d'investissements direct étrangers (« IDE ») soit incertain⁴⁵, la croyance des Etats dans leurs effets bénéfiques sur l'économie nationale les incite à proposer la protection la plus large possible aux investisseurs étrangers. Ce sacre de l'attractivité encourage les Etat à pratiquer le « *dumping environnemental* », c'est-à-dire à limiter ou abaisser les normes environnementales applicables aux investisseurs étrangers.

Un nombre croissant de réflexions doctrinales arguent ainsi de la nécessité d'un changement de paradigme en faveur d'une primauté de la rationalité environnementale sur la rationalité économique⁴⁶ dans les AII au service d'un « verdissement » des modèles économiques actuels⁴⁷. Autrement dit, pour réconcilier les obligations qui s'imposent aux Etats en matière de protection de l'environnement avec leurs engagements envers les investisseurs étrangers, il faut « recoder », et donc reformuler, les AII existants.

L'enjeu de ce « recodage » doit être double : d'une part, il doit viser à rééquilibrer l'asymétrie originelle entre les droits exorbitants accordés aux investisseurs par les AII et les obligations des Etats hôte⁴⁸, de manière à laisser une marge de manœuvre suffisante aux Etats pour qu'ils puissent effectivement réglementer en matière environnementale. D'autre part, il doit également permettre de protéger et de promouvoir les investissements nécessaires à la transition écologique.

En effet, les progrès technologiques opérés dans le secteur de la production d'énergie renouvelable contribuent par exemple à la réduction des GES⁴⁹ et sont indispensables à la transition vers un modèle de développement durable. Or, les IDE dans ces secteurs ne sont pas suffisamment développés pour permettre une véritable transition vers un modèle économique et social plus durable⁵⁰. Le système conventionnel de protection des investissements étrangers

⁴⁵ Certains auteurs affirment que la conclusion de TBI favoriser les flux d'IDE là où d'autres ne trouvent pas de preuve décisive en ce sens. Voir pour un exemple parmi d'autres : M. BUSSE et al., « FDI promotion through bilateral investment treaties : more than a bit ? », in : *Review of World Economy*, 2010, pp. 147-177.

⁴⁶ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », in : C. COURNIL (dir.), *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1.5 »*, Paris, Pedone, 2021, p. 217.

⁴⁷ J. E. VINUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, op.cit., p. 13.

⁴⁸ A. MISTURA, « Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale », in : *Investment Treaty News*, 23 avril 2019, [en ligne], consulté le 5 mai 2023.

⁴⁹ Voir par ex. : D. I. GODIL et al., « Investigate the role of technology innovation and renewable energy in reducing transport sector CO2 emission in China : A path to sustainable development », in : *Sustainable Development*, Wiley, 2021, pp. 1-14.

⁵⁰ M. BRAUCH, Y. TOUCHETTE, A. COSBEY et al., « Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation : Aligning International Investment Law with the Urgent Need for Climate Change Action », in : *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, No. 1, 2019, p. 11

doit servir à protéger les acquis des investisseurs du secteur de la transition écologique, et notamment les mesures incitatives prises par les Etats hôtes.

Il est désormais largement admis⁵¹ que le système conventionnel de protection des investissements étrangers doit faire l'objet d'une réforme afin de corriger l'inadéquation entre la protection dérogatoire accordée aux investisseurs et l'urgence d'agir pour la préservation de l'environnement, dans le contexte de la crise climatique actuelle et à venir. En ce sens, plusieurs Etats ont déjà commencé à moderniser leurs AII, en renégociant ou en adoptant de nouveaux textes plus compatibles avec des objectifs de transition écologique.

Il faut distinguer sur ce point les AII « ancienne génération », majoritairement dépourvus de considérations environnementales, et les AII « nouvelle génération »⁵², qui s'inscrivent au contraire dans une volonté de rééquilibrer la protection accordée aux investisseurs avec la nécessité d'adopter des réglementations plus efficaces et en matière environnementale⁵³. Ces derniers sont plus rares⁵⁴, même parmi les accords les plus récents⁵⁵.

L'étendue de la protection accordée aux investisseurs en vertu d'un AII dépend entièrement de la manière dont les standards de protection des investissements ont été rédigés dans le texte conventionnel. En ce sens, plus la formulation d'un AII est imprécise, plus l'étendue de la protection prévue par l'AII peut être interprétée largement par les tribunaux. Pour certains commentateurs, le système conventionnel actuel est ainsi la « *délégation d'interprétation la plus importante en droit international* »⁵⁶.

C'est donc dans le corps des AII que doit commencer la réforme « *climato-compatible* »⁵⁷ du système conventionnel de protection des investissements. Pour répondre à ce nouveau défi, les Etats doivent modifier leur approche dans l'élaboration des AII⁵⁸, et mieux définir le

⁵¹ A. MISTURA, « Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale », *op.cit.*, [en ligne], consulté le 5 mai 2023.

⁵² L'expression d'AII « nouvelle génération » fait plus généralement référence aux AII adoptés après 2010.

⁵³ M. BRAUCH, Y. TOUCHETTE, A. COSBEY et al., « Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation : Aligning International Investment Law with the Urgent Need for Climate Change Action », *op.cit.*, p. 3.

⁵⁴ 18% des AII répertoriés contiennent au moins une référence à l'environnement, UNCTAD, International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 25 mai 2023.

⁵⁵ UNCTAD, The International Investment Treaty Regime and Climate Action, *op.cit.*, p. 4

⁵⁶ A. VAN AAKEN, « Interpretational Methods as an Instrument of Control in International Investment Law » in : *American Society of International Law, The Effectiveness of International Law*, Vol. 108, p. 196, traduction libre.

⁵⁷ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », in : M. TORRE SCHAUB, *Les risques climatiques à l'épreuve du droit*, Paris, Mare & Martin, à paraître 2023, p. 10.

⁵⁸ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTDI », in : *Journal of International Economic Law*, 2016, No. 19, p. 28.

périmètre de leurs engagements. La question qui se pose alors est la suivante : comment, et dans quelle mesure, est-il possible de formuler les AII de manière à ce qu'ils soient compatibles avec les exigences de protection de l'environnement liés à la crise climatique imminente ?

La convergence entre la protection conventionnelle des investissements et les objectifs de protection de l'environnement est rendue possible par deux approches complémentaires : intégrer dans le texte de l'AII une rationalité environnementale qui leur fait défaut (Partie I), et exclure les questions environnementales de l'application *ratione materiae* des AII (Partie II). L'association de ces deux éléments doit permettre aux AII de s'insérer dans une logique de développement à la fois économiquement viable et écologiquement vivable⁵⁹.

⁵⁹ ONU, *Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement* – « Notre Avenir à tous », 10 mars 1987.

**PARTIE I. L'INTEGRATION PROGRESSIVE D'UNE RATIONALITE
ENVIRONNEMENTALE DANS LES AII, CATALYSEUR D'UNE TRANSFORMATION
PROFONDE DU CADRE CONCEPTUEL**

La réforme des AII doit permettre de mieux appréhender les interférences entre la protection substantielle accordée aux investissements et les préoccupations liées à la dégradation rapide de la situation environnementale et climatique. Pour ce faire, un véritable « *changement de paradigme* »⁶⁰ en faveur d'une prévalence des enjeux environnementaux est nécessaire à la fois pour mieux articuler mes interactions entre les obligations pesant sur les Etats en vertu du droits de l'environnement et de la protection conventionnelle des investissements étrangers (Chapitre I) ; mais également dans une perspective de rééquilibrage de la protection exorbitante accordée aux investisseurs par le biais de la reconnaissance d'obligations environnementales leur étant directement opposables (Chapitre II).

⁶⁰ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, p. 10.

**CHAPITRE I. INVESTISSEMENT ET ENVIRONNEMENT : VERS DE NOUVEAUX RAPPORTS DE
SYSTEMES**

La prolifération des enjeux environnementaux dans le contentieux d'arbitrage d'investissement international a mis en avant ce besoin de réconcilier deux ordres juridiques apparemment contradictoires (Section I). L'articulation de ces deux systèmes, sous le prisme d'une migration de la rationalité purement économique des AII vers une logique de développement durable, est permise par deux modalités parallèles d'intégration normative.

D'une part, les AII peuvent prévoir de clauses de règlement de conflit permettant d'insérer la sphère environnementale dans le système conventionnel de protection des investissements en faisant prévaloir les accords environnementaux (Section II). D'autre part, les références aux engagements environnementaux des Etats permettent également aux AII de se rattacher au droit de l'environnement en complétant utilement les mécanismes de garantie du respect des engagements étatiques en la matière (Section III).

Section I. La difficile conciliation de deux ordres juridiques aux apparences contradictoires

Il faut rendre aux investissements étrangers la place qui a toujours été la leur, celle d'un moyen, d'un outil pour parvenir à une finalité inhérente de développement providentiel, qui s'interprète nécessairement à la lumière du concept de développement durable (A). Cette réforme du mécanisme conventionnel de protection des investissements doit être systémique, générale et non pas casuistique, ce qui suppose le retrait des Etats des AII « ancienne génération » (B).

A) Le développement durable, objectif inhérent à la protection conventionnelle des investissements étrangers

Bien que la communauté internationale⁶¹, soutenue par une partie majoritaire de la doctrine⁶², dénonce les effets dissuasifs des AII actuels sur l'adoption de mesures environnementales et climatiques plus strictes, certains commentateurs maintiennent que le

⁶¹ ONU, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Human rights-compatible international investment agreements, A/76/238, 2021, §21.

⁶² Voir par ex. : K. TIENHAARA, « Regulatory Chill in a Warming World : The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement », *op.cit.* ; D. GAUKRODGER, « The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties : A scoping paper », OECD Working Papers on International Investment, No. 2017/02, OECD Publishing, 2017, Paris ; L. COTULA, « Do Investment Treaties Unduly Constrain Regulatory Space ? », in : *Questions of International Law*, 2014, pp. 19-31.

système actuel préserve largement l'espace réglementaire des Etats⁶³ et que le réformer serait priver les investisseurs étrangers d'un forum politique neutre où faire valoir leurs droits⁶⁴.

S'il est vrai que sur l'ensemble des litiges relatifs aux investissements portés devant un tribunal et référencés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (« UNCTAD »), 327 affaires ont été tranchées en faveur de l'Etat hôte, 249 en faveur de l'investisseur et 171 ont été résolues de manière non-juridictionnelle⁶⁵, ce constat n'est pas de nature à décrédibiliser les critiques formulées à l'égard du modèle actuel.

D'une part, une grande partie des affaires tranchées en faveur de l'Etat hôte sont arrêtées au stade de la recevabilité, ce qui ne présume pas de l'issue potentielle d'un litige au fond, et, d'autre part, les AII n'autorisent pas en retour les États à poursuivre directement des dommages et intérêts auprès d'un investisseur étranger⁶⁶. Classiquement, les AII n'imposent pas d'obligations aux investisseurs, et n'ouvrent pas directement le recours à l'arbitrage aux Etats lorsque le comportement d'un investisseur est dommageable, de sorte que l'Etat hôte est perpétuellement perdant⁶⁷.

Les critiques formulées à l'encontre des projets de réforme des AII partent d'un postulat erroné. Il ne s'agit pas d'abroger le système actuel de protection conventionnelle des investissements étrangers, mais au contraire de lui rendre son objectif premier, à savoir le développement des Etats Parties⁶⁸. La protection et la promotion des investissements étrangers n'ont jamais été qu'une finalité subsidiaire, au service du développement⁶⁹.

Cet objectif initial doit être actualisé en prenant en compte le rôle désormais prépondérant des investisseurs internationaux dans la gouvernance mondiale, dans le contexte d'une crise

⁶³ Voir par ex. la contribution de la Fédération européenne du droit de l'investissement et de l'arbitrage à la consultation organisée dans le cadre du processus d'adoption du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, non daté, pp. 5-6 [accès en ligne], consulté le 5 mai 2023 ; Voir aussi : Fédération européenne du droit de l'investissement et de l'arbitrage, « A response to the criticism against ISDS », 17 mai 2015, pp. 6-8.

⁶⁴C. N. BROWER, S. BLANCHARD, « What's in a Meme ? The Truth about Investor-State Arbitration : Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States », in : *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, p. 697.

⁶⁵ UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, [en ligne], consulté le 5 mai 2023.

⁶⁶ S. SCNEIDERMAN, K. TIENHAARA, G. VAN HARTEN, « Reply to EFILA », in : *Investor-state dispute settlement – comments and observations : Gus Van Harten*, 6 juillet 2015, [en ligne], consulté le 5 mai 2023. Exception faite des mécanismes de demandes reconventionnelles prévus dans certains AII, mais qui supposent nécessairement qu'un litige ait préalablement été enclenché par un investisseur.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Y. RADI, « International Investment Law and Development : a A History of Two Concepts », in : R. HOFMANN, S. SCHILL, C. TAMS, *International Investment Law and Development : Friends or Foes*, Edward Elgar, 2015, p. 3.

⁶⁹ *Idem*.

environnementale et climatique sans précédent⁷⁰. Il doit se comprendre aujourd'hui sous l'angle d'un développement durable, et non plus purement économique. Ainsi en témoignent⁷¹ les nombreuses références préambulaires au développement durable⁷², à la nécessité de concilier protection de l'environnement et protection des investissements étrangers⁷³, ou à un objectif global de lutte contre le dérèglement climatique⁷⁴.

L'asymétrie inhérente au système conventionnel de protection des investissements en faveur des investisseurs étrangers résulte aujourd'hui en une dénaturation des AII. Conçus pour protéger les droits de propriété des investisseurs étrangers face aux aléas et ambitions politiques, ils sont devenus des « armes »⁷⁵ pour lutter contre des réglementations légitimes. Ce détournement est permis par les AII eux-mêmes : les formulations retenues dans ces accords laissent une marge d'interprétation très large qui permet de les utiliser à des fins autres que la protection des droits fondamentaux des investisseurs étrangers⁷⁶.

En ce sens, l'enjeu de la réforme est multiple : veiller à ce que la protection accordée aux investissements « *ne soit plus considérée comme une fin en soi [et devienne] une garantie du soutien des activités qui participent à la transition climatique* »⁷⁷, et s'assurer que les AII n'empêchent pas les Etats de mettre en œuvre des mesures pour lutter contre le dérèglement climatique.

Ce changement de rationalité ne peut pas être effectif s'il est isolé : maintenir des AII incompatibles avec les enjeux environnementaux et climatiques actuels, plus attractifs pour les investisseurs les plus polluants, neutralise les efforts d'actualisation du système et accentue le risque de « dumping environnemental ». Pour être effective, la réforme doit être systémique, ce qui suppose de mettre fin aux AII existants pour en conclure de nouveaux, mieux adaptés à

⁷⁰ En ce sens, l'article 31 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités de 1969 impose aux Etats d'interpréter leurs engagements à la lumière du contexte dans lequel tout accord est conclu et exécuté.

⁷¹ A. VAN AAKEN, « Interpretational Methods as an Instrument of Control in International Investment Law » *op.cit.*, p. 198.

⁷² 294 AII contiennent une référence au développement durable, W. ALSCHNER, M. ELSIG, R. P. LAZO et al., *Electronic Database of Investment Treaties (EDIT)*, [en ligne], consulté le 14 août 2023.

⁷³ Voir par ex. : Agreement between the Government of Hungary and the Government of the United Arab Emirates, 2021 ; Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Guatemala concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015.

⁷⁴ Voir par ex. : Agreement between the Government of the Islamic Republic of Afghanistan and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment ; Agreement on free trade and economic partnership between Japan and the Swiss Confederation, 2009.

⁷⁵ D. GAUKRODGER, « The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties : A scoping paper », *op.cit.*, p.6.

⁷⁶ J. E. STIGLITZ, « The Secret Corporate Takeover », in : *Project Syndicate*, 13 juillet 2012, [accès en ligne], consulté le 5 mai 2023.

⁷⁷ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, pp. 11-12.

cette exigence de développement durable.

B) Changer le système : des difficultés persistantes aux tentatives d'actualisation de la protection conventionnelle

Pour sortir du mécanisme actuel et s'engager vers un système compatible avec l'urgence environnementale et climatique, le retrait ou l'amendement des AII « ancienne génération » est indispensable (1). Un élément tend cependant à limiter la portée des efforts étatiques de modernisation des AII : la présence de clauses de survie des obligations et droits conventionnels (2).

1) Le retrait ou l'amendement des AII⁷⁸ pour un changement systémique de rationalité

Pour garantir que la protection substantielle accordée aux investissements étrangers s'accorde avec l'objectif de développement durable, il faut introduire dans les AII des dispositions qui tendent vers cette finalité. Or, la très grande majorité des affaires portées à l'arbitrage le sont sur le fondement des AII « ancienne génération », conclus avant 2010⁷⁹, qui ne contiennent que rarement des références aux questions environnementales⁸⁰. Pour assurer l'effectivité de la réforme conventionnelle, il faut donc moderniser le stock existant d'AII⁸¹.

En ce sens, certains AII contiennent des clauses d'amendement⁸² prévoyant la possibilité de modifier toute disposition conventionnelle par consentement mutuel des deux Parties⁸³. Simplement amender les AII ne permet cependant pas de répondre au « *changement de*

⁷⁸ La question du retrait intéresse très majoritairement les TBI : seuls 2 ALE contiennent des clauses relatives au retrait unilatéral d'une des parties, les autres ALE / TDI sont silencieux sur ce point, UNCTAD, UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [accès en ligne], consulté le 19 août 2023. En l'absence de telles dispositions, les conditions de retrait et d'extinction des ALE seront déterminés conformément aux articles 54 à 64 de la convention de Vienne sur le Droit des Traités.

⁷⁹ UNCITRAL, « Phase 2 of IIA Reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties », in : *IIA Issues Note*, No. 2, 2017, p. 4.

⁸⁰ En 2011, 8,2% de tous les accords contenant des dispositions relatives aux investissements faisaient effectivement référence à la nécessité de préserver l'environnement, K. GORDON, J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey », *op.cit.*, p.5.

⁸¹ Cet objectif correspond aux deuxièmes et troisièmes « phases » du plan de réforme proposé par l'UNCTAD pour transformer le système de protection des investissements vers un modèle durable, voir en ce sens : UNCTAD, International Investment Agreements Reform Accelerator, 2020, p. 3.

⁸² A titre d'exemple, 613 des 2584 TBI recensés contiennent des clauses relatives à la possibilité d'amender ou de renégocier les dispositions conventionnelles, UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [accès en ligne], consulté le 16 mars 2023.

⁸³ Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Azerbaijan for the promotion and reciprocal protection of investments, 2012, Art. 15 ; 121 TBI, conclus entre 1989 et 2021, contiennent des dispositions similaires, UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [accès en ligne], consulté le 16 mars 2023.

paradigme » nécessaire à une « *réforme climato-compatible des accords d'investissement* »⁸⁴. Le retrait unilatéral ou la dénonciation des AII est indispensable pour permettre la véritable consécration d'un nouveau régime compatible avec les exigences climatiques et environnementales actuelles et futures⁸⁵.

1090 AII sont aujourd'hui arrivés à la fin de leur période de validité obligatoire et sont susceptibles d'être résiliés unilatéralement⁸⁶. S'il est vrai qu'un grand nombre de AII ne permettent à une Partie de se retirer unilatéralement qu'après une période de 10⁸⁷, 20⁸⁸ voire 30 ans⁸⁹ à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord⁹⁰, il ne faut pas y voir un prétexte pour les Etats de se déroger à la réforme du système conventionnel de protection des investissements. En effet, la Convention de Vienne sur le Droit des Traités permet de mettre fin à tout traité par consentement mutuel⁹¹, ou par l'adoption d'un nouveau traité entre les mêmes Parties⁹². L'urgence environnementale et climatique suppose une action étatique rapide et effective, et l'impossibilité pour les Etats d'adapter leurs engagements pendant plusieurs décennies est définitivement un frein supplémentaire à l'initiative étatique en la matière.

En ce sens, un nombre croissant d'Etats se retirent unilatéralement de TBI « ancienne génération » pour y mettre fin⁹³, arguant parfois de leur volonté d'intégrer dans de nouveaux AII des mesures de limitation de la protection substantielle des investissements pour des considérations environnementales⁹⁴.

⁸⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, p. 10.

⁸⁵ L. JOHNSON et al., « Clearing the Path : Withdrawal of Consent and Termination as Next Steps for Reforming International Investment Law », in : *Staff Publications*, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia Law School, 2018, §23, p.7.

⁸⁶ UNCITRAL, « Phase 2 of IIA Reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties », *op.cit.*, p. 3.

⁸⁷ 687 TBI prévoient une telle clause, UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [accès en ligne], consulté le 16 mars 2023.

⁸⁸ Voir par ex. : Agreement Between the State of Kuwait and the Republic of Singapore for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2009, art. 16(1)

⁸⁹ Voir par ex. : Agreement between Japan and the State of Kuwait for the promotion and protection of Investment, 2012, art. 27(1), (2).

⁹⁰ 687 TBI prévoient une telle clause, *Ibid.*

⁹¹ Art. 54, 56, Convention de Vienne sur le Droit des Traités.

⁹² *Ibid.*, art. 59.

⁹³ M. D. BRAUCH, « Reforming International Investment Law for Climate Change Goals », in : *Research Handbook on Climate Finance and Investment Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2020, p. 13 ; Voir aussi, pour l'exemple de l'Indonésie : Anonyme, « What is Going on with Indonesia's Bilateral Investment Treaties », in : *Indonesia Global Business Guide*, 13 juin 2016, [en ligne], consulté le 13 mars 2023.

⁹⁴ G. FEBRIANTY SHOFIANA et al., « Bilateral Investment Treaties and the Environment » in : *Environmental Policy and Law*, 49/(2-3), 2019, p.139

2) *Le problème endémique des clauses de survie*

La très grande majorité des AII incluent des clauses de survie, ou « sunset clauses »⁹⁵, qui prolongent les obligations des Etats Parties envers les investisseurs couverts par la protection conventionnelle pendant plusieurs années (5, 10, 15 ou même 20 ans⁹⁶). Certains AII prévoient par ailleurs que la protection accordée aux investisseurs est maintenue tant que l'investissement dure⁹⁷, ce qui étend potentiellement la protection conventionnelle de manière indéfinie⁹⁸. Une telle prolongation des obligations étatiques peut avoir pour effet de neutraliser les efforts de modernisation des dispositions conventionnelles.

Dans la plupart des cas, les clauses de survies ne sont activées que lorsque l'une des deux Parties se retire unilatéralement. Un retrait conjoint de l'AII pourrait alors neutraliser la clause de survie, à condition que l'AII ne prévoit pas le contraire⁹⁹. Dans tous les cas, si les Etats Parties souhaitent neutraliser ou amender la clause de survie, un accord commun sera nécessaire¹⁰⁰. En ce sens, certains AII nouvellement conclus peuvent prévoir que les droits et obligations qui découlent du précédent accord cessent de produire leurs effets nonobstant l'existence d'une clause de survie¹⁰¹. Certains AII plus récents contiennent même des clauses spécifiques permettant d'amender, d'un commun accord, la clause de survie¹⁰².

Finalement, le retrait des AII « ancienne génération » est avant tout un choix politique. Les clauses de validité obligatoire et de survie des obligations conventionnelles ne sont pas des obstacles insurmontables pour les Etats. En tout état de cause, rien n'empêche les Etats Parties à un AII « ancienne génération » d'adopter une déclaration jointe d'interprétation des dispositions de l'accord, qui peuvent permettre, sans passer par un processus long de renégociation d'un nouveau traité, d'actualiser l'AII existant au regard de l'évolution de la situation climatique et des engagements environnementaux des Etats.

⁹⁵ 2489 AII contiennent ce type de clause, UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [accès en ligne], consulté le 16 mars 2023.

⁹⁶ UNCTAD, Phase 2 of IIA Reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties, *op.cit.*, p. 4.

⁹⁷ Voir pour un exemple toujours en vigueur l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Corée sur l'encouragement et la protection des investissements, 1977, art. 9(4).

⁹⁸ J. HARRISON, «The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties », in : *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 13, 2012, p. 938.

⁹⁹ UNCTAD, Phase 2 of IIA Reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties, *op.cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ N. BERNASCONI et al., « Terminating a Bilateral Investment Treaty », in : *ISSD Best Practices Series*, 2020, p. 8.

¹⁰¹ Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, 2019, art. 40(2). Cette pratique correspond à l'article 59 de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités.

¹⁰² Investment protection agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other part, 2019, art. 4.15.

En ce sens, certains Etats ont pu, par le biais de déclarations conjointes, réaffirmer par exemple la nécessité de concilier les obligations qu'ils tirent des AII avec leurs engagements internationaux en matière de protection de l'environnement¹⁰³. Dans la perspective d'un changement de paradigme du modèle conventionnel de protection des investissements étrangers d'une rationalité économique vers un système plus durable, l'intégration de normes environnementales exogènes dans le corps AII permet de promouvoir la cohérence entre les différents systèmes.

Section II. L'insertion de clauses de règlement de conflit au service de la prévalence du droit de l'environnement

Le recours à des clauses de règlement de conflits prévoyant une prévalence de la norme environnementale dans les AII fait souvent figure d'exception (A). Il existe une asymétrie notable sur ce point entre les ALE et les TBI : compte tenu de leur large champ d'application *ratione materiae*¹⁰⁴, les ALE se sont rapidement saisis de questions externes au droit international des investissements, et contiennent parfois de véritables clauses de prévalence des traités environnementaux (B). *A contrario*, les TBI ne prévoient pas de telles dispositions, privilégiant la protection des investisseurs via la pratique des clauses de non-dérogação (C).

A) Une solution souvent négligée

L'un des enjeux principaux de la recontextualisation de la protection substantielle accordée aux investisseurs au service d'un développement écologiquement viable tiens à l'introduction de clauses de résolution des conflits¹⁰⁵ entre les normes applicables en vertu de l'AII et celles qui découlent des engagements internationaux des Etats en matière environnementale et climatique.

Lorsqu'ils sont saisis d'une question de conflit normatif dans le cadre d'un arbitrage d'investissement, et malgré l'affirmation régulière de la nécessité d'interpréter les AII à la lumière des évolutions de l'ordre juridique international général¹⁰⁶ les tribunaux ont tendance à

¹⁰³ Voir par ex. : UE, Joint Statement on Trade and Sustainable Development by the European Union and Chile, 2 décembre 2022.

¹⁰⁴ S. DI BENETTO, *International investment law and the environment*, Chap. 6 : « Systemic approaches », Elgar, 2013, p. 150

¹⁰⁵ La Convention de Vienne sur le Droit des Traités définit les clauses de résolution des conflits comme « une clause dont l'objet est de régler les rapports entre les dispositions du traité et celles d'un autre traité ou de tout autre traité portant sur les matières dont traite le traité » : CDI, « Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries », in : *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p. 214.

¹⁰⁶ Voir not. CIRDI, aff. No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République d'Argentine*, 8 décembre 2016, §§1200-1201.

se référer d'abord au texte de l'AII invoqué, *lex specialis* en l'espèce¹⁰⁷. En l'absence d'une clause de résolution des conflits, certains tribunaux ont pu exclure l'applicabilité au litige de normes internationales externes protégeant les droits humains¹⁰⁸ et environnementaux¹⁰⁹.

L'inclusion de ces dispositions dans les AII est fondamentale : il n'existe pas de hiérarchie normative en droit international général (à l'exception des rares normes de *jus cogens* précisément identifiées¹¹⁰). Les clauses de résolution de conflit permettent ainsi d'« ouvrir la voie à une application prioritaire des obligations environnementales des Etats »¹¹¹.

B) La prévalence conditionnée des accords environnementaux dans les ALE

L'exemple le plus fréquemment cité à cet égard est sûrement l'article 104 de l'Accord de libre-échange Nord-Américain (« ALENA »). Il prévoit qu'en cas d'incompatibilité des dispositions de l'Accord avec un certain nombre de traités conclus en matière environnementale à l'échelle internationale (exhaustivement listés), les obligations que les Etats Parties tirent de ces traités primeront sur les celles qui découlent de l'ALENA, y compris en matière de protection des investissements¹¹². Cette formulation a été reprise par de nombreux ALE¹¹³, puis complétée¹¹⁴ par l'article 24.8 de l'Accord Canada – Etats-Unis – Mexique (« ACEUM »).

S'il semble que les accords environnementaux concernées se limitent toujours à des conventions sectorielles (la CCNUCC et l'Accord de Paris, malgré leur vocation universelle,

¹⁰⁷ J. KAMMERHOFER, « The theory of norm conflict solutions in international investment law », in : M. GEHRING et al., Sustainable Development in International Investment Law, Unedited final manuscript, 2009, pp. 4-5.

¹⁰⁸ Voir par ex. : CIRDI, aff. jointes No. ARB/10/15 et ARB/1/25, *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe ; Border Timbers et autres c. République du Zimbabwe*, Procedural Order No. 2, 26 juin 2012 ; CIRDI aff. No. ARB/04/4, *SAUR International SA c. République de l'Argentine*, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012, §331.

¹⁰⁹ Voir par ex. : CIRDI, aff. No. ARB/96/1, *Compagna del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, ICSID, Final Award, 17 février 2000, §72.

¹¹⁰ Des débats existent cependant sur la potentielle valeur péremptoire du droit à un environnement sain et de l'interdiction de polluer le milieu marin, voir en ce sens, respectivement : M. A. M. CERVANTES, V. ROEBEN, L. R. SOLIS, « Global Climate Change Action as a Jus Cogens Norm: Some Legal Reflections on the Emerging Evidence », in : *Environmental Policy and Law*, IOS Press, 2021, p. 5 ; L. KULAGA, Prohibition of massive and serious pollution of marine environment as a jus cogens. Identification, legal bases and consequences in view of the recent work of the International Law Commission, in : *Marine Policy*, No. 144, 2022, 6 p.

¹¹¹ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p. 219.

¹¹² ALENA, art. 104(1)(d) « les accords visés à l'annexe 104.1, ces obligations prévaudront dans la mesure de l'incompatibilité, si ce n'est que toute Partie, qui, pour se conformer auxdites obligations, a le choix entre des moyens d'une égale efficacité et d'une accessibilité raisonnable, devra choisir le moyen le moins incompatible avec les autres dispositions du présent accord ». Cette formulation n'a pas été reprise par l'ACEUM.

¹¹³ Voir par ex. : Free Trade Agreement between Canada and Colombia, 2008, art. 103 ; Free Trade Agreement between Taiwan and Nicaragua, 2006, art. 1.04..

¹¹⁴ N. LAURENS et al., « NAFTA and the Environment : Decades of Measured Progress », in : G.GAGNE, M. RIOUX, *NAFTA 2.0 – From the first NAFTA to the United States – Mexico – Canada Agreement*, Palgrave Macmillan, 2022, p. 171

ne sont par exemple pas listés), il faut noter que les clauses de résolutions des conflits mentionnées ne s'opposent pas à ce que des accords plus généraux y soient postérieurement intégrés. Bien au contraire, l'ACEUM et les autres ALE et TDI concernés prévoient des clauses mentionnant systématiquement la possibilité d'inclure tout autre accord relatif à la protection de l'environnement¹¹⁵.

Une remarque tend néanmoins à limiter la portée de ces dispositions : les clauses de résolution des conflits ne jouent que dans la mesure où il existe une incompatibilité entre l'ALE et la norme environnementale invoquée. Or, les tribunaux ont tendance à éviter de conclure de manière explicite sur l'existence et l'articulation d'une hiérarchie normative entre les dispositions applicables en matière d'investissement et d'environnement¹¹⁶ et tentent autant que possible de concilier l'interprétation des différentes dispositions en cause¹¹⁷ au détriment de la prévalence de la norme environnementale.

Il n'en reste pas moins que ce type de clause permet *a minima* d'interpréter les dispositions relatives à la protection des investissements de manière conforme aux obligations environnementales des Etats, en imposant au tribunal qu'une interprétation conciliante des deux champs normatifs soit effectuée¹¹⁸.

C) La protection des investissements étrangers dans les TBI, un enjeu prioritaire

Contrairement aux ALE, les TBI ne contiennent pas de clauses permettant de faire prévaloir la norme environnementale internationale. Les Etats ont fait le choix, par le biais de clauses de non-dérogation, de faire primer la protection des investissements étrangers sur toute autre considération (1). De même, les clauses d'exception, qui pourraient contenir des règles implicites de prévalence environnementales, ne sont pas utilisées à cette fin (2).

1) La prévalence des mesures favorables aux investisseurs : la pratique clauses de non-dérogation maintenant le statu quo

A la différence des ALE, les TBI ne contiennent pas de clause de résolution des conflits

¹¹⁵ Voir par exemple l'article 28.5 de l'ACEUM : « *les Parties peuvent convenir, par écrit, de modifier le paragraphe 4 afin d'y incorporer tout amendement apporté à un accord qui y est mentionné, et tout autre accord en matière d'environnement ou de conservation.* »

¹¹⁶ J.E. VINUALES, M. JESKO LANGER, « Managing Conflicts between Environmental and Investment Norms in International Law », in : *International Economic Law Journal*, 2010, p. 11.

¹¹⁷ Voir par ex. dans le cas de l'art. 104 de l'ALENA : UNCITRAL, *S.D. Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, Partial Award, 13 novembre 2000, §247.

¹¹⁸ C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », in : *International Lawyer*, Vol. 50, No. 3, Article 8, 2017, p. 573.

faisant prévaloir les accords conclus dans le domaine environnemental¹¹⁹. Plus généralement, les TBI sont silencieux quant aux potentielles conséquences d'un conflit normatif en la matière. L'articulation entre la protection conventionnelle et les normes externes y est le plus souvent détaillée dans des clauses de « non-dérogação »¹²⁰ générales, qui tranchent le plus souvent dans le sens d'une prévalence des dispositions « les plus favorables » à l'investisseur en cas de conflit¹²¹. En ce sens, les clauses de non-dérogação, loin d'octroyer une priorité normative aux normes environnementales externes aux TBI, confortent la prévalence de la protection des investisseurs étrangers¹²².

Les clauses de résolution des conflits donnant priorité à des normes externes ne sont pourtant pas entièrement absentes des TBI : en matière d'imposition, de nombreuses dispositions prévoient clairement et de manière inconditionnelle la prévalence des conventions fiscales sur la protection substantielle accordée aux investissements¹²³, de sorte que l'applicabilité d'une norme issue d'une telle convention exclut automatiquement l'application du TBI¹²⁴. Rien n'empêche les Etats d'en faire de même avec les conventions conclues dans le domaine environnemental. Si quelques rares clauses de non-dérogação réaffirment que les TBI ne peuvent être interprétés comme empêchant un Etat Partie d'adopter des mesures pour se conformer avec ses obligations internationales générales¹²⁵, à défaut d'identifier précisément

¹¹⁹ D. ATANASOVA, « Non-economic disciplines still take the back seat : The tale of conflict clauses in investment treaties », in : *Leiden Journal of International Law*, No. 34, 2021, p. 165.

¹²⁰ Environ 75% des TBI référencés par UNCTAD contiennent une clause de non-dérogação : UNCTAD International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 6 août 2023 ; à noter que la pratique des clauses de non-dérogação se fait plus rare dans les TBI récents : D. ATANASOVA, « Non-economic disciplines still take the back seat : The tale of conflict clauses in investment treaties », *op.cit.*, p. 169, nbp. 87.

¹²¹ Voir par exemple : Agreement between the Government of the Republic of Serbia and the Government of the Republic of Malta for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 2010, p. 7 : « *If provisions of domestic law of either Contracting Party, or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain a regulation, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such regulation shall, to the extent that it is more favourable, prevail over the present Agreement.* » Cette formulation a été reprise par 98 autres TBI conclus entre 1981 et 2013, dont 67 sont en vigueur, UNCTAD International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 6 août 2023

¹²² D. ATANASOVA, « Non-economic disciplines still take the back seat : The tale of conflict clauses in investment treaties », *op.cit.*, p. 171.

¹²³ Voir par ex. la formulation retenue par les TBI Canadiens conclus entre 2013 et 2018 : « *This Agreement does not affect the rights and obligations of a Party under a tax convention. In the event of inconsistency between this Agreement and a tax convention, that convention prevails.* ». Cette disposition est reprise dans au moins 36 TBI conclus entre 2005 et 2022 : UNCTAD International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 6 août 2023. De nombreux ALE et autres TDI contiennent des clauses similaires, voir par exemple l'art. 32.3(3) de l'ACEUM.

¹²⁴ D. ATANASOVA, « Non-economic disciplines still take the back seat : The tale of conflict clauses in investment treaties », *op.cit.*, p. 164.

¹²⁵ Voir par ex. : Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 2017, art. 22 ; Treaty between the United States of America and the Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 1986, art. X(1).

les instruments pertinents, une telle clause ne peut permettre de faire prévaloir une norme environnementale internationale.

2) *La référence aux accords environnementaux dans les clauses générales d'exception, un outil délaissé*

Bien qu'elles aient pour objet premier d'exclure la responsabilité de l'Etat pour violation de l'ensemble ou de certaines des dispositions du TBI pour des mesures nationales exhaustivement listées, les clauses d'exception peuvent revêtir une double fonction. En effet, dès lors qu'elles font spécifiquement référence aux obligations internationales de l'Etat hôte, y compris dans le domaine environnemental, elles contiennent une règle implicite de priorité de la norme externe identifiée¹²⁶.

Mais si certains TBI ont pu inclure dans ces dispositions de vagues références à des enjeux environnementaux¹²⁷, en l'absence d'identification d'une norme ou d'un traité spécifique la portée de normative de ce type de clause se limite à une autorité interprétative qui ne permet pas d'identifier une règle obligatoire de prévalence ou de conciliation en faveur de considérations environnementales¹²⁸. Là encore, la volonté des Etats fait défaut : à titre d'exemple, une clause identifiant précisément une convention a été prévue en matière de patrimoine culturel dans le récent ALE conclut entre la Chine et la Nouvelle-Zélande¹²⁹.

Outre les mécanismes de résolution des conflits, l'ouverture du système conventionnel de protection des investissements aux exigences environnementales peut être réalisée par l'insertion de clauses de renvoi aux obligations internationales des Etats en la matière.

Section III. Un nouveau mécanisme juridictionnel de contrôle des obligations environnementales des Etats

Que ce soit directement, en engageant la responsabilité internationale de l'Etat, ou

¹²⁶ *Ibid.*, p. 162.

¹²⁷ Voir par ex. : Modèle de TBI des Etats Unis, 2012, art 12(5) : « *Nothing in this Treaty shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Treaty that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns* ».

¹²⁸ P. ACCONCI, « Sustainable Development and Investment : Trends in Law-Making and Arbitration », in : A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 12, 2018, p. 300, voir not. nbp. 23.

¹²⁹ FreeTrade Agreement between China and New-Zealand, 2022, art. 200(4) : « *Nothing in this Agreement shall prevent the Parties from taking any necessary measures to restrict the illicit import of cultural property from the other Party under the framework of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization ("UNESCO") Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, done at Paris on 14 November 1970.* »

indirectement, en faisant de la violation d'une norme internationale un élément caractérisant une violation d'un standard de protection substantielle, les clauses de renvoi aux obligations internationales des Etats en matière de protection de l'environnement insèrent les AII dans le système international de contrôle du respect de ces engagements (A). L'inclusion progressive de clauses de non-régression dans les AII « nouvelle génération » joue un rôle important sur ce point en ce qu'elles assurent un niveau toujours plus élevé de protection et luttent contre le phénomène de « dumping environnemental » (B).

A) Les AII comme garants du respect des engagements étatiques en matière environnementale

Si les clauses de renvoi peuvent effectivement servir à fonder la responsabilité d'un Etat Partie à l'AII dans le cadre d'un arbitrage inter-étatique (1), il n'est pas certain qu'une telle solution puisse également s'appliquer dans le cadre d'un contentieux Investisseur – Etat (2). Toujours est-il que les obligations internationales des Etats Parties en matière de protection de l'environnement peuvent servir d'éléments de preuve dans la caractérisation d'une violation de l'AII (3).

1) *Les clauses de renvoi au service de la consolidation des engagements internationaux dans les relations inter-étatiques*

La compétence du tribunal étant déterminée par l'AII applicable au litige, les tribunaux d'investissement se sont souvent déclarés incompétents lorsqu'un investisseur se fondait sur une norme internationale externe¹³⁰, y compris en matière environnementale¹³¹. Lorsqu'ils intègrent des dispositions réaffirmant les obligations des Etats Parties en matière environnementale ou créant des obligations supplémentaires¹³², les AII peuvent permettre aux tribunaux d'appliquer les normes environnementales adoptées préalablement par les Etats Parties¹³³.

Bien qu'encore rare, ce type de disposition se retrouve déjà dans plusieurs AII. A titre d'exemple, le nouveau Modèle de TBI de l'Italie prévoit que :

¹³⁰ CNUDCI, *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 octobre 1989, §§. 202-203.

¹³¹ Voir par ex. : CIRDI, aff. No., (AF)/05/1, *Bayview Irrigation District et al c. Etats Unis du Mexique*, Award, 19 juin 2007, §121.

¹³² R. LEAL ARCAS, F. SANTOS et al., « The contribution of free trade agreements and bilateral investment treaties to a sustainable future », in : *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2020, p.35.

¹³³ G.M. FARNELLI, « Investors as Environmental Guardians ? On Climate Change Policy Objectives and Compliance with International Agreements », in : *Journal of World Investment & Trade*, No. 23, 2022, p. 896.

« *Chaque Partie doit* : (a) effectivement mettre en œuvre la CCNUCC et l'Accord de Paris adopté en vertu de celle-ci, y compris ses engagements concernant ses Contributions Nationalement Déterminées »¹³⁴.

Le TBI conclut entre l'Union économique Belgo-Luxembourgeoise (« UEBL ») et le Tadjikistan est un autre exemple de ce type de clause, et rappelle plus généralement l'obligation pour les Etats Parties d'exécuter leurs engagements en vertu des accords environnementaux, notamment par l'adoption de mesures domestiques¹³⁵. Enfin, de manière plus indirecte, les récents AII conclus par le Forum Caraïben des Etats de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (« CARIFORUM ») prévoient une obligation pour les Etats Parties de garantir que les investisseurs opérant sur leurs territoires respectifs n'agissent pas d'une manière qui contreviendrait aux obligations internationales environnementales auxquelles ils ont souscrit¹³⁶.

Couplée avec des clauses ouvrant l'arbitrage interétatique, ce type de disposition pourrait permettre à l'un des Etats Parties de faire respecter ses engagements internationaux en matière environnementale ou climatique par un autre Etat Partie.

2) *L'autonomie controversée des clauses de renvoi aux obligations internationales de protection de l'environnement dans le contentieux Investisseur – Etat*

En l'absence de clause explicite en ce sens¹³⁷, la possibilité pour les investisseurs de se fonder sur la violation des obligations environnementales de l'Etat hôte comme atteinte à la protection conventionnelle accordée par un AII est moins certaine : les droits et obligations qui découlent des accords internationaux conclus en matière environnementale sont avant tout des droits inter-étatiques qui ne sont pas de nature à créer des droits individuels actionnables. Autrement dit, les droits prévus par de tels accords ne peuvent constituer, de manière autonome

¹³⁴ Modèle de TBI de l'Italie, 2022, art. 21(2), traduction libre. L'usage de mot « shall » ou « doit » distingue cette clause d'autres dispositions similaires rappelant simplement les engagements internationaux des Etats Parties concernant la protection de l'environnement, voir par exemple l'art. 16.4(2) de l'ALE conclut entre le Royaume Unis et le Japon en 2020 : « *Each Party reaffirms its commitment to effectively implement in its laws, regulations and practices the multilateral environmental agreements to which it is party* »

¹³⁵ Agreement between the BLEU on the one hand and The Republic of Tajikistan on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2009, art. 5.3 : « *The Contracting Parties reaffirm their commitments under the international environmental agreements, which they have accepted. They shall strive to ensure that such commitments are fully recognised and implemented by their domestic legislation* »

¹³⁶ Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 2019, art. 72(c).

¹³⁷ G.M. FARNELLI, « Investors as Environmental Guardians ? On Climate Change Policy Objectives and Compliance with International Agreements », *op.cit.*, p. 898.

et indépendante, une violation de l’AII applicable¹³⁸.

Certains commentateurs ont pu mobiliser la solution retenue dans l’arrêt *Pulp Mills* de la Cour internationale de Justice (« CIJ »)¹³⁹ pour arguer au contraire que la présence d’une clause de renvoi dans un AII pourrait permettre à un investisseur de fonder une action contre l’Etat hôte pour violation de ses obligations environnementales internationales¹⁴⁰. Cette interprétation est soutenue par la formulation large des clauses de compétence des tribunaux arbitraux dans les AII, qui ouvrent souvent la compétence du tribunal à « *tout différend* » en lien avec l’interprétation ou l’exécution du texte conventionnel¹⁴¹. Une telle solution reste cependant incertaine, et n’a pas trouvé écho dans la pratique arbitrale.

3) *La valeur probatoire des accords environnementaux dans le contentieux Investisseur - Etat*

Les références aux engagements des Etats Parties en matière de protection de l’environnement peuvent servir d’« arguments » ou d’éléments de preuve pour fonder une violation d’un des standards de protection garanti par l’AII concerné¹⁴², notamment dans les cas où la réalisation de l’investissement dépend largement de la mise en œuvre par l’Etat hôte de ses engagements environnementaux¹⁴³.

En ce sens, la violation par l’Etat hôte de ses obligations internationales ou nationales de protection de l’environnement ou de lutte contre le dérèglement climatique peut être l’un des éléments prouvant la violation du standard de TJE¹⁴⁴. C’est en particulier le cas pour la détermination d’une violation des attentes légitimes des investisseurs du secteur des énergies renouvelables ou de la transition écologique sur le fondement de la CCUNCC ou de l’Accord de Paris¹⁴⁵. En effet, les mesures d’incitation prises par les Etats hôtes sont d’une importance

¹³⁸ UNCITRAL, *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, *prec.*, §§. 202-203

¹³⁹ CIJ, *Affaire Relative à des Usines de Pâte à Papier sur le Fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Arrêt, 20 Avril 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 14, §§48-63.

¹⁴⁰ J. E VINUALEZ, « Foreign Investment and the Environment in International Law : An Ambiguous Relationship » in : *British Yearbook of International Law*, Vol. 80, No. 1, 2009, p. 257.

¹⁴¹ Ce qui concerne 1841 des 2584 TBI répertoriés par l’UNCTAD, UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [en ligne], consulté le 11 mars 2023.

¹⁴² R. LEAL ARCAS, F. SANTOS et al., « The contribution of free trade agreements and bilateral investment treaties to a sustainable future », *op.cit.*, p.35.

¹⁴³ J. E VINUALEZ, « Foreign Investment and the Environment in International Law : An Ambiguous Relationship », *op.cit.*, p. 255.

¹⁴⁴ Voir par ex. : CPA, aff. No. 2009-04, *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement du Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, 17 mars 2015, §§373, 600 ; CIRDI, aff. No. ARB/08/1 et ARB/09/20, *Marion Unglaube et Reinhard Unglaube c. Republic du Costa Rica*, Award, 16 mai 2012, §§190, 252-255.

¹⁴⁵ G.M. FARNELLI, « Investors as Environmental Guardians ? On Climate Change Policy Objectives and

fondamentale pour le développement et le maintien des investissements dans ces domaines, de sorte que l'appréciation des attentes légitimes de l'investisseur quant à la stabilité du régime doit être appréciée d'une manière plus favorable que celles des investisseurs opérant dans d'autres secteurs déjà établis¹⁴⁶.

Au-delà de l'insertion de clauses renvoyant aux engagements exogènes des Etats Parties en matière environnementale, le recours à des clauses de non-régression permet également d'assurer l'alignement des Etats avec les objectifs multilatéraux de protection de l'environnement en assurant que la protection conventionnelle des investissements ne se fasse pas à leur détriment.

B) Le maintien de la protection environnementale : les clauses de non-régression au service de la protection effective de l'environnement

Issu des travaux de la conférence « Rio+20 » de 2012, le principe de non-régression vise à interdire aux Etats de réduire la protection accordée à l'environnement¹⁴⁷. En ce sens, il est garant de l'effectivité des engagements environnementaux des Etats tant sur le plan international que sur le plan national et joue un rôle fondamental dans la prévention du « dumping environnemental »¹⁴⁸. Les clauses de non-régression sont aujourd'hui présentes dans plus de 150 AII¹⁴⁹ s'inspirant le plus souvent directement de l'article 1114(2) de l'ALENA¹⁵⁰.

L'autorité interprétative des clauses de non-régression, qu'elles soient incluses dans le

Compliance with International Agreements », *op.cit.*, p. 905. Les tribunaux arbitraux sont néanmoins encore réticents sur ce point, voir not. CIRDI, aff. No. ARB/16/27, *Sevilla Beheer BV et autres c. Espagne*, Decision on Jurisdiction, Liability and the Principles of Quantum, 11 février 2022, §§860-862.

¹⁴⁶ CIRDI, aff. No. ARB/16/27, *Sevilla Beheer BV et autres c. Espagne*, Opinion dissidente partielle du Prof. P. D CAMERON, §13.

¹⁴⁷ M. DREYFUS, « Principe de non-régression », in : *Dictionnaire collectivités territoriales et développement durable*, 2017, pp. 387-388.

¹⁴⁸ Voir par exemple : D.A. COLLINS, « Foreign Investment under the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Mitigating Punctuated Equilibrium in Legal Economic Dis-Integration », in : *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol 18, No. 1, 2021.

¹⁴⁹ A. D. MITCHELL, J. MUNRO, « An International Law Principle of Non-Regression from Environmental Protections », in : *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 72 (1), à paraître 2023, p.4

¹⁵⁰ ALENA, art. 1114(2) : *Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en assouplissant les mesures nationales en matière de santé, de sécurité ou d'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ou déroger d'une autre manière [...] à de telles mesures pour encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement* »¹⁵⁰, traduction libre.

préambule des AII¹⁵¹ ou dans le corps du traité, est reconnue par la doctrine¹⁵². A ce titre, et de manière similaire avec les clauses de renvoi aux obligations internationale des Etats en matière de protection de l'environnement, une clause de non-régression peut être utilisée pour apprécier l'existence d'une violation des attentes légitimes d'un investisseur¹⁵³. En théorie, les clauses de non-régression peuvent également servir de fondement juridique à l'engagement de la responsabilité de l'Etat hôte dès lors qu'il est possible de démontrer que des mesures étatiques constituent une « dérogation » ou une « renonciation » (« waiver ») au droit national, prise dans le but de favoriser les investissements¹⁵⁴. La pratique reste cependant à démontrer.

Une limite à cette affirmation doit par ailleurs être évoquée : certains AII excluent les clauses de non-régressions du champ d'application *ratione materiae* de l'ISDS, en liant la clause à des mécanismes souples de contrôle (notamment des mécanismes de consultation)¹⁵⁵. Dans un souci d'effectivité, il est nécessaire que les AII lient les clauses de non-régression à des mécanismes de contrôle juridictionnels¹⁵⁶.

Sur le modèle de l'article 24.5 de l'Accord économique et commercial global conclut entre l'Union européenne et le Canada (« CETA »)¹⁵⁷ les clauses de non-régression sont parfois complétées par des clauses de maintien des niveaux de protection de l'environnement (« upholding levels of protection clauses »)¹⁵⁸. Ces dispositions caractérisent le comportement régressif d'un Etat de nature à engager sa responsabilité comme une série d'actions ou d'inactions prolongées ou répétées. Dès lors, une certaine récurrence dans le comportement de l'Etat est nécessaire pour fonder une action devant un tribunal arbitral¹⁵⁹.

¹⁵¹ C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *op.cit.*, p. 560.

¹⁵² J. K. SHARPE, « From Delegation to Prescription : Interpretative Authority in International Investment Agreements », in : *By Peaceful Means: International Adjudication and Arbitration*, Oxford University Press, 2022, p.15.

¹⁵³ A. D. MITCHELL, J. MUNRO, « An International Law Principle of Non-Regression from Environmental Protections », *op.cit.*, p.13.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁵ Voir en ce sens, Agreement between the Republic of Guatemala and the Republic of Trinidad and Tobago, 2013, Art. 16.

¹⁵⁶ Voir, pour deux ex. : Agreement between the Republic of Lithuania and the Government of the Republic of Turkey on the reciprocal promotion and protection of investments, 2018, art 12(1), 17 ; Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and reciprocal Promotion of Investments art. 10.1, 17.1.

¹⁵⁷ CETA, art. 24.5 : « A Party shall not, through a sustained or recurring course of action or inaction, fail to effectively enforce its environmental law to encourage trade or investment. »

¹⁵⁸ Voir pour exemple Political, Free Trade and Strategic Partnership Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ukraine, 2020, art. 282(1), Modèle de TBI des Etats Unis, 2012, art. 12(2).

¹⁵⁹ D.A. COLLINS, « Foreign Investment under the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Mitigating Punctuated Equilibrium in Legal Economic Dis-Integration », *op.cit.*, p. 8

L'intégration normative du droit de l'environnement (ou, plus généralement, la prise en compte de considérations environnementales dans les AII) se fait donc par des mécanismes complémentaires de règlements des conflits normatifs au service d'une prévalence de la norme environnementale et d'insertion de clauses de renvoi aux obligations des Etats en la matière. Pour qu'un changement systémique puisse être mis en place, les Etats ne peuvent être les seuls destinataires de cette intégration normative, car ils ne sont pas les seuls acteurs du droit international des investissements. En ce sens, la reconnaissance dans les AII de l'opposabilité d'obligations environnementales aux investisseurs fait partie intégrante du processus de transformation du système de protection conventionnelle des investissements étrangers.

CHAPITRE II. L'APPLICABILITE NOVATRICE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT AUX INVESTISSEURS AU SOUTIEN D'UN REEQUILIBRAGE DES RESPONSABILITES

Le système de protection conventionnel des investissements étrangers souffre d'une asymétrie intrinsèque qui explique en partie la crise de légitimité à laquelle il fait face¹⁶⁰. L'introduction de normes environnementales opposables aux investisseurs est l'une des solutions à ce problème. Pour ce faire, ces obligations doivent être effectivement intégrées au texte des AII par référence à des normes environnementales de droit interne ou international (Section I). La formulation retenue par les AII doit également permettre d'identifier une « porte d'entrée »¹⁶¹ pour que le tribunal puisse juger de ces obligations. La possibilité pour les Etats de former des demandes reconventionnelles est essentielle en ce sens (Section II).

Section I. Satisfaire les besoins de la communauté¹⁶²: l'apport substantiel de l'émergence d'obligations opposables aux investisseurs

Condition *sine qua non* de l'exécution par les Etats de leurs engagements internationaux en matière de protection de l'environnement (A), l'insertion d'obligations environnementales opposables aux investisseurs se fait le plus souvent par des clauses de conformité avec le droit de l'Etat hôte ou par référence aux standards internationalement acceptés en la matière (B). Si l'opposabilité du droit interne de l'environnement aux investisseurs est une solution bien ancrée dans la pratique conventionnelle et arbitrale, le phénomène d'acceptation par l'intermédiaire des AII des standards internationaux de protection de l'environnement constitue un progrès au potentiel considérable¹⁶³ (C).

¹⁶⁰ M. KRAJEWSKI, « A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », in : *Business and Human Rights Journal*, Cambridge University Press, Vol. 5.1, 2020,

¹⁶¹ B. CHOUDHURY, « Investor Obligations for Human Rights », in : *ICSID Review*, Vol. 35, No. 1-2, 2020, p. 92.

¹⁶² CIJ, Avis consultatif, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, 11 avril 1949, *Recueil CIJ 1949*, p.178.

¹⁶³ Il faut noter les très récents développements vers la reconnaissance d'une obligation internationale s'imposant aux investisseurs de ne pas entraver la jouissance des droits humains, y compris le droit à un environnement sain, voir en ce sens : CIRDI, aff. No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic*, Award, 8 décembre 2016, §1210, voir également la lettre envoyée par un groupe d'experts onusien aux banques finançant les activités de l'entreprise Saudi Aramco alertant sur la possible violation du droit international qui résulterait du financement d'activités nuisant aux droits humains par leurs contribution au dérèglement climatique : A. MOONEY, « UN warns banks that fund Saudi Aramco about possible human rights breach », in : *Financial Times*, 25 août 2023, [en ligne], consulté le 28 août 2023 ; E. FARGE, « UN rights experts raise climate change concerns with Saudi Aramco », in : *Reuters LSEG*, [en ligne], consulté le 28 août 2023.

A) Une condition indispensable à la réalisation des engagements étatiques

La reconnaissance d'obligations environnementales pesant sur les investisseurs en vertu d'un AII est déterminante dans la réalisation des objectifs ambitieux que la communauté environnementale s'est fixée en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le dérèglement climatique. En effet, en matière de droits humains, dont fait indéniablement partie la protection de l'environnement¹⁶⁴, ou à tout le moins le droit à un environnement sain¹⁶⁵, les Etats se doivent de prévenir tout atteinte aux droits protégés et de prévoir les voies de recours nécessaires en cas d'échec de ces mesures préventives¹⁶⁶. Les AII, en réglementant les investissements internationaux entraînant potentiellement des conséquences pour la population locale, font en ce sens partie d'un système global de protection des droits humains et environnementaux¹⁶⁷.

Considérant l'absence d'instruments internationaux contraignants s'adressant directement aux investisseurs en matière de protection de l'environnement¹⁶⁸, l'insertion dans un AII de dispositions garantissant, par voie d'obligations opposables aux investisseurs, le respect du droit national ou des standards internationaux de protection de l'environnement, est un outil de réalisation par les Etats Parties à l'AII de leurs engagements internationaux¹⁶⁹.

Cette intégration est rendue possible par le caractère protéiforme du statut juridique de l'investisseur.

B) Un statut juridique perméable permettant une extension du champ matériel des obligations environnementale imposables

La question de l'applicabilité des normes issues du droit international de l'environnement

¹⁶⁴ Voir par ex. : ONU, Conseil des droits de l'homme, RES 50/9, Droits Humains et Changement Climatique, 7 juillet 2022.

¹⁶⁵ L'AGNU a déclaré le droit environnement propre, sain et durable comme faisant partie intégrante des droits humains : ONU, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/RES/48/13, *Droits à un environnement propre, sain et durable*, 18 octobre 2021. Plus de 80 % des Etats Membre de l'ONU reconnaissent le droit à un environnement sain, par le biais d'organisations régionales et/ou dans leur droit interne : ONU, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/43/53, *Droit à un environnement sain : bonnes pratiques*, 30 décembre 2019, p. 4, §11.

¹⁶⁶ ONU, ECOSOC, General comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, E/C.12/GC/24, 10 août 2017, §26.

¹⁶⁷ N. BUENO, A. YILMAZ VASTARDIS, I. NGUEULEU DJEUGA, « Investor Human Rights and Environmental Obligations: The Need to Redesign Corporate Social Responsibility Clauses », in : *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 24, 2023, p. 198.

¹⁶⁸ M. KRAJEWSKI, « A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », *op.cit.*, p. 112

¹⁶⁹ X. SHAO, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration : at the Crossroads of Domestic and International Law », in : *Journal of International Economic Law*, 2021, Vol. 24, p. 160.

est intrinsèquement liée à la question du statut juridique des investisseurs en droit international¹⁷⁰. Les entreprises et investisseurs privés ne sont pas des sujets du droit international au même titre que les Etats, et sont classiquement qualifiés d'acteurs¹⁷¹ soumis à l'ordre étatique. Cela ne signifie pas pour autant que les investisseurs soient totalement hermétiques aux droits et obligations résultant du droit international de l'environnement¹⁷², qui peut s'imposer directement à eux en vertu d'une clause de conformité au droit national (1), ou indirectement par référence aux normes et standards internationaux (2).

1) *Les clauses de conformité au droit national, vecteurs indirects d'obligations internationales*

D'une part, il revient aux Etats, par le biais de la transposition dans leur ordre juridique national, de traduire et de faire respecter les normes internationales en la matière¹⁷³. Par l'insertion de clauses imposant aux investisseurs de respecter la législation nationale en matière environnementale¹⁷⁴, les obligations environnementales transposées dans le droit national sont élevées en une violation de l'AII¹⁷⁵. Les solutions trouvées par les tribunaux dans les récentes affaires *Urbaser c. Argentine*¹⁷⁶ et *Aven c. Costa Rica*¹⁷⁷ tendent en ce sens.

D'autre part, l'influence du droit international de l'environnement sur les législations internes est telle que la frontière entre droit interne et droit international disparaît progressivement¹⁷⁸ : les engagements pris par les Etats en matière de protection de l'environnement sont transposés au niveau national. Les principes de précaution, prévention ou encore de pollueur-payeur qui

¹⁷⁰ N. JAGERS, « The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law », in : M. K. ADDO, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, pp. 259-261.

¹⁷¹ E. MORGERA, *Corporate environmental accountability in International Law*, 2^{ème} ed., Oxford University Press, p.61.

¹⁷² S. MALJEAN-DUBOIS, V. RICHARD, « The applicability of international environmental law to private enterprises », in : P. DUPUY, J. VINUALES *Harnessing foreign investment to promote environmental protection : incentives and safeguards*, Cambridge university press, 2013, p. 93.

¹⁷³ X. SHAO, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration : at the Crossroads of Domestic and International Law », *op.cit.*, p. 161.

¹⁷⁴ De nombreux AII contiennent de telles clauses, voir par exemple, TBI Slovaquie – Iran, *op.cit.* ; Modèle de FIPA du Canada (2021), art. 16(1) ; Reciprocal investment promotion and protection agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016, art. 14

¹⁷⁵ X. SHAO, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration : at the Crossroads of Domestic and International Law », in : *Journal of International Economic Law*, 2021, Vol. 24, p. 164.

¹⁷⁶ CIRDI, aff. No. ARB/07/26, *Urbaser, prec.*, §1195.

¹⁷⁷ UNCITRAL, aff. No. UNCT/15/3, *David Aven et al. c. République de Costa Rica*, Final award, 18 septembre 2018, §739.

¹⁷⁸ S. MALJEAN-DUBOIS, V. RICHARD, « The applicability of international environmental law to private enterprises », *op.cit.*, p. 75

ont émergé sur la scène internationale¹⁷⁹ se retrouvent aujourd’hui dans la plupart des législations internes¹⁸⁰.

En tout état de cause, l’insertion de clauses prévoyant la conformité de l’investisseur et de ses investissements avec la législation environnementale étatique permet *a minima* de pouvoir leur opposer les normes étatiques au niveau international. Sur ce point, le TBI conclut entre le Maroc et le Nigeria contient une disposition notable : il prévoit une obligation pour les investisseurs de se conformer avec le droit de l’Etat hôte ou de l’Etat d’origine, en fonction du droit qui sera le plus protecteur en matière environnementale¹⁸¹.

2) *Un statut juridique protéiforme ouvrant la voie à l’opposabilité directe des normes internationales de protection de l’environnement*

Contrairement aux Etats et aux organisations internationales, le statut juridique des entreprises privées n’est pas universellement défini : il est « *mono-fonction[el] et temporaire* »¹⁸², déterminé de manière *ad hoc* dans chacun des instruments internationaux qui l’intéressent, ce qui comprend les AII¹⁸³.

La pratique des contrats d’Etat tend en ce sens : les Etats incluent souvent dans les concessions¹⁸⁴ conclues avec des entreprises des clauses les soumettant directement à des standards issus droit international de l’environnement¹⁸⁵. Le champ d’application *rationae materiae* du droit international de la norme s’étend alors à l’investisseur concerné¹⁸⁶ et détermine l’étendue de sa responsabilité¹⁸⁷.

Cette approche peut être appliquée aux obligations environnementales des investisseurs

¹⁷⁹ Tels que définis par la CNUED dans : A/COF.151/26, Déclaration de Rio sur l’Environnement et le Développement, 1992.

¹⁸⁰ A titre d’ex. , le principe de précaution est présent dans plus de 1520 législations internes, ECOLEX, Législation, « Précaution », [en ligne], consulté le 13 août 2023.

¹⁸¹ Reciprocal investment promotion and protection agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016, art. 14.

¹⁸² P-M DUPUY, « L’unité de l’ordre juridique international – Cour général de droit international public », in : *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 297, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 112.

¹⁸³ M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *Droit international Public*, 9^{ème} ed., LGDJ Lextenso, 2022, pp. 907-908, §600.

¹⁸⁴ Voir par exemple le Contrat de concession conclut entre la République du Libéria et Firestone Liberia, art. 30.1.

¹⁸⁵ Z. DOUGLAS, « The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration » in P. DUPUY, J. VINUALES *Harnessing foreign investment to promote environmental protection: incentives and safeguards*, Cambridge university press, 2013, p. 435.

¹⁸⁶ M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *Droit international Public*, *op.cit.*, pp. 907-908, §600.

¹⁸⁷ E. MORGERA, *Corporate environmental accountability in International Law*, 2^{ème} ed., Oxford University Press, 2020, p. 62 ; voir également en ce sens CIRDI, aff. No. ARB/07/26, *Urbaser, prec.*, para. 1209.

telles que prévues dans les AII¹⁸⁸ : lorsqu'un investisseur poursuit un Etat devant un tribunal arbitral, et par analogie avec la pratique des contrats d'Etat, il consent à se soumettre aux termes de l'AII définissant l'étendue de son statut juridique, à savoir ses droits mais aussi ses obligations. La formulation de ces obligations dans l'AII, les normes concernées, leur degré de précision et de normativité joueront donc un rôle capital dans la détermination des obligations effectivement opposables aux investisseurs.

C) Les AII, nouvelles manifestations de l'acceptation des standards internationaux relatifs à l'environnement

Si les Etats semblent encore réticents à opposer directement aux investisseurs les normes et principes directeurs issus des conventions multilatérales de protection de l'environnement (1), les références expresses aux principes de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (« RSE ») peuvent permettre d'imposer certains standards internationaux en la matière (2).

1) *Des réticences persistantes à l'opposabilité directe des normes conventionnelles*

L'insertion dans les AII des principes directeurs du droit conventionnel de l'environnement pourraient permettre de transposer des normes s'adressant normalement aux Etats en obligations opposables aux investisseurs. En ce sens, les principes du pollueur-payeur, de précaution et de prévention sont potentiellement applicables à tous les membres de la communauté internationale, ce qui inclut les entreprises privées¹⁸⁹.

Mais cette solution reste majoritairement délaissée par les Etats¹⁹⁰, qui craignent que de telles dispositions n'aient un effet dissuasif¹⁹¹. Quelques rares AII imposent aux investisseurs de réaliser des études d'impact environnemental¹⁹², d'appliquer le principe de précaution¹⁹³ ou

¹⁸⁸ T. GLEASON, « Examining host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives », in : *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics*, Vol. 21, 2021, p. 440.

¹⁸⁹ E. MORGERA, *Corporate environmental accountability in International Law*, *op.cit.*, p.70.

¹⁹⁰ Le Code Commun d'Investissement de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (« CEDEAO ») se démarque des autres AII en ce qu'il impose aux investisseurs de mener leurs activités en stricte conformité avec les lois nationales applicables en matière d'environnement et avec les « autres accords multilatéraux applicables à leurs investissements »

¹⁹¹ M. KRAJEWSKI, « A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », *op.cit.*, p. 120.

¹⁹² Voir par ex. : TBI Maroc-Nigeria, *op.cit.*, art. 14(3) ; Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the Government of the Central African Republic, 2019, art. 16 ; le Projet de Code Panafricain d'Investissement, *op.cit.*, art. 37(4), le Code Commun d'Investissement de la CEDEAO , 2019, art. 27(b).

¹⁹³TBI Maroc-Nigeria, *op.cit.*, art. 14(3) ; Code Commun d'Investissement de la CEDEAO, art. 27(c).

de restaurer tout dommage causé à l'environnement du fait de leur activité¹⁹⁴. Aucun AII n'oppose explicitement aux investisseurs le principe du pollueur-payeur¹⁹⁵.

En l'absence de référence à une définition conventionnellement acceptée de ces principes directeurs, la portée de l'obligation de l'investisseur en vertu de l'AII sera déterminée par référence au droit de l'Etat hôte.

2) *L'insertion progressive des normes provenant de la Responsabilité Sociétale des Entreprises, un développement positif*

Issus du Global Compact onusien, les standards de RSE se retrouvent dans plusieurs textes internationaux¹⁹⁶. Cet éparpillement normatif suppose que les textes de référence soient précisément identifiés dans les AII pour pouvoir leur accorder, de manière autonome, une valeur réellement normative. Les clauses imposant de manière générale aux investisseurs de se conformer avec les standards internationaux issus de la RSE ne sont pas pour autant dépourvues de tout effet : seront opposables les standards internationaux effectivement transposés dans l'ordre interne¹⁹⁷ ou acceptés au préalable par l'investisseur.

De nombreux AII font référence aux standards de la RSE¹⁹⁸, mais souvent dans des termes peu normatifs qui ne permettent pas de déduire de véritables obligations¹⁹⁹. En ce sens les AII qui « encouragent »²⁰⁰ les investisseurs à se conformer aux standards de RSE, qui ne s'adressent pas directement aux investisseurs²⁰¹ ou qui excluent les clauses de RSE de l'arbitrage²⁰² sont insusceptibles de contenir une obligation environnementale opposable à un investisseur.

¹⁹⁴ Projet de Code Panafricain d'Investissement, art. 37(3) ; Code Commun d'Investissement de la CEDEAO, art. 27(e).

¹⁹⁵ UNCTAD International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 7 mars 2023.

¹⁹⁶ Les plus fréquemment cités sont notamment les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, les règles édictées par l'Organisation internationale de normalisation (« normes ISO »), ou encore les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme.

¹⁹⁷ Voir par ex. art. CEDEAO Supplementary Act on Investments, 2008, art. 15 et 16.

¹⁹⁸ L. DUBIN, « Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties », in : *Investment Treaty News*, 21 décembre 2018, [en ligne], consulté le 6 mars 2023. UNCTAD répertorie 88 AII se référant aux standards de RSE, International Investment Agreements Navigator, [en ligne], consulté le 13 août 2023.

¹⁹⁹ Y. LAHLOU, R. WILLARD, M. CRAVEN, « The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration », Y. LAHLOU, R. WILLARD, M. CRAVEN, « *The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration* », in : J. FRY, L.-A. B (ed.), *The Guide to Mining Arbitrations, Global Arbitration Review*, 2019, p.63.

²⁰⁰ Voir par ex. : Norway Model BIT, 2015, Art. 31

²⁰¹ Voir par ex. : Canada Model FIPA, 2021, art. 16(2). La solution retenue par l'article 23 du Modèle de TBI des Pays Bas, 2019, est intéressante sur ce point : s'il n'impose pas aux investisseurs de respecter les standards issus de la RSE, il prévoit tout de même que le tribunal, dans la détermination éventuelle d'un quantum de compensation, peut prendre en considération l'absence de conformité de l'investisseur avec ses engagements en vertu des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ou des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme.

²⁰² Voir par ex. : Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República De Colombia, 2015, art. 23.

Le TBI conclut en 2016 par le Maroc et le Nigeria se distingue sur ce point : il impose directement aux investisseurs, une fois leur investissement établis²⁰³, d'adopter et de se conformer aux normes ISO 14001, qui réglementent des questions liées au dérèglement climatique²⁰⁴, ou à tout autre standard international équivalent. Une telle disposition pourrait permettre d'imposer directement les normes visées aux investisseurs, mais cette solution n'a pas été reprise.

Il en reste que, même indirectement par référence aux standards traduits dans l'ordre interne ou acceptés a priori par l'investisseur, l'imposition des standards de la RSE aux investisseurs contribue à une meilleure répartition des responsabilités en faisant des investisseurs des acteurs de la transition écologique qui participent au développement et à la diffusion des bonnes pratiques environnementales à l'échelle internationale²⁰⁵.

La consécration d'obligations opposables aux investisseurs dans le texte des AII n'a d'intérêt que si elle peut effectivement engager la responsabilité d'un investisseur en cas de violation. Le système conventionnel de protection des investissements n'ouvrant pas l'accès à l'arbitrage international à des individus ou à des Etats tiers, la possibilité pour les Etats Parties à un AII de formuler une demande reconventionnelle en matière environnementale est essentielle.

Section II. La possibilité pour les Etats de former des demandes reconventionnelles, condition *sine qua non* de l'opposabilité du droit de l'environnement aux investisseurs

En ce qu'elles permettent, sur le fondement des obligations prévues dans les AII, d'engager la responsabilité environnementale des investisseurs, les demandes reconventionnelles rééquilibrent quelque peu le poids des responsabilités et des coûts environnementaux (A). Pour qu'elles puissent effectivement remplir ce rôle, il est nécessaire qu'elles soient prévues dans des termes suffisamment clairs et précis (B).

A) Les demandes reconventionnelles au service d'une répartition plus équitable des responsabilités et des coûts environnementaux

L'intégration, au sein des AII, de régimes de responsabilité civile internationale restant encore très largement théorique (1), la possibilité pour les Etats de formuler des demandes reconventionnelles en matière environnementale est une condition indispensable à

²⁰³ TBI Nigeria-Maroc, 2016, *op.cit.*, art. 18.

²⁰⁴ Organisation internationale de normalisation (ISO), *Climate change – how ISO 14001 supports organizations*, 2016.

²⁰⁵ A. PERRY-KESSARIS, « Corporate liability for environmental harm », in M. FITZMAURICE, D. ONG, *Research Handbook on International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2010? p.5.

l'engagement de la responsabilité environnementale des investisseurs (2).

1) *L'insertion de mécanismes de responsabilité civile internationale, une perspective encore théorique*

Un certain nombre de conventions mettant en place des régimes de responsabilité civile internationale pourraient être intégrées dans les AII pour engager la responsabilité des investisseurs lorsque leurs activités causent des dommages environnementaux sur le territoire de l'Etat hôte²⁰⁶, mais aucun AII ne prévoit ce type de disposition.

A défaut de se référer explicitement à ces conventions, certains AII prévoient tout de même que la responsabilité civile des investisseurs pourra être engagée dans leur Etat d'origine lorsque leurs actions entraînent des « *dommages importants, des blessures corporelles ou des pertes de vies humaines dans l'Etat d'accueil* »²⁰⁷. La doctrine fait écho à cette proposition²⁰⁸, qui aurait pour avantage notable de ménager pour les individus un accès à un forum permettant d'engager la responsabilité d'un investisseur étranger pour des dommages graves causés à l'environnement²⁰⁹. La pratique conventionnelle reste cependant très limitée, et la pratique arbitrale inexistante.

2) *Le rôle fondamental des demandes reconventionnelles dans la reconnaissance d'une responsabilité des investisseurs*

Les AII, en imposant aux investisseurs de se conformer avec les normes environnementales actées par l'Etat hôte ou issues de standards internationaux, délimitent la définition *ratione materiae* de l'investissement en excluant tout investissement qui ne serait pas réalisé de manière conforme à ces normes²¹⁰. En ce sens, l'insertion de clauses d'obligations pour les investisseurs

²⁰⁶ A. MISTURA, « Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale », in : *Investment Treaty News*, 23 avril 2019, [en ligne], consulté le 5 mai 2023. Il faut par exemple penser au Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant des mouvements transfrontaliers du 10 décembre 1999 ou à la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, telle que modifiée par le Protocole d'Amendement du 12 septembre 1997.

²⁰⁷ Voir par ex. : TBI Maroc-Nigeria, *op.cit.*, art. 20 ; Model de TBI des Pays Bas, *op.cit.*, art 7(4).

²⁰⁸ Institut International pour le Développement Durable, H. MANN, K. VON MOLTKE, L. E. PERTERSON, A. COSBEY, « IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development », in : *Negotiators' Handbook*, Second ed., 2006, art. 17, p. 28.

²⁰⁹ Institut International pour le développement durable, Friedrich Ebert Stiftung, « Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment Agreements », 2018, pp. 16-17 : compte tenu des difficultés persistantes des communautés impactés par les effets de certains investissements sur leur environnement local, en particulier dans les pays en voie de développement, permettre à ces populations d'intenter des actions en responsabilité civile devant les tribunaux de l'Etat d'origine de l'investisseur répond à une exigence de justice environnementale.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 3. Voir pour une sentences ayant tranché en ce sens : CIRDI, aff. No., ARB/15/29, *Cortec Mining Kenya Ltd et al. c. Kenya*, Award, 22 octobre 2018, §§346-349, 362, 365.

agit comme un mécanisme de sauvegarde prudentiel ou d'exception²¹¹, mais ne permet pas d'engager la responsabilité de l'investisseur pour violation de ses obligations en vertu de l'AII.

A contrario, la possibilité pour les Etats de formuler, dans le cadre d'un litige, une demande reconventionnelle sur le fondement de la violation par un investisseur des obligations environnementales qui lui incombent en vertu de l'AII peut permettre de reconnaître la responsabilité de l'investisseur et de palier quelque peu l'asymétrie de droit et d'obligations inhérente au système²¹². Si la violation de ses obligations par l'investisseur est actée par le tribunal, l'Etat hôte pourra être indemnisé. En ce sens, les demandes reconventionnelles formées par les Etats en matières environnementales permettent de mieux répartir le coût environnemental des activités économiques, conformément au principe du pollueur-payeur²¹³, et luttent contre le phénomène de « *regulatory chill* ».

B) L'importance fondamentale de dispositions claires fondant la compétence du tribunal

Trois conditions doivent être réunies pour qu'une demande reconventionnelle puisse être reçue devant un tribunal arbitral²¹⁴ : le consentement des parties au litige (1) ; l'existence d'un lien suffisant avec le litige au fond (2), et un fondement en droit²¹⁵. A chacune de ces étapes, la formulation des dispositions des AII jouera un rôle déterminant.

1) *L'identification du consentement des parties dans l'AII, un obstacle surmontable*

Si certains AII récents prévoient explicitement la possibilité pour les Etats Parties de former une demande reconventionnelle²¹⁶, ce n'est pas le cas de la grande majorité des AII²¹⁷, qui restent silencieux sur ce point.

Le consentement des parties peut également être implicitement déduit de la formulation de

²¹¹ Voir infra Partie 2, Chapitre 1.

²¹² A. BJORKLUND, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law, » in : *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17(2), 2013, p. 476.

²¹³ M. SCHERER, S. BRUCE, J. RESCHKE, « Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », in : *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 36, Issue 2, Spring 2021, p. 434.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 414.

²¹⁵ La demande reconventionnelle sera fondée en droit dès lors que l'AII impose directement ou indirectement des obligations aux investisseurs, voir supra Partie I, Chapitre I, Section 3, (A).

²¹⁶ Voir pour exemple, Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Reciprocal Promotion of Investments, 2017, art. 14(3), voir aussi Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates, 2018, art. 28.

²¹⁷ Y. LAHLOU, R. WILLARD, M. CRAVEN, « The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration », *op.cit.*, p.57.

l'AII par référence à une clause de compétence rédigée dans des termes très larges²¹⁸ ou par opposition à une disposition excluant certains types de demandes reconventionnelles : si certaines demandes reconventionnelles sont exclues, c'est que les autres ne le sont pas²¹⁹. De nombreux AII contiennent de telles dispositions²²⁰.

Certains AII rédigés dans des termes beaucoup plus restrictifs²²¹ ont fait l'objet d'interprétations divergentes, plusieurs tribunaux concluant à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle²²², d'autres considérant au contraire qu'une demande reconventionnelle pouvait être formée dès lors qu'elle était « *étroitement liée* » à la requête formée par l'investisseur²²³. Face à cette dissonance jurisprudentielle, et à l'absence de précisions quant au sens à donner au « *lien étroit* » (« *close connexion* »), il est préférable que les AII prévoient explicitement la possibilité de formuler des demandes reconventionnelles.

2) *Le silence problématique des AII quant à la caractérisation d'un lien suffisant*

L'exigence d'un « *lien suffisant* » entre l'objet du contentieux en l'espèce et la demande reconventionnelle peut poser un problème, en ce que les AII sont souvent silencieux sur ce point, ou retiennent une conception restrictive²²⁴. A titre d'exemple, le TBI conclut entre l'Argentine et les Emirats Arabes Unis requiert que la demande reconventionnelle soit « *directement liée au litige* » sans pour autant préciser le sens et la portée à donner à cette disposition²²⁵.

En l'absence de dispositions plus précises, les tribunaux appliquent alternativement

²¹⁸ Voir pour ex. : UNCITRAL, *Saluka Investment BV c. République Tchèque*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 mai 2004, §39.

²¹⁹ UNCITRAL, aff. No. UNCT/15/3, *David Aven et al. c. République de Costa Rica*, *prec.*, §693.

²²⁰ Voir pour ex. : Agreement Between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, 2018, Article 25.14 ; Agreement between the State of Kuwait and the Republic of Singapore for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2009, art. 9.

²²¹ Voir not. : Agreement between the Government of the United Kingdom of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, 1995, art 8(3) ; Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2005, art. 1, 24(1)

²²² Voir not. : CIRDI, aff. No. ARB(AF)/14/1, *Anglo American PLC c. République bolivarienne du Venezuela*, Award, 2019, §§526-528 ; CIRDI, aff. No. ARB/06/1, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, Award, 7 décembre 2011, §§869-871

²²³ UNCITRAL, Paris, *Oxus Gold c. République de l'Ouzbékistan*, Final Award, 17 décembre 2015, §§948-951.

²²⁴ Y. LAHLOU, R. WILLARD, M. CRAVEN, « The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration », *op.cit.*, pp. 58, 64.

²²⁵ Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates, 2018, art. 28(4), traduction libre ; voir pour une formulation similaire : Accord global et progressif pour le partenariat transpacifique, 2016, Article 9.18.2.

plusieurs méthodes, affirmant parfois l'exigence trop stricte²²⁶ d'une même base légale²²⁷, ou exigeant simplement que la demande reconventionnelle porte sur le même objet que la requête, à savoir, l'investissement²²⁸. Il serait donc préférable que les AII se saisissent de cette question, et caractérisent le lien à établir entre la requête et la demande reconventionnelle, en favorisant, pour en faciliter la recevabilité, la méthode de l'identité factuelle.

²²⁶ D. PRASAD, « The close connection test and state counterclaims in investment arbitration – When is « close » close enough ? », in : *Magna Charta*, 2017, p.10, cité par M. SCHERER, S. BRUCE, J. RESCHKE, « Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », *op.cit.*, p. 425.

²²⁷ UNCTAD, *Saluka Investment BV c. République Tchèque*, *prec.*, §§78-79.

²²⁸ CIRDI, aff. No. ARB/08/8, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, Excerpts of Award, 1^{er} mars 2012, §432 ; CIRDI, aff. No. ARB/07/26, *Urbaser*, *prec.*, §§1132-133.

La convergence normative entre droit international des investissements et protection de l'environnement dans le contexte de la crise climatique suppose donc une véritable reconceptualisation du modèle actuel des AII au service d'une meilleure intégration de la sphère environnementale dans le système conventionnel.

Cette intégration normative n'est pourtant pas, en elle-même, suffisante à réformer le cadre juridique applicable aux investissements étrangers en vertu des AII : elle participe certes à un effort de recadrage vers un objectif de développement durable, mais laisse en suspens la question de l'étendue de la protection conventionnelle. Le caractère exorbitant des droits dont bénéficient les investisseurs en vertu des AII est pourtant au cœur des discussions sur le projet de réforme et des critiques sur le système actuel²²⁹. L'insertion de clause redéfinissant le périmètre de cette protection conventionnelle est en ce sens un corollaire nécessaire à la transformation du système de protection conventionnelle des investissements étrangers.

²²⁹ Voir par ex. généralement : C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *op.cit.*

PARTIE II. L'ENVIRONNEMENT COMME LIMITE : REDEFINIR LE PERIMETRE DE LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DES INVESTISSEMENTS

Formulés dans des termes imprécis et équivoques, les AII laissent souvent un flou juridique qui ne permet pas d'identifier précisément dans quelle mesure les Etats ont consenti à limiter leur liberté normative dans l'adoption de mesures de protection de l'environnement. La réforme du système conventionnel de protection des investissements passe donc nécessairement par la clarification de l'étendue du consentement étatique, et l'affirmation de la prérogative de réglementation environnementale de l'Etat hôte.

Cela suppose, d'une part, d'exclure les considérations environnementales du champ d'application de la protection conventionnelle (Chapitre I) et, d'autre part, de mieux encadrer la portée des standards de protection conventionnelle (Chapitre II).

**CHAPITRE I. L'APPARITION DE MECANISMES D'EXCLUSION TOUJOURS PLUS LARGES, UN
DEVELOPPEMENT NORMATIF A ENCADRER**

La transformation du système conventionnel de protection des investisseurs vers un modèle compatible avec l'urgence climatique passe par l'insertion dans les AII de mécanismes ménageant une plus grande flexibilité normative aux Etats hôtes en matière environnementale. Deux catégories de dispositions conventionnelles complémentaires participent à ce mouvement de réappropriation de l'espace réglementaire étatique : les clauses d'exception environnementale (Section I), et les clauses de sauvegarde prudentielle (Section II). Ce « *rééquilibrage par l'exclusion* »²³⁰ doit, pour éviter de potentiels comportements opportunistes de l'Etat hôte, faire l'objet d'une délimitation précise dans les textes conventionnels.

**Section I. La préservation du pouvoir réglementaire des Etats en matière
environnementale, nouvel enjeu pour les AII**

Le constat quasi-unanime de l'effet occlusif de la protection exorbitante de la protection sur l'initiative étatique en matière de réglementation environnementale et climatique amène les Etats à consacrer dans les AII des clauses réaffirmant leur liberté normative (A). L'introduction dans les AII de mécanismes d'exception environnementale s'inscrit dans ce mouvement et permet de rééquilibrer quelque peu le système vers un modèle plus cohérent avec les objectifs de protection de l'environnement, à la condition qu'elles empêchent également les mesures de « protectionnisme vert » (B).

A) Un espace réglementaire entravé

Le phénomène de gel réglementaire n'est pas le seul effet néfaste que le système actuel de protection des investissements peut avoir sur l'espace normatif étatique : par peur d'être poursuivis, les Etats ont tendance à révoquer certaines dispositions réglementaires régulièrement adoptées (1). Pour lutter contre ces freins à l'initiative étatique en matière environnementale, il est essentiel de réaffirmer la liberté réglementaire des Etats dans le texte des AII (2).

1) Les implications critiques du système actuel sur le modèle démocratique

Le système actuel de protection conventionnel des investissements étrangers pousse les

²³⁰ Expression dérivée de la formule de « *rééquilibrage par l'exception* » développée généralement par : K. J. VANDEVELDE, « Rebalancing Through Exceptions », in : *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17.2, 2013, pp. 449-459.

Etats à se comporter comme des acteurs privés dont le rôle se limite à garantir aux investisseurs un cadre juridique favorable²³¹. Au-delà de limiter drastiquement la liberté réglementaire des Etats en matière de protection de l'environnement, cette conception met en danger la pérennité du modèle démocratique.

En effet, les Etats, et en particulier les Etats en voie de développement, sont enclins à annuler des réglementations contestées par de puissants investisseurs, même lorsqu'elles sont issues d'un processus démocratique²³². Le problème prend une ampleur plus impressionnante si l'on considère que l'ensemble du droit national, y compris les dispositions légales ou supra-légales, peut être impacté par règles prévues par les AII²³³.

2) *L'affirmation conventionnelle de la liberté normative des Etats en matière environnementale*

Deux mécanismes complémentaires peuvent être mis en place dans les AII : d'abord des clauses de sauvegarde normative, qui permettent de mieux définir le périmètre du consentement étatique, *ergo* dans quelle mesure l'Etat hôte a consenti à limiter sa liberté normative en matière environnementale (a) ; et ensuite des clauses d'exception environnementale, qui permettent à l'Etat hôte de s'exonérer de sa responsabilité lorsqu'il adopte une réglementation environnementale impactant un investissement (b).

a. L'identification de l'étendue du consentement de l'Etat par les clauses de sauvegarde normative

L'inclusion de clauses préservant le droit des Etats de réglementer dans des domaines d'ordre public (« *right to regulate clauses* » ou « *clauses de sauvegarde normative* ») peut contribuer à la protection de l'environnement²³⁴. Elles se retrouvent aujourd'hui dans 133 AII conclus entre 1966 et 2019²³⁵, et reprennent généralement la formulation suivante : « *les dispositions du présent Accord ne portent pas atteinte au droit des Parties de réglementer* » pour le bien-être public.

²³¹ D. SCHNEIDERMAN, « Hayek's dream: International investment law and the denigration of politics », in : *Leiden Journal of International Law*, Vol. 35, pp. 743.

²³² C. MOELECKE, L. WELLHAUSEN, « Political Risk and International Investment Law », in : *Annual Review of Political Science*, Vol. 25, 2022, p. 497.

²³³ D. GAUKRODGER, « The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties : A scoping paper », *op.cit.*, p.13.

²³⁴ R. LEAL ARCAS, F. SANTOS et al., « The contribution of free trade agreements and bilateral investment treaties to a sustainable future », *op.cit.*, p.35.

²³⁵ UNCTAD, International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 15 août 2023.

L'intérêt de ces clauses peut paraître limité : pour certains commentateurs, elles ne font que réaffirmer le droit souverain de réglementer dans toute matière, y compris environnementale, et sont souvent déclaratoires²³⁶ ou conditionnées par le respect des dispositions de l'AII²³⁷, ce qui pourrait amoindrir leur portée normative²³⁸. Pour d'autres, ces clauses ne sont pas dénuées d'effet utile : elles peuvent servir à identifier la volonté des parties de faire primer certaines politiques sur la protection conventionnelle des investissements²³⁹. La pratique arbitrale²⁴⁰ et conventionnelle²⁴¹ récente tend en ce sens.

Si une clause de sauvegarde réglementaire ne peut, en elle-même, exempter l'Etat de sa responsabilité lorsqu'il adopte une mesure privative de propriété dans un but de protection de l'environnement²⁴², ce type de disposition permet d'éclairer le tribunal sur l'étendue de la protection des investissements accordée par les Etats en vertu de l'AII, et d'éviter qu'elle n'empiète trop largement sur les considérations environnementales²⁴³.

b. L'inclusion progressive d'exceptions environnementales au secours de la liberté normative de l'Etat

Sur le modèle des articles XX(b) et (g) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce («GATT»), un nombre croissant d'AII ont adopté des clauses d'exception relatives à la protection de l'environnement : 243 AII²⁴⁴ contiennent de telles dispositions. Correctement formulées, ces clauses reprennent et étendent²⁴⁵ la logique de la doctrine des pouvoirs de

²³⁶ C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *op.cit.*, p. 568-569, ; Voir par exemple la formulation retenue par le TBI Union économique Belgo-Luxembourgeoise - Montenegro, 2010 art. 5 : « *Recognising the right of each Contracting Party to establish its own levels of domestic environmental protection and environmental development policies and priorities, and to adopt or modify accordingly its environmental legislation [...]* ».

²³⁷ Voir par ex. : Agreement between the government of the Republic of Belarus and the Government of Georgia on the promotion and reciprocal protection of investments, 2017 art. 11 ; Investment agreement between the Government of the Honk Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, 2016, art. 15 ; Modèle de TBI de la Norvège, 2021, art. 12.

²³⁸ C. L. BEHARRY, M. E. KURITZKY, « Going Green : Managing the Environment Through International Investment Arbitration », in : *American University International Law Review*, Vol. 30, Issue 3, Article 2, 2015, p. 392.

²³⁹ J. K. SHARPE, « From Delegation to Prescription : Interpretative Authority in International Investment Agreements », *op.cit.*, p.12.

²⁴⁰ CIRDI, aff. No. ARB/11/33, *Adel A. Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Award, 3 novembre 2015, §§ 186, 387-390 ; CIRDI, *Aven c. Costa Rica*, *prec.*, §§ 8, 412.

²⁴¹ Voir not. le Modèle de TBI de l'Italie, 2022, art. 6(2).

²⁴² Elle se distingue en ce sens des mécanismes d'exception environnementale et des clauses de résolution des conflits.

²⁴³ J. K. SHARPE, « From Delegation to Prescription : Interpretative Authority in International Investment Agreements », *op.cit.*, pp. 12-13.

²⁴⁴ UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, [en ligne], consulté le 17 mars 2023.

²⁴⁵ La doctrine des pouvoirs de police ne joue traditionnellement que pour le standard de l'expropriation, les clauses

police²⁴⁶ et peuvent être d'utiles outils pour préserver la réglementation environnementale des Etats Parties au TBI²⁴⁷.

Bien qu'elles aient pour but commun de préserver l'espace réglementaire des Etats en matière de politique publique, les clauses d'exception diffèrent des clauses de sauvegarde réglementaire en ce qu'elles permettent aux Etats de déroger à la protection substantielle accordée aux investisseurs par le traité, et de s'exonérer de leur responsabilité²⁴⁸.

En application de ces clauses, il sera possible pour l'Etat hôte, pour une finalité relevant de l'ordre ou du bien-être public, de prendre des mesures *bona fide* et non-discriminatoires normalement incompatibles avec la protection conventionnelle accordée aux investisseurs en vertu de l'AII.

L'insertion d'exceptions environnementales dans les AII, et en particulier dans les TBI, étant relativement récente, leur effet reste incertain et dépendra largement de la formulation retenue et de la marge d'interprétation laissée au tribunal²⁴⁹. Largement critiquée par la doctrine²⁵⁰, la sentence rendue récemment dans l'affaire *Eco Oro c. Colombie* a au moins le mérite d'apporter quelques précisions sur l'interprétation des exceptions environnementales.

D'une part, elle souligne l'importance de la rédaction de la clause d'exception environnementale : le tribunal, saisi de deux clauses d'exceptions dont une n'exonérait pas explicitement une exonération de l'obligation de compenser, a déduit de cette asymétrie que l'intention des Etats Parties était d'engager leur responsabilité sur le fondement de cette clause²⁵¹. Les Etats Parties à l'ALE applicable s'accordaient pourtant à dire que les deux clauses avaient une finalité identique²⁵².

d'exception environnementale étendent la même logique aux autres standards de protection substantielle des investissements.

²⁴⁶ Voir infra. Partie 2, Chapitre 2, Section 1(B) et Section 2(B).

²⁴⁷ C. L. BEHARRY, M. E. KURITZKY, « Going Green : Managing the Environment Through International Investment Arbitration », *op.cit.*, pp. 406-407.

²⁴⁸ W. ALSCHNER, K. HUI, « Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties », in : *Yearbook on International Investment Law and Policy*, New York, Oxford University Press, 2018, pp. 3-4.

²⁴⁹ L. LETOURNEAU TREMBLAY, « In Need of a Paradigm Shift: Reimagining Eco Oro v Colombia in Light of New Treaty Language », in : *Journal of World Investment & Trade*, No. 23, 2022, p. 932.

²⁵⁰ Voir par exemple : R. GARDEN, « Eco Oro v Colombia : The Brave New World of Environmental Exceptions », in : *ICSID Review*, Vol. 38, No. 1, 2023, p. 23. Il est notamment reproché au tribunal d'avoir interprété de manière différentes les attentes légitimes sous le standards de l'expropriation et celles incluses dans le standards de traitement juste et équitable d'une manière qui neutralise l'une des clause d'exceptions, voir en ce sens : CIRDI, aff. No. ARB/16/41, *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, Opinion dissidente partielle du Prof. P. SANDS QC, §16.

²⁵¹ CIRDI, aff. No. ARB/16/41, *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 septembre 2021, §830.

²⁵² *Ibid.*, §§374, 378.

D'autre part, la solution retenue par le tribunal confirme également que les clauses d'exception, se distinguent des mécanismes sauvegarde prudentiels²⁵³, en ce qu'elles n'excluent pas la matière environnementale de l'arbitrage, mais constitue un « *filet de sauvetage* »²⁵⁴, un dernier recours pour exclure la responsabilité de l'Etat hôte lorsqu'il a effectivement violé ses obligations de protection en vertu de l'AII.

B) Le subtil équilibre des clauses d'exception : entre protection de l'environnement et risque de « protectionnisme vert »

Que ce soit dans la délimitation du périmètre *ratione materiae* de l'exception (1) ou de son champ d'application au sein de même de l'AII (2), la formulation de la clause d'exception jouera un rôle déterminant.

1) *La délimitation du périmètre de l'exception, un exercice délicat*

En fonction de la manière dont la clause d'exception sera rédigée, l'exigence d'un lien entre l'objectif poursuivi et la mesure étatique sera plus ou moins stricte (a). Pour éviter les risques d'opportunisme et de détournement de l'exception environnementale, il faut renoncer aux formulations trop permissives (b).

a. Des degrés différenciés dans l'exigence d'un lien entre l'objectif poursuivi et la mesure étatique

Le périmètre de la liberté réglementaire de l'Etat est défini dans la clause d'exception à la fois par les objectifs légitimes qui y sont listés et par le caractère plus ou moins strict du lien entre la mesure étatique mise en œuvre pour atteindre cet objectif.

Le champ matériel des objectifs publics justifiant les exceptions varie en fonction des AII²⁵⁵, mais d'une manière générale, les AII les plus récents incluent dans les buts légitimes des objectifs de plus en plus précis, qui tendent à refléter les ceux prévus aux article XX(b) et (g) du GATT²⁵⁶, et dépassent la formulation trop générale de « *protection de l'environnement* ».

²⁵³ Voir infra. Partie 2, Chapitre 2, Section 1(B) et Section 2(B) ; Voir également : E. CASTELLARIN, A. DE NANTEUIL, S. ROBERT-CUENDET, « Arbitrage d'investissement et droit international général (2021) », in : *Annuaire français de droit international*, Vol. LXVII, CNRS Editions Paris, 2021, p. 759.

²⁵⁴ CIRDI, aff. No. ARB/16/41, *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, prec., Non-disputing party submission of Canada, 27 février 2020, §20.

²⁵⁵ H. SABZEVARI, M-H ABEDIAN KALKHORAN, « Standards of Review for the Non-Precluded Measures Clause in Investment Treaties: Different Wording, Diferent Levels of Scrutiny », in : *Netherland International Law Review*, Asser Press, 2021, p. 5.

²⁵⁶ Voir par ex. : Agreement on Investment among the governments of the Hong Kong Special Administrative

En fonction du lien exigé entre l'objectif établi et la mesure effectivement prise par les autorités étatiques, les Etats Parties auront plus ou moins de liberté d'action²⁵⁷ en matière environnementale. La majorité des TBI retiennent des formules plus restrictives²⁵⁸, telles que « *mesures nécessaires à* » ou « *mesures indispensables à* », qui limitent la liberté normative des Etats. D'autres contiennent des formulations plus permissives, telles que « *toute mesure visant à la protection de l'environnement* », ce qui résulte en un espace réglementaire accru pour les Etats²⁵⁹.

En tout état de cause, seules les mesures non-discriminatoires, adoptées régulièrement et de bonne foi pourront bénéficier des mécanismes d'exceptions environnementales.

b. Les risques d'une formulation trop permissive des clauses d'exception environnementales

Si, dans la perspective de préserver le pouvoir normatif des Etats en matière environnementale, il est important que les objectifs environnementaux prévus par les clauses d'exception soient larges, il ne faut pas pour autant que les clauses d'exception ne puissent servir de prétexte à « *protectionnisme vert* », ou que des mesures n'ayant pas pour objet premier la protection de l'environnement soient tout de même protégées.

En ce sens, les clauses d'auto-évaluation (« *self-judging-clauses* »²⁶⁰), qui permettent aux Etats de définir eux-mêmes ce qu'ils entendent par « *nécessaire* » ou « *indispensable* » à la protection de l'environnement²⁶¹, laissent peut-être une marge d'appréciation trop large : l'éventuel contrôle par un tribunal arbitral se limite à la bonne foi²⁶². Par ailleurs, dans certains (rares) cas, la clause « *self-judging* » prévoit également qu'une telle mesure ne peut être

Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of the Southeast Asian Nations, 2022, art 9(1)(b), (f) : « *nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures [...] necessary to protect human, animal or plant life or health [...] relating to the conservation of exhaustible natural resources* ».

²⁵⁷ C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *op.cit.*, pp. 575-576.

²⁵⁸ W. W. BURKE-WHITE, A. VON STADEN, « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », in : *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48.2, 2008, p. 330.

²⁵⁹ D. PATHIRANA, M. MCLAUGHLIN, « Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice », in: *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, p. 10.

²⁶⁰ Typiquement, ce genre de clause d'exception contient la mention « *measures it [l'Etat hôte] considers necessary* »

²⁶¹ C. TITI, « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », in : *Courses of the Summer School on Public International Law*, Moscou, Vol. 18, 2022, p. 44.

²⁶² Comprehensive Economic Partnership Agreement between India and the Republic of Korea, 2009, pp. 18-19.

soumise à l'arbitrage²⁶³. Une clause d'exception ainsi formulée se confond avec une clause de sauvegarde prudentielle²⁶⁴.

Dans le même temps, il n'est pas non plus souhaitable que le contrôle de la mesure étatique ne soit trop restrictif : la marge d'action du gouvernement, démocratiquement élu, doit être respectée, d'autant plus lorsque la situation réglementée répond à des considérations liées à l'urgence climatique ou que la mesure prise s'inscrit dans le cadre des obligations internationales de l'Etat hôte en la matière²⁶⁵.

Dans une perspective d'équilibre entre risque d'opportunisme et nécessité d'action, une formulation mesurée s'impose donc. Il serait par exemple possible de reprendre la formulation prévue par certains AII en matière d'exception liées à la protection de l'ordre public, exigeant l'existence d'une « *menace réelle et suffisamment grave pour l'un des intérêts fondamentaux de la société* »²⁶⁶, et que les mesures prises ne soient pas des « *restrictions déguisées au commerce ou aux investissements internationaux* »²⁶⁷.

2) *L'importance fondamentale de la délimitation du champ d'application de la clause d'exception*

On peut ici distinguer les clauses d'exceptions générales²⁶⁸, qui s'appliquent à l'ensemble des dispositions du TBI²⁶⁹, et les clauses d'exceptions spécifiques, qui, en ne s'appliquant qu'à certains standards conventionnels de protection des investissements, « *visent à protéger non pas l'ensemble des mesures adoptées par l'Etat mais uniquement celles qui visent à assurer le respect par l'investisseur des normes relatives [...] à l'environnement* »²⁷⁰.

Dans la majorité des cas, les clauses d'exceptions spécifiques ont un champ d'application limité au standard de la nation la plus favorisée²⁷¹, ou, plus rarement, au traitement juste et

²⁶³ Voir pour exemple, Comprehensive Economic Partnership Agreement between India and the Republic of Korea, 2009, Annexe 10-C (a) : « *any decision of the disputing Party taken on such security considerations shall be non-justiciable* ».

²⁶⁴ Voir infra, Partie 2, Chapitre 1, Section 2.

²⁶⁵ A. VAN AAKEN, « Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View », in : *University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 2013-18, mars 2013, p. 28.

²⁶⁶ Voir, pour un exemple, Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Côte d'Ivoire for the reciprocal promotion and protection of investment, 2020, art. 15(1)(b).

²⁶⁷ Modèle de TBI de la Norvège, *op. cit.*, art. 24.

²⁶⁸ Voir pour un ex. : Modèle de TBI du Canada, 2004, art. 10(1).

²⁶⁹ W. ALSCHNER, K. HUI, « Missing in Action : General Public Policy Exceptions in Investment Treaties », in : *Yearbook on International Investment Law and Policy*, New York, Oxford University Press, 2018, pp. 3-4.

²⁶⁹ K. J. VANDEVELDE, « Rebalancing through exceptions », *op.cit.*, p. 449.

²⁷⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 479, §14.13.

²⁷¹ K. J. VANDEVELDE, « Rebalancing through exceptions », *op.cit.*, p. 450.

équitable²⁷², ce qui signifie que le mécanisme d'exception ne s'applique pas aux mesures étatiques affectant les autres standards de protection. Or, les dispositions relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation sont les plus souvent invoquées par les investisseurs devant les tribunaux²⁷³. Pour conserver les prérogatives réglementaires des Etats en matière de protection de l'environnement, et limiter l'accès d'investisseurs particulièrement polluants à l'arbitrage, il est plus intéressant d'inclure dans les AII des clauses d'exception générales.

Afin d'empêcher les abus, de nombreuses clauses d'exceptions générales prévoient que les mesures prises par les Etats Parties ne doivent pas être discriminatoire ou arbitraires. On peut néanmoins regretter que nonobstant certaines exceptions²⁷⁴ la plupart des TBI ne précisent pas le sens à donner à ces termes.

Finalement, si la pratique des exceptions environnementales se généralise progressivement dans les AII « nouvelle génération »²⁷⁵, la formulation de ces clauses reste encore très hétérogène. En parallèle de la construction de nouvelles clauses d'exception environnementale équilibrées et efficaces, l'insertion dans les AII de dispositions ayant pour effet de limiter l'accès au RDIE lorsque la protection de l'environnement est en cause est permet également de mieux définir le périmètre de la liberté normative de l'Etat hôte.

Section II. La nécessité de limiter l'accès à l'arbitrage : vers un « veto climatique »²⁷⁶ ?

Le déséquilibre initial entre les droits accordés aux investisseurs et les obligations incombant aux Etats en vertu des AII se retrouve également dans l'accès au mécanisme de RDIE. En effet, les investisseurs bénéficient d'un accès privilégié à l'arbitrage sur la base des AII, là où les Etats Parties ne peuvent y avoir recours de manière très indirecte, dans l'éventualité d'une demande reconventionnelle (A).

²⁷² Voir par ex. : Agreement between the Lebanese Republic and the Federal Republic of Germany on the promotion and reciprocal protection of investments, 1997, Protocole art. 3 (c).

²⁷³ Sur les 723 affaires répertoriées par l'UNCTAD, 620 demandes portent sur une violation alléguée du traitement juste et équitable, et 593 sur une expropriation, UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, [accès en ligne], consulté le 17 mars 2023.

²⁷⁴ Voir not. le Modèle de FIPA du Canada de 2021, qui définit une mesure manifestement arbitraire dans les termes suivants : « *A measure is manifestly arbitrary when it is evident that the measure is not rationally connected to a legitimate policy objective, such as when a measure is based on prejudice or bias rather than on reason or fact* ».

²⁷⁵ Sur les 186 AII conclus entre 2010 et 2023, 91 contiennent des mécanismes d'exception environnementales similaires au GATT : UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, [en ligne], consulté le 3 août 2023.

²⁷⁶ L'expression de « veto climatique » est reprise par plusieurs commentateurs et fait généralement écho à la proposition No. 7 du rapport de la Commission Schubert d'évaluation du CETA, en date du 8 Septembre 2017.

Les abus de ce système et la multiplication des décisions prétorienne portant atteinte à la liberté réglementaire des Etats en matière environnementale ont amené la doctrine, majoritairement, et la pratique conventionnelle, de manière subsidiaire, à se saisir de la question des limites de l'accès au mécanisme de RDIE. Pour ce faire, des clauses de sauvegarde normative ou de « *carve-out* », c'est-à-dire des clauses restreignant l'accès à l'arbitrage pour les investisseurs, peuvent être intégrés dans les AII. Deux solutions sont proposées en ce sens : l'exclusion *ratione personae* de certains investisseurs (B) et l'exclusion *ratione materiae* des questions environnementales et climatiques (C).

A) Les investisseurs, bénéficiaires d'un accès privilégié à l'arbitrage international

Le mécanisme de règlement des différends entre les investisseurs et les Etats fait l'objet de critiques récurrentes de la doctrine : les investisseurs n'hésitent pas à menacer les Etats d'avoir recours au mécanisme de RDIE pour empêcher l'adoption de réglementations qui leur seraient défavorables²⁷⁷, y compris en matière environnementale, ce qui résulte en un amoindrissement des initiatives réglementaires en la matière²⁷⁸.

Depuis l'arrêt *AAPL c. Sri Lanka*²⁷⁹, les Etats Parties aux AII sont supposé avoir consenti à tout arbitrage engagé sur le fondement des clauses de compétence prévues par le texte conventionnel. La manière dont les clauses de compétence sont rédigées dans les AII laisse la voie libre à ces abus. D'une part, les investisseurs sont systématiquement exempts de la condition pourtant classique en droit international de l'épuisement des voies de recours internes²⁸⁰. D'autre part, les AII prévoient souvent que les investisseurs peuvent saisir directement un tribunal de « *tout différent lié à un investissement* »²⁸¹.

Appelées clauses parapluie (« *umbrella clauses* ») ou clauses d'effet miroir, ces dispositions ont pour effet d'étendre le champ d'application *ratione materiae* du mécanisme de règlement des différends investisseur-Etat aux droits et obligations contenues dans les contrats

²⁷⁷ On peut par exemple penser aux actions menées par l'entreprise Vattenfall après l'annonce du gouvernement Allemand 2011 de sortir du nucléaire à l'horizon 2022, voir : N. BERNASCONI-OSTERWATER, R. T. HOFFMANN, « La sortie du Nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement ? », *Aperçu du plus récent différent entre Vattenfall et l'Etat Allemand (II)*, 2013, Version française, 8 p.

²⁷⁸ Voir généralement : K. TIENHAARA, « Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement », *op.cit.*, pp. 229-250.

²⁷⁹ CIRDI, aff. No. ARB/87/3, *AAPL c. République du Sri Lanka, prec.*, §76.

²⁸⁰ Seuls 4 AII prévoient une règle d'épuisement des voies de recours, UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, [en ligne], consulté le 16 août 2023.

²⁸¹ 112 AII contiennent cette formulation, UNCTAD, International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 16 août 2023.

d'investissements conclus entre un Etat et un investisseur. Autrement dit, lorsqu'un AII contient une telle clause, un investisseur pourra saisir un tribunal non seulement en cas de violation alléguée de l'AII, mais également lorsqu'il estime que les droits qu'il tire d'un contrat particulier n'ont pas été respectés²⁸². Or, certains de ces contrats peuvent contenir des clauses de stabilisation empêchant explicitement l'Etat hôte de modifier sa législation, notamment dans le domaine environnemental, pour toute la durée du contrat²⁸³. Il faut également noter que les investisseurs les plus polluants sont ceux qui ont le plus souvent recours à l'arbitrage sur le fondement d'un AII²⁸⁴.

Face à ce constat, et pour tenter de mieux encadrer l'accès au RDIE, une partie de la doctrine propose de limiter, voire d'interdire, l'accès au RDIE pour certains investisseurs.

B) Le recours discutable à des mécanismes d'exclusion *ratione personae*

L'exclusion *ratione personae* de certaines catégories d'investisseurs est l'une des solutions proposées par la doctrine pour répondre aux abus du mécanisme de RDIE. Si écarter tout investisseur est certainement une solution mal adaptée (1), l'exclusion des investisseurs « *non-durables* »²⁸⁵, à la condition qu'elle soit couplée avec la mise à l'écart des mesures ayant une finalité environnementale du RDIE, constitue une piste intéressante (2).

1) *Ecarter tout investisseur, une mesure trop stricte*

Les propositions doctrinales les plus extrêmes tendent à proposer l'exclusion totale de tout recours au RDIE pour tout investisseur. Quelques AII, souvent plus anciens, ne prévoient ainsi pas de mécanisme de RDIE²⁸⁶.

La mesure est sûrement trop sévère : l'accès des investisseurs à l'arbitrage international

²⁸² 189 litiges ont ainsi été introduits sur la base d'une clause parapluie, dont la récente affaire RWE c. Pays Bas, dans laquelle l'entreprise RWE remet en question la décision des Pays-Bas de sortir de la production d'énergie issue du charbon d'ici 2030, en application de ses obligations en vertu de l'Accord de Paris, UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, [en ligne], consulté le 16 août 2023.

²⁸³ J. L. CERNIE, « Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses », in: *German Law Journal*, Vol. 11, No 2, 2010, p. 213 ; voir aussi, généralement : L. COTULA, « Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses », in: *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 1, No. 2, 2008, pp. 158-179.

²⁸⁴ Sur les 1229 cas recensés par l'UNCTAD, 198 ont été initiés par des investisseurs du secteur minier, 223 l'ont été par des investisseurs du secteur de l'énergie, 145 par des investisseurs du secteur de la construction et 33 affaires ont été initiées par des investisseurs du secteur pétrolier et des industries chimiques, UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, [en ligne], consulté le 8 mars 2023.

²⁸⁵ Une partie de la doctrine retient également le terme d'investisseur « non-soutenable », voir par ex. : S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p.220.

²⁸⁶ 134 AII dont 122 TBI ne contiennent pas de mécanismes de RDIE, UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, [en ligne], consulté le 17 août 2023.

leur permet de pouvoir porter un différend avec l'Etat hôte devant une juridiction politiquement neutre, pour le protéger du protectionnisme étatique. Interdire tout accès à tout investisseur, et sur toute question, est certes un moyen radical de préserver la capacité réglementaire de l'Etat hôte en matière environnementale et climatique, mais n'est pas nécessairement synonyme de garantie d'une meilleure protection de l'environnement

En ce sens par exemple, un investisseur agissant dans le secteur des énergies renouvelables ou de la transition écologique ne pourrait pas porter de requête ayant trait au non-respect par l'Etat hôte des obligations environnementales qui pourraient lui incomber en vertu du AII, ou ne pourrait pas directement contester le retrait par l'Etat hôte de mécanismes incitatifs. La possibilité pour un investisseur de se reposer indirectement sur la protection diplomatique de son Etat d'origine dans le cadre d'un arbitrage inter-étatique est limitée, d'autant plus que certains AII, en plus de ne pas prévoir de mécanisme de RDIE, excluent également la matière environnementale des questions arbitrables entre les Etats Parties²⁸⁷.

Somme toute, cette solution est trop stricte et ne répond pas à l'objectif initial de la clause de sauvegarde prudentielle en matière environnementale, à savoir, *in fine*, sauvegarder l'espace réglementaire étatique pour garantir une meilleure protection de l'environnement.

2) *L'exclusion controversée des investisseurs non-durables*

Une partie de la doctrine milite pour l'exclusion des investisseurs les plus polluants²⁸⁸, au profit de mécanismes alternatifs ou de la justice étatique²⁸⁹. Un premier exemple de l'application d'une telle clause sont les Sections B et C de l'Annexe IN de l'Accord de Principe de Modernisation du Traité sur la Charte de l'Energie (« TCE »), qui prévoit qu'à partir du 15 août 2023, les investissements dans certaines énergies fossiles exhaustivement listées effectués sur les territoires de l'Union européenne, de la Suisse et du Royaume Uni ne sont plus automatiquement couverts par la clause de compétence ouvrant accès au mécanisme de RDIE²⁹⁰. L'exclusion d'investisseurs non-durables peut également se faire de façon implicite,

²⁸⁷ Cooperation and facilitation investment agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname, 2018, art. 25(1), (3) et (13)(b).

²⁸⁸ M. D. BRAUCH, « Reforming International Investment Law for Climate Change Goals », *op.cit.*, pp. 16-17.

²⁸⁹ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, M. DIETRICH BRAUCH et al., « Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation : Aligning International Investment Law with the Urgent Need for Climate Change Action », in : *Journal of International Arbitration*, 2019, vol. 36, n° 1, pp. 7-36, cité par : S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p.220.

²⁹⁰ UE, Conseil de l'Union européenne, Accord de principe sur la modernisation du Traité sur la Charte de l'Energie, 24 juin 2022, Annexe IN, Section B et C : « *the Energy Materials and Products and activities listed below are excluded from the definition of Economic Activity in the Energy Sector [...] : Coal [...] Petroleum oils*

en retenant par exemple la contribution au « *développement durable* » de l'Etat hôte comme l'un des critères de définition d'un investissement²⁹¹.

L'exclusion des investisseurs non-durables pourrait avoir pour effet bénéfique de décourager les investissements réalisés dans les secteurs concernés, inscrivant ainsi les AII dans la perspective plus globale d'une transition vers un modèle économique compatible avec les problématiques environnementales. Pour plus de précision dans la portée d'une telle exclusion de la protection conventionnelle, plusieurs commentateurs proposent de déterminer, au niveau national ou international, une liste de critères permettant de déterminer si, et dans quelle mesure, un investisseur peut être considéré comme étant durable²⁹².

Une remarque tend néanmoins à nuancer la pertinence d'une telle disposition. En effet, l'exclusion de tout investisseur non-environnementalement durable n'écarte pas uniquement les mesures prises dans un objectif de protection de l'environnement ou de lutte contre le dérèglement climatique : toute mesure prise à l'encontre d'investisseurs considérés comme non-viable sera exempt du champ d'application du RDIE, peu importe sa finalité²⁹³. Là encore, la clause n'est pas assez ciblée. C'est la raison pour laquelle les clauses de sauvegarde prudentielles fondées sur la finalité de la mesure étatique, notamment lorsqu'elles sont couplées avec l'exclusion des investisseurs non-durables, sont plus pertinentes.

C) L'exclusion des questions environnementales, une solution en quête de précision

L'une des solutions proposées par la doctrine serait d'introduire dans les AII des clauses de sauvegarde prudentiels limitant le champ d'application *ratione materiae* du mécanisme de RDIE en excluant les mesures nationales de protection de l'environnement²⁹⁴. Quelques rares exemples peuvent être identifiés dans la pratique récente des AII (1), mais c'est encore dans la doctrine que l'on trouve les formulations les plus innovantes (2).

[...] *Hydrogen* [...]. ». Les investissements réalisés dans le secteur des énergies renouvelable conservent leur accès au RDIE.

²⁹¹ J. TROPPER, K. WAGNER, « The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties ? », in : *Journal of World Investment & Trade*, 2022, p. 818. Une pratique conventionnelle existe déjà en ce sens, voir par exemple : Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Arab Republic of Egypt on the reciprocal promotion and protection of investments, 2014, art. 1(1) ; TBI Maroc-Nigeria, *op.cit.*, art. 1(3).

²⁹² Voir par ex. la grille de lecture proposée par K. P. SAUVANT, H. MANN, « Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics », in : *The E15 Initiative – Strengthening the global trade and investment system for sustainable development*, ICTSD, 2017, 46 p.

²⁹³ J. PAINE, E. SHEARGOLD, « A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties », in : *Journal of International Economic Law*, 2023, Vol 00, p. 13

²⁹⁴ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p.220.

1) Une pratique conventionnelle très résiduelle

La plupart des nouveaux AII contiennent des dispositions limitant d'une manière ou d'une autre l'accès au RDIE ²⁹⁵, mais rares sont celles qui concernent la matière environnementale. Cette solution n'est pourtant pas nouvelle : ces clauses existent déjà pour les législations fiscales²⁹⁶ et pour des mesures ayant pour but de réglementer les produits de l'industrie du tabac ou de protéger la santé humaine²⁹⁷.

Quelques rares AII excluent totalement les questions environnementales du mécanisme de règlement des différends²⁹⁸, mais ces dispositions manquent de précision : elles écartent du RDIE les mesures prises par l'Etat pour protéger l'environnement, sans pour autant les définir. La définition précise de ces mesures, et donc l'effectivité du mécanisme de sauvegarde prudentiel, dépendront alors très largement d'une appréciation casuistique du tribunal²⁹⁹. Des dispositions plus claires et plus précises, laissant une marge d'interprétation moins large, doivent ainsi être privilégiées.

2) L'apport substantiel des propositions doctrinales : vers un « veto climatique »³⁰⁰ ?

Un certain nombre de propositions doctrinales demandent l'introduction dans les AII de dispositions excluant explicitement certaines mesures visant à mieux protéger l'environnement, comme les mesures d'atténuation ou d'adaptation au dérèglement climatique³⁰¹, prises notamment en application des traités internationaux conclus en la matière.

C'est notamment la proposition du Professeur Gus Van Harten, pour qui la clause de sauvegarde prudentielle devrait permettre d'écarter :

« toute mesure adoptée par une Partie au présent accord et qui est relative à l'objectif de stabilisation des concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère [...] ou qui

²⁹⁵ UNCTAD, *Tacking stock of IIA reform : recent developments*, IIA Issues Note – International Investment Agreements, 2019, p.10.

²⁹⁶ J. PAINE, E. SHEARGOLD, « A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties », *op.cit.*, p. 8.

²⁹⁷ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 2018, art. 29.5.

²⁹⁸ K. GORDON, J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey », *op.cit.*, p. 20 ; voir par exemple Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union on the one hand and the Republic of Colombia, on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments, 2009, art. VII(5) ; Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Moldova for the promotion and protection of investments, 2018, art. 20(1)(a).

²⁹⁹ M. D. BRAUCH, « Reforming International Investment Law for Climate Change Goals », *op.cit.*, p.18.

³⁰⁰ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p.221.

³⁰¹ J. C. LAWRENCE, L. ANKERSMIT, « Making EU FTAs Paris Safe », in : *SSRN Journal Online*, 2019, p. 21, [en ligne], consulté le 11 mars 2023.

*est relative à l'un des principes ou engagements énoncés aux articles 3 et 4 de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques de 1992*³⁰² »³⁰³.

D'autres références aux engagements internationaux des Etats pourraient y être inclus, notamment l'Accord de Paris de 2015 ou la Convention sur la Biodiversité de 1992. Une telle formulation aurait pour avantage de garantir plus de certitude pour les investisseurs comme pour les Etats Parties quant aux mesures qui peuvent ou ne peuvent être soumises au mécanisme de RDIE. Elle pourrait à la fois empêcher un investisseur de remettre en question les mesures de protection de l'environnement légitimement adoptées par l'Etat hôte en application de ses obligations internationales, mais n'exclurait pas la possibilité pour les investisseurs de recourir à l'arbitrage lorsque l'Etat hôte ne remplit pas les obligations qui découlent de l'AII en la matière.

Certains commentateurs ont pu s'inquiéter du fait que les tribunaux d'arbitrage n'auraient pas l'expertise nécessaire pour interpréter le droit international de l'environnement³⁰⁴. Pour pallier cette éventuelle lacune, il serait intéressant d'intégrer dans le texte des AII une disposition spécifique prévoyant la possibilité pour un tribunal de nommer un expert lorsque des considérations environnementales sont en jeu, sous condition de l'approbation des parties³⁰⁵.

Les questions environnementales étant à la croisée des champs juridiques et scientifiques, il faudrait confier la vérification du respect des conditions posées par la clause de sauvegarde prudentielle à des organismes d'experts nationaux, plutôt qu'aux arbitres internationaux, comme c'est déjà le cas en matière fiscale³⁰⁶. En matière fiscale, ces organismes sont établis dans l'ensemble des Etats Parties à l'AII et déterminent conjointement si la clause de sauvegarde prudentielle est respectée ou si elle est utilisée à des fins opportunistes. La décision de ces organismes sert ensuite au tribunal pour trancher définitivement la conformité de la mesure étatique avec les conditions posées par la clause de sauvegarde³⁰⁷.

³⁰² Les articles 3 et 4 de la CCNUCC rappellent notamment les principes de prévention et de précaution, et les engagements des Etats en matière de lutte contre les effets néfastes du dérèglement climatique.

³⁰³ G. VAN HARTEN, « An ISDS Carve-out to Support Action on Climate Change », in : *Osgoode Hall Law School. Legal Studies Research Paper Series*, n° 38, Vol. 11, 2015, cité et traduit de l'anglais par : S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p.222.

³⁰⁴ J. PAINE, E. SHEARGOLD, « A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties », *op.cit.*, p. 14.

³⁰⁵ A ce jour, 13 TBI contiennent de telles dispositions, le plus récent étant le TBI Inde-Kyrgystan, 2019, art. 25, UNCTAD IIA database, [online], accessed on 8 mars 2023.

³⁰⁶ A. VAN AAKEN, « Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View », *op.cit.*, p. 30.

³⁰⁷ *Idem*.

Ce mécanisme pourrait être étendu à la matière environnementale de sorte que lorsque l'Etat hôte argue du respect d'un accord environnemental ou climatique pour justifier d'une mesure contestée, des organismes indépendants d'experts soient préliminairement saisis de la conformité de la mesure avec la clause de sauvegarde³⁰⁸. Le rapport rendu en 2017 par la Commission Schubert sur l'impact environnemental du CETA tend également en ce sens³⁰⁹.

Outre les mécanismes d'exception environnementale et de sauvegarde prudentielle, la redéfinition des standards de protection conventionnelle sont également un moyen utile de réhabilitation de la liberté normative des Etats en matière environnementale.

³⁰⁸ Voir pour une proposition en ce sens, en particulier en ce qui concerne les mesures prises en application de la CCNUCC ou de l'Accord de Paris : J. C. LAWRENCE, L. ANKERSMIT, « Making EU FTAs Paris Safe », *op. cit.*, [en ligne], consulté le 27 août 2023, p. 7.

³⁰⁹ Commission d'évaluation du CETA (Commission Schubert), Rapport au Premier ministre sur l'impact de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé, 7 septembre 2017, p. 9, §7.

Si le contenu de la protection conventionnelle des AII varient en fonction des standards de protection qui y sont consacrés, il existe une « *certaine cohérence dans la teneur des règles reconnues* »³¹⁰ : la très grande majorité des AII protègent les investisseurs contre l'expropriation, garantissent un traitement juste et équitable et assurent un traitement non-discriminatoire via des clauses de « traitement national » ou de « nation la plus favorisée ». La protection accordée aux investisseurs en vertu de ces standards est exorbitante, et alimente les critiques tenant à l'illégitimité du système lorsque que l'étendue de cette protection s'oppose à la réalisation de politiques environnementales ambitieuses. Il faut donc redéfinir la portée de la protection conventionnelle pour la réorienter vers son but premier : accorder une protection qui permette la bonne conduite des activités économiques, dans un objectif de développement durable de l'Etat hôte.

Cette redéfinition des standards doit s'inscrire dans une double perspective : limiter l'accès des investisseurs le plus polluants au RDIE (en restreignant la base juridique sur laquelle ils fondent leur demande) et maintenir la protection conventionnelle des investisseurs du secteur de la transition écologique.

³¹⁰ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement, op.cit.*, p. 325

CHAPITRE II. COMBATTRE LE MAL A LA RACINE : METTRE FIN A LA CONCEPTION LIBERALE

DES STANDARDS DE PROTECTION

Les standards de protection substantielle des investissements étrangers sont souvent rédigés dans des termes très larges, qui peuvent avoir pour effet d'étendre la protection conventionnelle au-delà de ce qui doit être accordé pour garantir la liberté normative des Etats en matière environnementale³¹¹. Dès lors, la « *redéfinition des standards de protection des investissements est [...] déterminante dans la manière dont les AII peuvent être mis au service de la transition climatique* »³¹² et permet de passer d'un modèle conventionnel de « *délégation* » interprétative au bénéfice des tribunaux vers un modèle plus « *prescriptif* » ou « *normatif* »³¹³ délimitant plus précisément la portée de la protection substantielle.

Deux standards cristallisent particulièrement les critiques doctrinales : la garantie d'un traitement juste et équitable (« TJE »), et la protection contre l'expropriation³¹⁴. Il faut donc actualiser la portée de la protection accordée au titre de ces standards en prenant en compte le nouveau contexte environnemental et climatique (Section I). Bien qu'encore timide, la pratique conventionnelle est encourageante (Section II).

Section I. L'environnement comme limite : l'actualisation de la portée de la protection substantielle des investissements

En ce qui concerne le standard de TJE, c'est sur la composante des attentes légitimes des investisseurs que doivent se concentrer les efforts de délimitation (A). La protection contre l'expropriation interroge également sur la conception traditionnellement néolibérale prévalente dans les AII dans le contexte du défi environnemental actuel (B).

A) La nécessaire prise en compte des évolutions du droit international de l'environnement dans la délimitation des attentes légitimes des investisseurs

L'enjeu est double : l'urgence climatique doit être prise en compte à la fois dans la définition d'un « droit » à un environnement juridique stable (1) et dans l'appréhension d'une obligation de due diligence délimitant la portée du risque protégé par l'AII (2).

³¹¹ C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTDI », *op.cit.*, p. 28.

³¹² S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique » in : C. COURNIL (dir.), *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1.5 »*, *op.cit.*, pp. 215-216.

³¹³ J.K SHARPE, « From Delegation To Prescription: Interpretative Authority in International Investment Agreements », *op.cit.*, p. 1.

³¹⁴ M. D. BRAUCH, « Reforming International Investment Law for Climate Change Goals », *op.cit.*, p. 6.

1) Définir la stabilité à l'aube du dérèglement climatique

Le standard du TJE, constante des AII, est le standard dont la violation est le plus souvent invoquée devant les tribunaux d'arbitrage³¹⁵. Malgré l'absence d'une définition universellement acceptée du contenu de ce standard, il est généralement admis qu'il protège *a minima* les investisseurs contre le déni de justice, les mesures arbitraires ou discriminatoires, le harcèlement, et garanti le respect de la bonne foi et des procédures légales, de la transparence et des attentes légitimes de l'investisseur³¹⁶, c'est-à-dire « *ce à quoi l'investisseur raisonnable serait en droit d'attendre de la part de l'Etat* »³¹⁷.

La protection des attentes légitimes inclut notamment la stabilité et la prévisibilité du cadre réglementaire³¹⁸. En d'autres termes, la garantie d'un traitement juste équitable suppose que l'Etat hôte maintiennent un environnement réglementaire suffisamment stable et prévisible pour que l'investisseur puisse connaître et anticiper toute règle s'appliquant à son investissement. En se fondant sur cette affirmation, les investisseurs ont parfois pu mobiliser l'arbitrage pour se mettre à l'abri de changements réglementaires qui pourraient avoir lieu en matière environnementale³¹⁹.

Or, le droit de l'environnement est un droit dynamique, qui doit constamment s'adapter aux nouvelles découvertes scientifiques et aux problèmes émergents d'une manière non-linéaire et parfois imprévisible³²⁰. Dès lors, les mesures expérimentales d'adaptation ou d'atténuation des conséquences néfastes du dérèglement climatique viendront nécessairement se heurter aux attentes légitimes des investisseurs en matière de stabilité ou de prévisibilité du cadre juridique applicable à leur investissement³²¹, en particulier s'ils interviennent dans des secteurs environnementalement sensibles.

Considérant le contexte politique et juridique international en matière de protection de l'environnement depuis les années 1990, et compte tenu de la multiplication des obligations internationales des Etats en la matière, les investisseurs ne devraient pas pouvoir arguer de la

³¹⁵ Y. ZHU, « Fair and Equitable Treatment of Foreign Investment in an Era of Sustainable Development », in : *Natural Resources Journal*, Vol. 58, No. 2, p. 321.

³¹⁶ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, pp. 372-390.

³¹⁷ *Ibid.*, §11.039.

³¹⁸ C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *op.cit.*, p.542.

³¹⁹ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p. 210. C'est bien le raisonnement qui a été retenu dans l'affaire *Eco Oro c. Colombie*, *prec.*, §770.

³²⁰ L. LETOURNEAU TREMBLAY, « In Need of a Paradigm Shift: Reimagining *Eco Oro v Colombia* in Light of New Treaty Language », *op.cit.*, p. 918.

³²¹ *Ibid.*, p. 919.

violation de leurs attentes légitimes lorsqu'une nouvelle réglementation environnementale est adoptée (à condition que l'AII applicable ne contienne pas de clauses d'intangibilité ou de respect des engagements³²²). L'adoption de la CCNUCC et de la Déclaration de Rio en 1992, puis la conclusion de l'Accord de Paris, sont des signaux forts de l'intention claire de la communauté d'adopter des réglementations climatiques et environnementales plus ambitieuses, notamment en éliminant progressivement les secteurs à fortes émissions d'ici à 2030. Autrement dit :

« Si les entreprises du secteur des énergies fossiles ont une "attente légitime" depuis les années 1990, c'est que les États prennent des mesures pour interdire progressivement leur secteur »³²³.

L'abondance normative en matière de protection de l'environnement et de lutte contre le dérèglement climatique impacte nécessairement le caractère « raisonnable » des attentes légitimes, limitant *de facto* leur portée³²⁴. Une solution envisageable serait de consacrer l'existence d'attentes légitimes « partielles » en matière environnementale : à titre d'exemple, pour les investissements réalisés dans le secteur des énergies fossiles avant la conclusion de l'accord de Paris et se poursuivant ensuite, il pourrait être admis que les investisseurs ne pouvaient légitimement s'attendre à ce que la réglementation ne leur soit favorable que jusqu'en 2015.

2) Délimiter la protection conventionnelle du « risque » porté par l'investisseur

Si certains tribunaux ont pu donner un contenu très large aux attentes légitimes³²⁵, il faut rappeler qu'elles doivent être « raisonnables et réalistes »³²⁶.

En établissant des obligations pour les Etats hôte et des droits pour les investisseurs

³²² A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op.cit.*, p. 391, §11.044.

³²³ Columbia Center on Sustainable Investment, « Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration – Response by the Columbia Center on Sustainable Investment to the OECD Public Consultation on Investment Treaties and Climate Change », *op.cit.*, §§ 6-8, pp. 2-3, traduction libre.

³²⁴ J.E. VINUALES, M. JESKO LANGER, « Managing Conflicts between Environmental and Investment Norms in International Law », *op.cit.*, p.13 ; Voir également en ce sens : CIRDI, aff. No. UNCT/20/3, *Westmoreland Mining Holdings LLC v Canada (II)*, 31 janvier 2022, §73.

³²⁵ Voir notamment la sentence Tecmed, qui affirme que : « *The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations* », CIRDI, aff. No. ARB(AF)/00/2, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A c. The United Mexican States*, Award, 29 mai 2003, §154.

³²⁶ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p.213, voir dans le même sens : CIRDI, aff. No. ARB/15/40, *Belenergia S.A. c. République d'Italie*, Sentence, 6 août 2019, §571.

étrangers, les AII protègent les investisseurs étrangers contre le risque de subir des aléas économiques du fait d'une intervention anormale de l'Etat hôte³²⁷. En ce sens, ne sont pas protégés par l'AII les risques inhérents à toute activité économique (« *business risk* »)³²⁸, mais bien « *les écarts de souveraineté de l'Etat hôte dont les conséquences préjudiciables doivent être réparées* »³²⁹.

Autrement dit, tout changement dans le cadre réglementaire de l'Etat hôte n'est pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement d'un AII³³⁰. Seule une mesure adoptée de manière « injustifiée »³³¹, discriminatoire ou arbitraire, devrait permettre d'enclencher le mécanisme de protection conventionnel des investissements. En ce sens, pour de nombreux commentateurs, il n'y a pas d'arguments économiques ou juridiques allant dans le sens d'une indemnisation des acteurs privés en cas de modification régulière de la réglementation³³².

Il existe ainsi une obligation de *due diligence* pesant sur les investisseurs d'évaluer les risques normalement associés à leurs investissements, ce qui inclut, en l'absence de promesses spécifiques de l'Etat hôte, tout changement du cadre réglementaire applicable³³³. Le standard de *due diligence* auquel les investisseurs doivent adhérer doit atteindre le seuil de ce qu'un « *investisseur prudent ferait raisonnablement pour connaître le cadre réglementaire de l'Etat hôte au moment où il réalise son investissement* »³³⁴.

Cette obligation de *due diligence* prend un sens particulier en matière environnementale et

³²⁷ A. KERNER, J. LAWRENCE, « What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation », in : *British Journal of Political Science*, Vol. 44, No. 1, 2014, pp. 107-108 ;

³²⁸ CIRDI, aff. No. ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. République du Chili*, Award, 25 mai 2004, §178 ; CIRDI, aff. ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d'Espagne*, Award, 13 November 2000, §69.

³²⁹ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, p.1.

³³⁰ CIRDI, aff. No. ARB/05/13, *EDF (services) Limited c. Roumanie*, Award, 8 octobre 2009, §217.

³³¹ W. KOHLER, F. STAHLER, « The Economics of Investor Protection : ISDS versus National Treatment », in : *CESifo Working Papers*, No. 5766, 2019, p. 1.

³³² R. HOWSE, « International Investment Law and Arbitration : A Conceptual Framework » in : *IILJ Working Paper 2017/1*, New York University School of Law, 2017, p. 12 ; S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, p.3.

³³³ M. KALDUNSKI, « The Element of Risk in International Investment Arbitration », in : *International Community Law Review*, Vol. 13, 2011, pp. 113-120. Voir pour un exemple d'une affaire dans laquelle un tribunal a pu prendre en compte un défaut de due diligence de l'investisseur dans l'évaluation du système réglementaire de l'Etat hôte : CIRDI, aff. No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République de Tanzanie*, Sentence, 24 juillet 2008, §601.

³³⁴ SCC, aff. No. 132/2016, *SunReserve Luxco Holdings SRL c. Italie*, Sentence, 25 mars 2020, §714, traduction libre. Voir pour un exemple d'affaire dans laquelle un tribunal a pu prendre en compte le défaut de due diligence d'un investisseur dans l'évaluation du système réglementaire de l'Etat hôte : CIRDI, aff. No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République de Tanzanie*, Sentence, 24 juillet 2008, §601.

climatique. En effet, les Contributions Nationalement Déterminées (« CND ») d'émission carbone déterminées par les Etats en application de la CCNUCC et de l'Accord de Paris étant publiquement accessibles, elles font partie intégrale du cadre réglementaire applicable aux investissements. Dès lors, les investisseurs agissant dans des secteurs à forte émission carbone sont supposés connaître l'état des CND au moment de la réalisation de leur investissement, et s'attendre à ce que leur implémentation perturbe l'environnement réglementaire dans un sens qui leur est défavorable³³⁵.

La pratique conventionnelle en la matière laisse cependant à désirer : les références à une obligation de *due diligence* comme conditionnant le bénéfice du standard de TJE au titre des attentes légitimes sont quasiment inexistantes³³⁶. Afin de mieux délimiter le périmètre de la protection des investissements, il serait utile de généraliser cette pratique, et de préciser le contenu de cette obligation de *due diligence*.

A ce titre par exemple, il serait intéressant de transposer en matière environnementale la proposition doctrinale d'« *audit préalable sur les droits de l'homme* »³³⁷, qui suppose la mise à disposition par l'Etat hôte de toute documentation relative à l'exécution de ses obligations en vertu des traités internationaux conclus en matière environnementale et climatique, sur la base desquels les investisseurs se doivent de réaliser une analyse approfondie des possibilités de changement réglementaire³³⁸.

Environ 70 % des affaires portées devant un tribunal sur le fondement d'un AII ont été initiées par l'une des 500 plus grandes entreprises mondiales³³⁹. La très grande majorité des investisseurs mobilisant le mécanisme de protection conventionnel des investissements ont donc les moyens techniques et financiers pour réaliser ce genre d'analyse.

³³⁵ L. LETOURNEAU TREMBLAY, « In Need of a Paradigm Shift: Reimagining Eco Oro v Colombia in Light of New Treaty Language », *op.cit.*, p. 933.

³³⁶ Agreement between the Republic of Colombia and the Kingdom of Spain for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2021, art. 7(3) : « *Lorsqu'il applique l'obligation de traitement juste et équitable susmentionnée, le tribunal arbitral peut prendre en compte les attentes raisonnables et objectives d'une partie d'un investisseur diligent, ainsi que les obligations substantielles qui lui incombent, compte tenu du système juridique de la partie contractante* », traduction libre. C'est à ce jour le seul AII prévoyant une telle disposition : UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, [en ligne], consulté le 19 mai 2023.

³³⁷ B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ? », in : *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011, pp. 594-595 traduction libre.

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ C. MOELOCKE, L. WELLHAUSEN, « Political Risk and International Investment Law », *op.cit.*, p. 492

B) Repenser la conception néolibérale de la propriété dans un contexte de défi environnemental

La protection accordée aux investissements en vertu du standard de l'expropriation s'inscrit dans une logique néolibérale qui fait de la protection du droit de propriété un rempart contre l'arbitraire étatique³⁴⁰ et la condition d'une économie efficiente et prospère. Dans cette perspective, le rôle des Etats se limite donc à définir et protéger les droits de propriété indispensables à la croissance économique et aux initiatives entrepreneuriales, qui devraient en retour bénéficier à l'ensemble de la communauté³⁴¹.

Autrement dit, les règles de définition et de protection de la propriété, telles que définies dans les AII, permettraient une « *une allocation optimale des ressources rares au bénéfice des propriétaires les plus efficaces* »³⁴², le produit de l'exploitation de ces ressources bénéficiant ensuite à la société dans une logique de justice redistributive. Le bien-être collectif supposé résulter, *in fine*, de l'exploitation par les investisseurs des droits de propriété justifierait alors une protection exorbitante de leurs droits, limitant la possibilité pour l'Etat hôte d'en restreindre la jouissance³⁴³.

Pourtant, dans le contexte du dérèglement climatique, l'impact de certains investissements conventionnellement protégés sur l'environnement et les conditions de vie des générations actuelles et futures interroge sur les limites de cette conception. En particulier, les investissements réalisés dans des secteurs à hautes émissions carbone font peser sur les Etats (et donc, la société) le poids et le coûts des dommages environnementaux qui peuvent résulter de leurs opérations³⁴⁴, sans qu'une redistribution des gains substantiels tirés de ces activités n'aient été prouvée³⁴⁵.

En ce sens, les investissements non-durables par les AII ne peuvent être considérés comme

³⁴⁰ La protection des droits de propriété serait en ce sens une « *source de pouvoir distincts de celle du pouvoir politique [qui participe à la] séparation des pouvoirs essentielles à la démocratie* » : H. PUEL, « Le néolibéralisme, modèle économique dominant », in : *Revue d'éthique et de théologie morale*, No. 233, 2005, ed. du Cerf, 2005, p. 45.

³⁴¹ J. E. STIGLITZ, « Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities », *op.cit.*, pp. 484-485, 517-518

³⁴² K. PISTOR, *Le Code du Capital – Comment la loi fabrique la richesse capitaliste et les inégalités*, *op.cit.*, p. 14.

³⁴³ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, p.8..

³⁴⁴ J. E. STIGLITZ, « Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities », *op.cit.*, p. 517.

³⁴⁵ O. MILMAN, « 'Monster profits' for energy giants reveal a self-destructive fossil fuel resurgence », in : *The Guardian*, 9 février 2023, [en ligne], consulté le 22 août 2023.

contribuant au bien-être commun. La protection exorbitante des droits de propriété accordée par les AII en vertu du standard de l'expropriation doit être nuancée et laisser la possibilité pour l'Etat hôte d'intervenir pour réglementer ces « *usage[s] nocif[s] des droits privés* »³⁴⁶. Là est tout l'intérêt de la doctrine des pouvoirs de police (doctrine des « *police powers* »)³⁴⁷.

Section 2. Des pratiques conventionnelles encourageantes

Délimiter les standards de protection dans la double perspective de limiter la protection accordée aux investissements les plus dommageables pour l'environnement et de maintenir un niveau de protection élevé pour les investissements nécessaires à la transition écologique est un nouveau défi pour les Etats.

L'équilibre entre ces deux considérations est particulièrement délicat en ce qui concerne la définition des attentes légitimes (A). La solution est plus claire pour le standard de l'expropriation : elle consiste, conformément à la doctrine des pouvoirs de police, à restreindre le champ *ratione materiae* des mesures étatiques pouvant être qualifiées d'expropriatrices au sens de l'AII (B). Garantir une transformation systémique de la portée de la protection conventionnelle suppose également que la possibilité pour les investisseurs d'importer des standards exogènes de protection en vertu d'une clause de la Nation la Plus Favorisée (« clause NPF ») soit limitée en matière environnementale (C).

A) La délimitation des attentes légitimes à l'ère de la transition écologique, un exercice délicat

Certains AII excluent entièrement les attentes légitimes du standard de TJE³⁴⁸. Mais une telle exclusion pourrait être à double tranchant : il serait également impossible pour les investisseurs du secteur de la transition écologique de se prévaloir, par exemple, de la suppression soudaine de réglementations financières favorables devant un tribunal arbitral³⁴⁹. Cette solution a le soutien d'une partie de la doctrine : une marge d'interprétation, et donc

³⁴⁶ S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », *op.cit.*, p.8.

³⁴⁷ Voir infra Partie 2, Chapitre 2, Section 2.

³⁴⁸ Voir par ex. : Agreement between the Government of Hungary and the Government of the Republic of Cabo Verde for the promotion and reciprocal protection of investments, 2019, art. 2(3), (4), Malaysia-Australia Free Trade Agreement, 2012, art. 12.7 (2) ; Modèle de TBI de l'Inde, 2015, art. 3(3.1). 126 AII excluent plus généralement le standard de TJE de la protection conventionnelle, UNCTAD, International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 21 août 2023.

³⁴⁹ Comme vu précédemment, les engagements internationaux des Etats en matière environnementale font partie du cadre juridique applicable aux investissements, et les investisseurs du secteur des énergies renouvelables ou de la transition écologique peuvent légitimement s'attendre à ce que leurs activités soient soutenues, Voir supra Partie 1, Chapitre 1, Section 3(A)(3).

d'incertitude quant à l'étendue effective de la protection substantielle au titre des attentes légitimes, subsistera toujours, peu importe le degré de précision de la disposition. En ce sens, les Etats devraient se concentrer non pas sur la manière dont ils formulent les standards conventionnels de protection, mais plutôt choisir quels standards effectivement consacrer dans leurs AII³⁵⁰.

Plus intéressante est la proposition d'un nombre croissant d'AII de préciser qu'un changement dans la réglementation applicable n'est pas de nature à entraîner, en soi, une violation du standard de TJE³⁵¹, et que le caractère raisonnable des attentes légitimes dépend en partie de la « *nature et de l'étendue de la réglementation gouvernementale dans le secteur concerné* »³⁵², de sorte que les attentes de l'investisseurs en termes de stabilité du régime juridique applicable « *seront sûrement moins raisonnables dans un secteur fortement réglementé* »³⁵³.

L'apport de ces précisions est double. D'abord, considérant la prolifération des réglementations environnementales, et en particulier de l'adoption de CND par un grand nombre d'Etats³⁵⁴ prévoyant une réduction massive des émissions de carbone, ce type de clause pourrait permettre de limiter la portée des attentes légitimes pour les investisseurs dont les activités sont particulièrement polluantes. Contrairement à l'exclusion totale des attentes légitimes du champ matériel de la protection conventionnelle, une telle disposition permettrait également de laisser la voie libre aux investisseurs durables, qui peuvent légitimement s'attendre à ce que la réglementation en matière environnementale aille dans le sens d'une protection toujours plus importante.

Plus claire encore est la proposition faite par le Comité mixte du CETA en 2022 dans un projet de décision sur l'interprétation de certains termes du traité. Les attentes légitimes des investisseurs y sont limitée de la manière suivante :

« *A la lumière des engagements pris par les Parties contractantes dans le cadre de*

³⁵⁰ T. L. BERGE, « Dispute by Design ? Legalization, Backlash, and the Drafting of Investment Agreements », in : *International Studies Quarterly*, Vol. 64, 2020, pp. 926-927.

³⁵¹ Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, 2018, art. 4(1) ; Agreement Between Australia and the Oriental Republic of Uruguay for the Promotion and Protection of Investments, 2019, Art. 4(4).

³⁵² Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea, 2007, Annexe 11-B. 11 autres AII conclus par la Corée du Sud contiennent une telle clause : UNCTAD International Investment Agreements Navigator, [accès en ligne], accessed on 15 mars 2023.

³⁵³ *Idem*.

³⁵⁴ 195 CND sont aujourd'hui répertoriées : CCNUCC, Nationally Determined Contributions Registry, [en ligne], consulté le 21 août 2023.

l'Accord de Paris, un investisseur doit s'attendre à ce que les Parties contractantes adoptent des mesures conçues et appliquées pour lutter contre le dérèglement climatique ou remédier à ses conséquences actuelles ou futures, par atténuation, adaptation, réparation, ou autre mesure »³⁵⁵.

L'insertion d'une clause similaire, directement dans un nouvel AII, par voie de renégociation ou dans une déclaration d'interprétation précisant la portée du standard de TJE, permettrait de retenir une définition définitive et univoque des attentes légitimes dans le contexte des nouvelles exigences climatiques et environnementales. La pratique conventionnelle ne fait pourtant pas à ce jour écho à cette proposition.

B) Le constat d'un mouvement général de restriction des mesures susceptibles de caractériser l'expropriation

La protection contre l'expropriation est le standard le plus mobilisé après celui du TJE³⁵⁶. A défaut de pouvoir restreindre la définition d'un investissement bénéficiant de la protection conventionnelle (1), un nombre croissant d'AII contiennent des clauses réaffirmant utilement la doctrine des pouvoirs de police et ses implications en matière environnementale (2).

1) *L'interprétation extensive de la notion d'investissement pouvant faire l'objet d'une expropriation*

La portée de la protection au titre de l'expropriation est d'autant plus large que le champ des investissements pouvant faire l'objet d'une expropriation fait l'objet d'une interprétation souvent extensive de la part des tribunaux³⁵⁷. Sur cette question, les AII sont souvent silencieux, ou retiennent également une définition extensive. Si toute mesure, dès lors qu'elle a pour effet de déposséder l'investisseur, peut engager la responsabilité de l'Etat hôte, et que tout actif, bien ou droit est protégé au titre de l'expropriation, la liberté normative de l'Etat en matière environnementale ne peut que s'en trouver fortement limitée.

En retenant une définition large de ce qui peut être qualifié d'investissement, les AII

³⁵⁵ Comité mixte CETA, Decision No. X/2022, Draft Decision on the interpretation of certain terms in Article 8.10, Annex-8-A, and Article 8.39, 2022, §3.

³⁵⁶ 619 litiges sont ainsi fondés sur le standard de l'expropriation directe ou indirecte : UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator, [en ligne], consulté le 30 août 2023.

³⁵⁷ CIRDI, aff. No. ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corporation c. Etats Mexicains Unis*, Award, §103 ; voir également pour une interprétation plus récente et très large de ce qui constitue un droit expropriable : CIRDI, aff. No. ARB/17/14, *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc c. Italian Republic*, Final Award, 23 août 2022.

« *court-circuitent* » les processus démocratiques et étatiques de définition de la propriété³⁵⁸, et laissent place à des revendications exorbitantes sur des résidus de propriété. La solution retenue dans l'affaire *Rockhopper c. Italie*³⁵⁹ est l'un des exemples les plus extrêmes de cette tendance : le tribunal a consacré la possibilité pour un investisseur d'être exproprié d'un hypothétique droit précontractuel, et a indemnisé l'investisseur à hauteur de 240 millions d'euros³⁶⁰. Il semble ainsi qu'une *mesure de réglementation interdisant une activité jugée dangereuse* [puisse] *entrer dans la catégorie des expropriations indirectes indemnissables* »³⁶¹.

Dans le même temps, la restriction de la définition conventionnelle de l'investissement pourrait aussi avoir pour effet de limiter l'accès au mécanisme de RDIE pour les investisseurs participant à la transition écologique. La solution réside ici moins dans la restriction des investissements pouvant bénéficier de la protection conventionnelle que dans l'insertion de clauses précisant la portée de la protection conventionnelle au titre de l'expropriation.

2) *La confirmation conventionnelle de la doctrine des pouvoirs de police*

Certains Etats ont pu revendiquer l'existence d'un principe coutumier³⁶² selon lequel une mesure prise en application des pouvoirs de police de l'Etat³⁶³ ne constitue pas, même lorsqu'il y a perte de propriété pour l'investisseur, une expropriation pouvant faire l'objet d'une compensation³⁶⁴. En application de cette doctrine, et de manière similaire avec les clauses d'exception environnementale³⁶⁵ dès lors qu'elle a été adoptée *bona fide* pour protéger un intérêt public, de manière non-discriminatoire et proportionnelle par rapport à l'objectif visé, une mesure ayant un effet expropriatoire ne sera pas de nature à engager la responsabilité de

³⁵⁸ K. PISTOR, *Le Code du Capital – Comment la loi fabrique la richesse capitaliste et les inégalités*, *op.cit.*, p. 199.

³⁵⁹ CIRDI, aff. No. ARB/17/14, *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc c. Italie*, Final Award, 23 août 2022.

³⁶⁰ Voir généralement : T. MARZAL, « Polluter Doesn't Pay : The Rockhopper v Italy Award », in : *EjilTalk online Journal*, 19 janvier 2023, 5p. [en ligne], consulté le 21 août 2023. En l'espèce, l'investisseur se plaignait du refus de l'Italie de lui accorder un droit de concession pour exploiter des gisements pétroliers off-shore.

³⁶¹ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p. 210.

³⁶² Le caractère coutumier de la doctrine des pouvoirs de police fait l'objet d'un débat dans la doctrine et dans la pratique arbitrale, voir notamment O. E. BULUT, « Drawing boundaries of police powers doctrine : a balanced framework for investors and states », in : *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 13, 2022, p. 584

³⁶³ C'est-à-dire généralement toute mesure prise pour assurer la sécurité, la santé, et le bien-être de la population, ce qui inclut la protection de l'environnement.

³⁶⁴ C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment Law », in : E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI, W. SCHILL, A. TANZI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, p. 323.

³⁶⁵ Voir supra Partie 2, Chapitre 1, Section 1.

l'Etat hôte³⁶⁶. Si un certain nombre de tribunaux ont ainsi pu mobiliser cette doctrine³⁶⁷, les solutions prétoriennes sont loin d'être unanimes.

En effet, en l'absence d'une disposition affirmant expressément la doctrine de pouvoirs de police dans le texte d'un AII, les tribunaux ont tendance à limiter la place de la finalité publique de la mesure litigieuse dans la détermination de la légalité d'une mesure expropriatoire³⁶⁸. En ce sens, la doctrine du « *sole effect* », qui suppose que toute mesure ayant un effet expropriatoire, peu importe qu'elle ait eu pour objectif de protéger un intérêt public, engage la responsabilité de l'Etat hôte envers l'investisseur, est fréquemment employée par les tribunaux³⁶⁹. Cette solution est souvent couplée avec la « *formule de Hull* », selon laquelle toute mesure expropriante suppose, pour ne pas engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement du standard de protection contre l'expropriation, une compensation « *prompte, adéquate et effective* »³⁷⁰.

L'inclusion, dans le texte des AII, de dispositions rappelant la substance la doctrine des pouvoirs de police permettrait de mettre fin à ces ambiguïtés prétoriennes et de clarifier la portée de la protection conventionnelle accordée au titre de l'expropriation, et de préserver la liberté normative des Etats en matière de protection de l'environnement.

En ce sens, certains AII opèrent un découplage entre le caractère expropriatoire d'une mesure étatique et l'engagement de la responsabilité de l'Etat hôte sur ce fondement, de manière à ce que « *l'effet de dépossession* »³⁷¹ ne soit plus le seul élément déterminant dans l'appréciation d'une violation du standard de l'expropriation.

Ainsi, plusieurs AIII excluent de la protection conventionnelle au titre de l'expropriation indirecte les mesures prises pour des raisons liées à la santé publique ou de protection de

³⁶⁶ A. UGALE, A. OSMAN, « Police Power Doctrine », 2022, *Jusmundi Investment Law and Arbitration*, [accès en ligne], consulté le 15 mars 2023.

³⁶⁷ Voir not. : UNCTAD, *Saluka Investment BV c. République Tchèque*, *prec.*, §262, UNCITRAL, *Methanex Corporation c. Etats Unis d'Amérique*, Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, 3 août 2005, Partie IV, Chapitre D, §9.

³⁶⁸ C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », *op.cit.*, p.547.

³⁶⁹ Y. ZHU, « Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Treaties Preserve Environmental Regulatory Space ? », in : *Harvard International Law Journal*, Vol. 60, No. 2, 2019, p. 382. Voir pour exemple dans le cas d'une expropriation directe : CIRDI, aff. No. ARB/96/1, *Compagna del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, ICSID, Final Award, 17 février 2000 ; CIRDI, aff. No. ARB/08/6, *Perenco Ecuador Limited c. The Republic of Ecuador*, 6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, 12 Septembre 2014, §§.688–690.

³⁷⁰ Cette formule est inscrite dans 1120 AII : UNCTAD, *International Investment Agreement Navigator*, [en ligne], consulté le 15 août 2023.

³⁷¹ S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », *op.cit.*, p. 211.

l'environnement, dès lors que ces mesures ont été adoptées de bonne foi, de manière non-arbitraire et non-discriminatoires, et sont proportionnelles au but poursuivi.

Ce type de disposition n'est pas exempt d'ambiguïté : les AII définissent rarement ce qu'il faut entendre par « *mesure d'intérêt public* » ou « *manière non-discriminatoire* »³⁷², et lorsque la disposition prévoit que la mesure doit être proportionnelle à l'objectif recherché, aucune méthode n'est pas précisée³⁷³. Pour éviter le risque de « protectionnisme vert » certains commentateurs proposent judicieusement que soient inclus dans les clauses délimitant l'expropriation l'exigence d'une mesure ayant réellement un objectif environnemental (« *genuine environmental objective* »)³⁷⁴.

C) Les clauses de Nation la Plus Favorisée, un frein à la réforme des standards de protection

L'inclusion dans un AII d'une clause NPF permet de prévenir toute discrimination entre les différents investisseurs étrangers, en garantissant à tout investisseur dans une même situation la même protection. Pour ce faire, les clauses NPF permettent aux investisseurs d'invoquer d'autres standards de protection que ceux prévus dans l'AII applicable au litige, à la condition que l'Etat hôte y soit également partie. Autrement dit, si un Etat A conclut avec un Etat B un AII limitant la portée des standards conventionnels de protection en matière environnementale, mais est également lié par un autre AII avec un Etat C qui prévoit une protection beaucoup plus large, l'investisseur pourra revendiquer la protection la plus avantageuse.

Une telle disposition constitue un frein important pour les efforts étatiques vers une réforme effective du système conventionnel : alors que les AII « nouvelle génération » précisent et restreignent la portée de la protection substantielle pour permettre à l'Etat hôte d'avoir une plus grande marge de manœuvre dans l'adoption de réglementations environnementales, des investisseurs potentiellement hostiles à ces changements pourraient invoquer les clauses NPF pour contourner les changements opérés³⁷⁵.

La solution réside encore une fois dans la formulation de la disposition. D'une part, plusieurs clauses NPF excluent certains domaines de leur champ d'application, notamment en

³⁷² Y. ZHU, « Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Treaties Preserve Environmental Regulatory Space ? », *op.cit.*, pp. 409-410.

³⁷³ Sur la base de Metalclad, les AII pourraient conventionnaliser la méthode CEDH

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 441.

³⁷⁵ M. D. BRAUCH, « Reforming International Investment Law for Climate Change Goals », *op.cit.*, pp. 6-7.

matière fiscale ou lorsque la différence de traitement résulte d'un processus d'intégration dans une union économique³⁷⁶. Cette solution pourrait être étendue à la matière environnementale. En ce sens le projet de Code Panafricain d'Investissement prévoit que :

« Toute mesure réglementaire prise par un Etat membre conçue et appliquée dans le but de protéger ou améliorer des objectifs légitimes d'intérêt public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constitue pas une violation du principe de la nation la plus favorisée »³⁷⁷.

La pratique conventionnelle ne va cependant pas en ce sens.

Quelques rares AII excluent également entièrement les clauses NPF de la protection substantielle³⁷⁸, ou prévoient la possibilité d'importer uniquement les standards prévus par des AII conclus postérieurement³⁷⁹. Dès lors que les AII adoptés postérieurement contiennent des clauses similaires cette dernière solution pourrait permettre d'empêcher les investisseurs d'utiliser la clause NPF pour échapper aux tentatives de réforme climato-compatible des standards de protection des investissements.

Un autre moyen de limiter le recours aux clauses NPF pour contourner les AII « nouvelle génération » serait de mieux définir, dans le corps de la disposition ou par un accord d'interprétation subséquent entre les Etats Parties, ce qu'il faut entendre par investisseurs « *dans une même situation* »³⁸⁰.

La jurisprudence arbitrale ne permet pas de conclure à une définition universelle de ce qui constitue une même situation³⁸¹. Un nombre encore limité d'AII fournissent des lignes directrices en listant plusieurs éléments à prendre en compte dans l'appréciation casuistique de l'existence d'une même situation. Doivent ainsi être prise en considération par un tribunal :

« [t]outes les circonstances de l'investissement incluant, inter alia : [...] (b) ses effets

³⁷⁶ 1253 AII contiennent de telles dispositions : UNCTAD, International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 23 août 2023.

³⁷⁷ Code Panafricain d'Investissement, 2016, art. 8.2.

³⁷⁸ 37 AII conclus entre 1961 et 2014 ne prévoient pas clause NPF, UNCTAD, International Investment Agreement Navigator, [en ligne], consulté le 23 août 2023.

³⁷⁹ Traité du marché commun de l'Afrique Orientale et Australe, 1994, art. 19.

³⁸⁰ Le même problème se pose pour les clauses de Traitement National, qui garantissent que l'investisseur étrangers ne soit pas traité moins favorable qu'un investisseur ayant la nationalité de l'Etat hôte dans les mêmes circonstances. A la différence des clauses NPF, les clauses de Traitement National ne permettent cependant pas d'importer les dispositions substantiels d'un autre AII.

³⁸¹ F. MARSHALL, « Climate Change and International Investment Agreements : Obstacles or Opportunities », in : « Bali to Copenhagen » Trade and Climate Project, International Institute for Sustainable Development, 2010, pp. 35-37.

sur l'environnement local, régional ou national, y compris les effets cumulatifs sur l'environnement de tous les investissements réalisés au sein d'une juridiction ; (c) le secteur dans lequel l'investisseur agit [...] »³⁸².

Ces précisions ne sont pas dénuées d'utilité : sans neutraliser la clause NPF, elles permettent d'encadrer la marge d'interprétation prétorienne quant à la portée de la protection, et font de l'impact environnemental d'un investissement un critère déterminant dans l'appréciation du caractère discriminatoire d'une mesure étatique.

Dans tous les cas, ce n'est que rarement que les AII limitent la possibilité pour les investisseurs de mobiliser une clause NPF. Dans la perspective de mettre en place un changement systémique vers un modèle d'AII compatible avec les nécessités d'action environnementales étatiques, ces pratiques minoritaires devraient être généralisées.

³⁸² Traité du marché commun de l'Afrique Orientale et Australe, 1994, art. 17, voir pour une disposition similaire : Code Panafricain d'Investissement, art. 7.3. Voir pour une formulation similaire : TBI Iran – Slovaquie, *op.cit.*, art. 4(3).

CONCLUSION

Malgré un progrès notable dans l'intégration de considérations environnementales dans les AII « nouvelle génération », la réforme du système conventionnel vers un modèle plus en adéquation avec les problématiques actuelles fait face à un obstacle difficilement surmontable : celui de la fragmentation du système³⁸³. Le défaut d'uniformisation du système fait que la multiplication de nouveaux AII ne coïncide pas nécessairement avec une meilleure prise en compte des enjeux environnementaux³⁸⁴, et, même lorsque c'est effectivement le cas, la nature et la portée des clauses permettant d'inscrire les AII dans ce mouvement varient grandement³⁸⁵. De nombreux outils, comme l'« accélérateur de réforme » de la CNUDCI³⁸⁶, sont pourtant mis à la disposition des Etats pour faciliter une transition harmonieuse vers un système durable de protection conventionnelle des investissements.

En dépit des appels récurrents à une approche multilatérale de la réforme du système conventionnel de protection des investissements³⁸⁷, aucun instrument obligatoire n'a été adopté à l'échelle internationale³⁸⁸. Comme en témoignent les récents exemples du TCE et du CETA, les négociations inter-étatiques liées à l'inclusion de dispositions préservant l'espace réglementaire des Etats en matière environnementale ou intégrant des considérations autres que purement économiques sont longues et n'aboutissent pas toujours au résultat escompté³⁸⁹. Les grandes disparités politiques dans l'appréciation des priorités entre protection de l'environnement et croissance économique³⁹⁰ rend difficile la conclusion d'AII

³⁸³ UNCITRAL, « Phase 2 of IIA Reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties, *op.cit.*, p. 2. Le morcellement normatif du système tient également au à un défaut de cohérence dans la jurisprudence du fait de l'absence de précédents contraignants. Les efforts multilatéraux vers l'établissement d'un Tribunal Multilatéral d'Investissement restent au stade théorique.

³⁸⁴ A titre d'exemple, 59 AII « nouvelle génération », conclus entre 2010 et 2016, ne contiennent aucune référence à des enjeux environnementaux, UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator*, [en ligne], consulté le 28 août 2023.

³⁸⁵ UNCTAD, « The International Investment Treaty Regime and Climate Action », *op.cit.*, p. 4.

³⁸⁶ UNCTAD, *International Investment Agreements Reform Accelerator*, 2020.

³⁸⁷ IIED, UNCTAD, « International Investment Agreements and Climate Action », *Policy brief*, 2022, §6.

³⁸⁸ On peut retenir la proposition intéressante de l'adoption d'un moratoire sur la possibilité de saisir un tribunal arbitral pour contester une mesure ayant pour objet la lutte contre le dérèglement climatique ou la protection de l'environnement, UNCTAD, « The International Investment Treaty Regime and Climate Action », *op.cit.*, p. 17.

³⁸⁹ Pour le TCE comme pour le CETA, l'absence de prise en considération des nécessité environnementales et climatiques sont au cœur des critiques formulées par la doctrine et la société civile, voir par ex. : L. POSTERARO, « A new report denounces the environmental impact of investment lawsuits under the ECT », in : *The Paris Globalist*, 18 avril 2020, [en ligne], consulté le 20 août 2023 ; Commission d'évaluation du CETA (Commission Schubert), *Rapport au Premier ministre*, *op.cit.*

³⁹⁰ A. BAUDU (dir.), J. SENECHAL (dir.), *La conduite du changement climatique : entre contraintes et incitations*, LGDJ, 2018, p. 31.

environnementalement ambitieux lorsque de nombreuses parties sont impliquées³⁹¹.

La généralisation de ces initiatives globales serait également l'un des moyens pour les Etats de s'acquitter de leurs obligations de coopération³⁹² dans la lutte contre le dérèglement climatique et la promotion d'investissements participant à la transition écologique. En effet, compte tenu de l'impact important de l'arbitrage d'investissement sur la liberté normative des Etats en matière de protection de l'environnement, et, *in fine*, sur l'effectivité des engagements internationaux adoptés à cette fin, il est nécessaire que le système conventionnel de protection des investissements étrangers fasse l'objet d'une réforme collective et coordonnée.

Une approche multilatérale de la réforme des AII suppose également d'associer la société civile au processus de réforme. Les efforts doctrinaux de définition des standards de protection et de délimitation des engagements conventionnels par des mécanismes d'exclusion clairs et précis contribuent sans aucun doute à un travail général de recodification des AII vers un modèle climatiquement compatible³⁹³. Les travaux du groupe de travail No. 3 instauré par la CNUDCI et de l'OCDE sont un également un exemple d'un dialogue plurilatéral vers une réforme du système, qui associe à la fois les Etats, les institutions et organisations internationales, mais aussi certaines organisations non-gouvernementales.

Mais un acteur essentiel fait toujours défaut : l'investisseur. Ces derniers ont pourtant tout intérêt à s'associer aux travaux de réforme. D'une part, instaurer un dialogue entre les Etats et les investisseurs au stade de la formulation de nouveaux AII climatiquement compatible permettrait de clarifier la portée des engagements étatiques, et donc de garantir une meilleure prévisibilité du régime juridique applicable, mais également d'identifier plus précisément les obligations qui pourraient incomber à l'investisseur en vertu de l'AII.

D'autre part, bien qu'un grand nombre d'entre eux ait déjà factorisé le coût de la décarbonisation sur leurs activités³⁹⁴, les investisseurs ont tendance à sous-estimer l'impact du

³⁹¹ Quelques rares initiatives régionales, en particulier en Afrique, se démaquent sur ce point : le projet de Code Panafricain d'Investissement et le Code Commun d'Investissement de la CEDEAO sont deux exemples ambitieux d'une coopération régionale vers un modèle écologiquement responsable d'AII.

³⁹² Voir not. CCUNCC art. 4 ; Accord de Paris, art. 10(2).

³⁹³ Voir par ex. la proposition de Modèle d'AII formulée par le groupe d'expert Creative Disrupters : Creative Disrupters (M. D BRAUCH ; N. BERNASCONI-OSTERWALDER ; H. MANN et al.), Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation, 2018.

³⁹⁴ 60% des entreprises cotées en bourse ont réalisé des études sur les impacts du changement climatique sur leurs coûts, mais la très grande majorité de ces recherches se concentrent sur le coût de la transition vers les énergies renouvelables, voir : P. BOLSTAD, S. FRANK, et al., « Flying blind : What do investors really know about climate change risks in the U.S. equity and municipal debt markets », in : *Brookings*, [en ligne], consulté le 29 août 2023.

dérèglement climatique sur leur rentabilité³⁹⁵. Une récente étude conjointe d'Ortec Finance et Cambridge Econometrics montre ainsi que compte tenu des risques de phénomènes météorologiques extrêmes, l'hypothèse d'une transition vers le « net zéro », avec un réchauffement planétaire maintenu à 1,5 degré Celsius au-dessus des niveaux préindustriels est l'hypothèse la moins coûteuse pour les investisseurs³⁹⁶. Autrement dit, pour être économiquement efficaces, les investisseurs doivent s'orienter vers des modes de production écologiquement viables.

La réalisation de ce scénario « net zéro » suppose une « *action politique rapide et l'adoption de technologies à faible émission carbone* »³⁹⁷. L'adoption d'AII encourageant les investissements durables³⁹⁸ et la coopération inter-étatique en matière de transfert de technologie³⁹⁹ fait partie intégrante des mesures d'adaptation nécessaires à la réalisation de ces objectifs. Ainsi conçus, les AII pourraient également servir de guide vers l'adaptation des investisseurs aux exigences environnementales et climatiques.

La voie vers une réforme profonde des AII est déjà tracée : de nouveaux modèles non seulement compatibles avec les objectifs de protection de l'environnement et de lutte contre le dérèglement climatique, mais encourageant également les investissements nécessaires à la transition écologique ont été établis par les experts ; les modalités de retrait et d'amendement des AII laissent une marge d'action suffisamment importante pour que les Etats puissent se défaire des engagements antérieurs. Il ne manque plus qu'à sortir effectivement du système.

³⁹⁵ V. HOULDER, N. THOMAS, « Lex in depth : how investors are underpricing climate risks », in : *Financial Times* [en ligne], consulté le 21 août 2023. Les investisseurs des secteurs de l'agro-alimentaire, des énergies fossiles, des transports, et l'électronique sont par exemple particulièrement vulnérables aux risques liées aux fortes chaleurs, déficit d'eau, feux et inondations.

³⁹⁶ Ortec Finance, GIC, Cambridge Econometrics, *Integrating Climate Scenario Analysis into Investment Management – A 2023 Update*, Avril 2023, p. 23.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 18.

³⁹⁸ Voir par ex. Free Trade Agreement between Australia and the United Kingdom, 2021, art. 13.8 ; Free Trade Agreement between the EU and the United Kingdom, 2020, art. 3.5(14) ; Free Trade Agreement between China and Switzerland, 2013, art. 12.3.

³⁹⁹ Voir par ex. Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 2019, art. 138, 142.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

-B-

A. BAUDU (dir.), **J. SENECHAL** (dir.), *La conduite du changement climatique : entre contraintes et incitations*, LGDJ, 2018, 180 p.

S. BONOMO, *Les traités bilatéraux relatifs aux investissements étrangers – entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats*, Presses universitaires Aix-Marseille, 2012, 367 p.

-C-

J. CHAISSE, J. CHOUKROUNE, L. JUSOH, *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2020, 2819 p.

F. COLLART DUTILLEUL (dir.), **V. PRIONON** (dir.), **A. VAN LANG** (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut universitaire Varenne, Collection Transition 1 Justice, définition de l'Ecocide, Emilie Gaillard, pp. 339, 340, 873 p.

C. CURNIL (dir.), *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1,5 »*, Pedone, 2021, 510 p.

-D-

A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Pedone, 2020, 562 p.

S. DI BENETTO, *International investment law and the environment*, Elgar, 2013, 272 p.

P. DUPUY, J. VINUALES *Harnessing foreign investment to promote environmental protection: incentives and safeguards*, Cambridge university press, 2013, 493 p.

P-M DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international – Cour général de droit international public*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 297, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, 489 p.

-F-

M. FORTEAU, A. MIRON, A. PELLET, *Droit international Public*, 9^{ème} ed., LGDJ

Lextenso, 2022, 2047 p.

-L-

C. LEBEN, *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Pédone, 2015, 1141 p.

-M-

E. MORGERA, *Corporate environmental accountability in International Law*, 2^{ème} ed., Oxford University Press, 2020, 353 p.

-N-

L. NEYRET (dir.) et al., *Des écocrimes à l'écocide, le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015, 465 p.

-P-

K. PISTOR, *Le Code du Capital – Comment la loi fabrique la richesse capitaliste et les inégalités*, Editions du Seuil - Economies Humaines, 2019, 371 p.

-R-

T. RESTREPO RODRIGUEZ, *Investment Treaty Law and Climate Change*, Springer, 2022, 344 p.

S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, Bruylant, 2019, 672 p.

-S-

J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2011, 1198 p.

-T-

P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement et du climat*, 3^{ème} ed. Bruylant, 2021, 518 p.

-V-

J. E. VINUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, The Graduate Institute, Geneva, Cambridge University Press, 2012, 393 p.

II. ARTICLES DE DOCTRINE

-A-

P. ACCONCI, « Sustainable Development and Investment : Trends in Law-Making and Arbitration », in : A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI, *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 12, 2018, pp. 290-322.

N. AFFOLDER, « Beyond law as tools: foreign investment projects and the contractualisation of environmental protection », in : P. DUPUY, J. VINUALES, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013, pp. 355-382.

B. ALEX, « Changement climatique, l'enjeu géopolitique majeur de l'anthropocène », in : *Diplomatie*, No. 76, Institut de relations internationales et stratégiques, 2015, 10 p.

W. ALSCHNER, E. TUERK, « The role of international investment agreements in fostering sustainable development », in : *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, pp. 217-23

O. AMAO, « Multinational Corporations – Shared Responsibility in International Law », in J. Schechinger et al. *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 799-821).

T. ANANTHAVINAYAGAN, « Critical Perspectives on International Investment Law », in : *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2021, p. 7.

D. ATANASOVA, « Non-economic disciplines still take the back seat : The tale of conflict clauses in investment treaties », in : *Leiden Journal of International Law*, No. 34, 2021, pp. 155-180.

S. C. AYKUT, « Le climat et l'Anthropocène – Cadrage, agentivité et politique climatique mondiale après Paris » in : R. BEAU (dir.), C. LARRERE (dir), *Penser l'Anthopocène*, Presses de Sciences Po, 2018, pp. 499-522.

-B-

T. L. BERGE, « Dispute by Design ? Legalization, Backlash, and the Drafting of Investment

Agreements », in : *International Studies Quarterly*, Vol. 64, 2020, pp. 919-928.

C. L. BEHARRY, M. E. KURITZKY, « Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration », in : *American University International Law Review*, Vol. 30, Issue 3, Article 2, 2015, pp. 384 – 422.

D. BEHN, M. LANGFORD, « Trumping the Environment? An Empirical Perspective on the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration », in : *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 18, Brill Nijhoff, 2017, pp. 14-61.

M. BERBETT, L. CARRAS et al., « Etude de droit comparé sur la mise en danger de l'environnement et l'écocide », in : *Revue juridique de l'environnement*, Lavoisier, 2021/3 Volume 46, pp. 499 - 502.

N. BERNASCONI-OSTERWATER et al., « Terminating a Bilateral Investment Treaty », in : *ISSD Best Practices Series*, 2020, p. 8.

N. BERNASCONI-OSTERWATER, R. T. HOFFMANN, « La sortie du Nucléaire en Allemagne sur le banc d'essai d'un recours d'arbitrage international d'investissement ? », *Aperçu du plus récent différent entre Vattenfall et l'Etat Allemand (II)*, 2013, Version française, 8 p.

A. K. BJORKLUND, « The role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », in : *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17(2), 2013, pp. 461-480.

D. BOSE, « David R Aven v Costa Rica : The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law », in : *ICSID Review*, Vol. 35, No. 1-2, 2020, pp. 20–28.

A. BOUTE, « Combating Climate Change Through Investment Arbitration » in : *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, 2012, pp. 613-664.

M. D. BRAUCH, « Reforming International Investment Law for Climate Change Goals », in : *Research Handbook on Climate Finance and Investment Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2020, 35 p.

M. BRAUCH, Y. TOUCHETTE, A. COSBEY et al., « Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation : Aligning International Investment Law with the Urgent Need for Climate Change Action », in : *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, No. 1, 2019, pp. 7-36.

C. N. BROWER, S. BLANCHARD, « What's in a Meme ? The Truth about Investor-State Arbitration : Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States, in : *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, pp. 690-777.

S. BRUCE, « The Rule of Law, Investment Arbitration and the Environment », Working Paper 02/2021, mars 2021, 39 p.

N. BUENO, A. YILMAZ VASTARDIS, I. NGUEULEU DJEUGA, « Investor Human Rights and Environmental Obligations: The Need to Redesign Corporate Social Responsibility Clauses », in : *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 24, 2023, pp. 179-216.

O. E. BULUT, « Drawing boundaries of police powers doctrine : a balanced framework for investors and states », in : *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 13, 2022, pp. 583-607.

W. W. BURKE-WHITE, A. VONSTADEN, « Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties », in: *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48:2, 2008, pp. 309-410.

M. BUSSE et al., « FDI promotion throught bilateral investment treaties : more than a bit ? », in : *Review of World Economy*, 2010, pp. 147-177.

-C-

E. CASTELLARIN, A. DE NANTEUIL, S. ROBERT-CUENDET, « Arbitrage d'investissement et droit international général (2021) », in : *Annuaire français de droit international*, Vol. LXVII, CNRS Editions Paris, 2021, pp. 729-770.

E. CASTELLARIN, « Le principe de non-discrimination », in : W. Ben Hamida, F. Coulée (dir.), *Convergences et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : une approche contentieuse*, Paris, Pedone, 2017, pp. 171-196.

J. CAZALA, « Le respect des droits de l'Homme comme justification d'un traité d'investissement » in : W. BEN HAMIDA, F. COULEE, *Convergence et contradictions du droit des investissements et des droits de l'homme : approche contentieuse*, Pedone, Paris, 2017, pp. 319-342.

CDI, « Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries », in : *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. 2, 1966, p. 214.

J. L. CERNIE, « Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses », in : *German Law Journal*, Vol. 11, No 2, 2010, pp. 210-229.

M. A. M. CERVANTES, V. ROEBEN, L. R. SOLIS, « Global Climate Change Action as a Jus Cogens Norm: Some Legal Reflections on the Emerging Evidence », in: *Environmental Policy and Law*, IOS Press, 2021, 16 p.

D.A. COLLINS, « Foreign Investment under the UK-EU Trade and Cooperation Agreement: Mitigating Punctuated Equilibrium in Legal Economic Dis-Integration », in : *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol 18, 2021, No. 1, 19 p.

L. COTULA, « Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses », in: *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 1, No. 2, 2008, p.175.

B. CHOUDHURY, « Investor Obligations for Human Rights », in : *ICSID Review*, Vol. 35, No. 1-2, 2020, pp. 82-104.

B. CHOUDHURY, « Exception Provisions as a Gateway to Incorporating Human Rights Issues into International Investment Agreements », in : *Society of International Economic Law*, Working Paper No. 2010/13, 2010, 28 p.

M. CONDON, « The integration of environmental law into international investment treaties and trade agreements : negotiation process and the legalization of commitments », in : *Virginia Environmental Law Journal*, Vol. 33, No. 1, 2015, pp. 102-152.

J. CORTI-VARELA, « Les instruments d'exécution des décisions de justice dans les affaires environnementales internationales sont-ils efficaces ? Réflexions à partir de l'affaire Texaco-Chevron », in *L'observateur des Nations Unies*, 2013-1, vol. 34, p.206.

L. COTULA, « Reconciling regulatory stability and evolution of environmental standards in investment contracts: Towards a rethink of stabilization clauses », in: *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 1, No. 2, 2008, pp. 158-179.

-D-

D. DAVITTI, « On the Meanings of International Investment Law and International Human Rights Law : The Alternative Narrative of Due Diligence », in : *Human Rights Law Review*, No. 12, 2012, pp. 422-453.

Z. DOUGLAS, « The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration » in P. DUPUY, J. VINUALES *Harnessing foreign investment to promote environmental protection: incentives and safeguards*, Cambridge university press, 2013, pp. 415-444.

M. DREYFUS, « Principe de non-régression », in : *Dictionnaire collectivités territoriales et développement durable*, 2017, pp. 387-390.

-F-

G.M. FARNELLI, « Investors as Environmental Guardians ? On Climate Change Policy Objectives and Compliance with International Agreements », in : *Journal of World Investment & Trade*, No. 23, 2022, pp. 887-914.

G. FEBRIANTY SHOFIANA et al., « Bilateral Investment Treaties and the Environment » in : *Environmental Policy and Law*, 49/(2-3), 2019, pp.138-141.

A. FREMSTAD, M. PAUL, « Neoliberalism and climate change : How the free-market myth has prevented climate action », in : *Ecological Economics*, No. 197, 2022, 10 p.

A. FROSCH, W. GIEMZA, « Current Trends in the Investment Environmental Jurisprudence and Predictions for Investment Disputes Involving Climate Change », in *Transnational Dispute Management*, OGEMID, 2023, p. 2.

-G-

V.E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », in : *Recours La Haye*, Vol. 362, pp. 942-947.

R. GARDEN, « Eco Oro v Colombia : The Brave New World of Environmental Exceptions », in : *ICSID Review*, Vol. 38, No. 1, 2023, pp. 17-24.

D. GAUKRODGER, « The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties : A scoping paper », in : *OECD Working Papers on International Investment 2017/02*, 2017, 40 p.

T. GAZZINI, « The 2016 Morocco-Nigeria BIT : An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties », in : *Investment Treaty News*, Issue 3, Vol. 8, Septembre 2017, 24 p.

T. GLEASON, « Examining host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives », in : *International Environmental Agreements : Politics, Law and Economics*, Vol. 21, 2021, pp.

427-444.

C. GLINSKI, « Corporate Social Responsibility and Corporate Liability for Environmental Damage », in : *CEPRI Working Paper Series*, No. 5, 2020, 23 p.

D. I. GODIL et al., « Investigate the rôle of technology innovation and renewable energy in reducing transport sector CO2 emission in China : A path to sustainable development », in : *Sustainable Development*, Wiley, 2021, pp. 1-14.

D. GOMEZ ALTAMIRANO, « Protecting FDI contributing to host countries' development: The rise of the "forgotten" Salini criterion as part of the definition of investment », in : *Columbia FDI Perspectives*, No. 320, Columbia University, Columbia Center on Sustainable Investment, 2021, 4 p.

K. GORDON, J. POHL, « Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey », in : *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 2011, 32 p.

-H-

J. HARRISON, «The Life and Death of BITs: Legal Issues Concerning Survival Clauses and the Termination of Investment Treaties », in : *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 13, 2012, pp. 928-950.

C. HENCKELS, « Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaties: The TPP, CETA, and TTIP », in : *Journal of International Economic Law*, 2016, No. 19, pp. 27-50.

M. HIRSCH, « Interactions between Investment and Non-Investment Obligations in International Investment Law », in : *International Law Forum of the Hebrew University of Jersualem Law Faculty*, Research Paper No. 14-06, 2006, 30 p.

R. HOWSE, « International Investment Law and Arbitration : A Conceptual Framework » in : *IILJ Working Paper 2017/1*, New York University School of Law, 2017, 82 p.

-I-

T. ISHIKAWA, « Symposium on Investor Responsibility: The Next Frontier in International Investment Law Counterclaims and rhe Rule of Law in Investment Arbitration », in : *AJIL Unbound*, Vol. 113, 2019, pp. 33-38

-J-

N. JAGERS, « The Legal Status of the Multinational Corporation under International Law », in : M. K. ADDO, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, pp. 259-261.

V. JAWORSKI, « De nouvelles infractions de mise en danger de l'environnement pour un changement de paradigme juridique », *Revue juridique de l'environnement*, 2021/3 (Volume 46), p. 475-497.

M. JESKO LANGER, J. E. VINUALES, « Managing conflicts between environmental and investment norms in international law » in : *International Economic Law Journal*, 2010, 18 p.

L. JOHNSON et al., « Clearing the Path : Withdrawal of Consent and Termination as Next Steps for Reforming International Investment Law », in : *Staff Publications*, Columbia Center on Sustainable Investment, Columbia Law School, 2018, §23, p.7.

-K-

M. KALDUNSKI, « The Element of Risk in International Investment Arbitration », in : *International Community Law Review*, Vol. 13, 2011, pp. 111-124.

A. J. KAMALNATH, « Counterclaims in Investment Arbitration: Saluka v The Czech Republic », in : *SSRN Electronic Journal*, 2021, 12 p.

J. KAMMERHOFER, « The theory of norm conflict solutions in international investment law », in : M. GEHRING et al., *Sustainable Development in International Investment Law*, Unedited final manuscript, 2009, 12 p.

M. KARAVIAS, « Shared Responsibility and Multinational Enterprises », in : *Netherland International Law Review*, Vol. 62(1), 2015, 37 p.

W. KEBETA DJIGSA, « The Adequacy of Ethiopia's Bilateral Investment Treaties in Protecting the Environment: Race to The Bottom », in : *Haramaya Law Review*, Vol. 6, 2017, pp. 67-90.

A. KERNER, J. LAWRENCE, « What's the Risk? Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Fixed Capital Accumulation », in : *British Journal of Political Science*, Vol. 44, No. 1, 2014, pp. 107-121.

W. KOHLER, F. STAHLER, « The Economics of Investor Protection : ISDS versus National

Treatment », in : *CESifo Working Papers*, No. 5766, 2019, 54 p.

M. KRAJEWSKI, « A Nightmare or a Noble Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application », in : *Business and Human Rights Journal*, Cambridge University Press, Vol. 5.1, 2020, pp. 105-129.

J. KULAGA, « A Renaissance of the Doctrine of Rebus Sic Stantibus ? », in : *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, avril 2020, pp. 477-497.

L. KULAGA, « Prohibition of massive and serious pollution of marine environment as a jus cogens », in : *Marine Policy*, No. 144, 2022, 6 p.

-L-

T. LAUDAL BERGE, « Dispute by Design ? Legalization, Backlash, and the Drafting of Investment Agreements », in : *International Studies Quarterly*, No. 64, 2020, pp. 919-928.

N. LAURENS et al., « NAFTA and the Environment : Decades of Measured Progress », in : G.GAGNE, M. RIOUX, *NAFTA 2.0 – From the first NAFTA to the United States – Mexico – Canada Agreement*, Palgrave Macmillan, 2022, p. 157-177.

R. LEAL-ARCAS, F. SANTOS, « The contribution of free trade agreements and bilateral investment treaties to a sustainable future », in : *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, December 2019, 74 p.

B. LEGUM, « Defining Investment and Investor : Who Is Entitled to Claim ? », in : *Making the Most of International Investment Agreements : A Common Agenda*, 2005, 6 p.

L. LETOURNEAU TREMBLAY, « In Need of a Paradigm Shift: Reimagining Eco Oro v Colombia in Light of New Treaty Language », in : *Journal of World Investment & Trade*, No. 23, 2022, pp. 915-946.

-M-

S. MALAN, « How to Advance Sustainable Mining », in : *IISD Earth Negotiations Bulletin*, Brief No. 26, octobre 2021, 9 p.

S. MALJEAN-DUBOIS, V. RICHARD, « The applicability of international environmental law to private enterprises », in : P. DUPUY, J. VINUALES *Harnessing foreign investment to promote environmental protection : incentives and safeguards*, Cambridge university press, 2013, pp. 69-96.

F. MARSHALL, « Climate Change and International Investment Agreements : Obstacles or Opportunities », in : « Bali to Copenhagen » Trade and Climate Project, International Institute for Sustainable Development, 2010, 90 p.

C. MARTINI, « Balancing Investor's Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: An Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting », in : *International Lawyer*, Vol. 50, No. 3, Article 8, 2017, pp. 530-583.

G. MAYEDA, « Sustainable International Investment Agreements: Challenges and Solutions for Developing Countries » in : *Sustainable development in world investment law*, Kluwer Law International, 2011, 24 p.

C. MOELECKE, L. WELLHAUSEN, « Political Risk and International Investment Law », in : *Annual Review of Political Science*, Vol. 25, 2022, pp. 485-507.

A. D. MITCHELL, J. MUNRO, « No Retreat: An Emerging Principle of Non-Regression From Environmental Protections in International Investment Law », in : *The Georgetown Law Journal*, Février 2019, 90 p.

A. D. MITCHELL, J. MUNRO, « An International Law Principle of Non-Regression from Environmental Protections », in : *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 72 (1), à paraître 2023.

R. MOLOO, J. JACINTO, « Environmental and Health Regulation: Assessing Liability Under Investment Treaties », in : *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29.1, 2011, 65 p.

-N-

J.J. NEDUMPARA, A. LADDHA, « Human Rights and Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration » in : J. CHAISSE, J. CHOUKROUNE, L. JUSOH *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 2020, pp. 1-20.

S. H. NIKIEMA, « Best Practices – Definition of Investor », in : *Best Practices Series*, International Institute for Sustainable Development, 2012, 24 p.

R. NOLLEZ-GOLDBAC, « L'écocide et les dommages environnementaux en droit international », *La semaine juridique - édition générale - n° 29 - 20 juillet 2020*, 3p.

-O-

K. OMOTESO, H. YUSUF, « Accountability of transnational corporations in the developing

world : the case for an enforceable international mechanism », in : *Critical perspectives on international Business*, vol. 13, issue 1, 6 mars 2017, pp. 54-71.

-P-

J. PAINE, E. SHEARGOLD, « A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties », in : *Journal of International Economic Law*, Vol. 20(1), 2023, 20 p.

S-E. PANTAZOPOULOS, « Towards a Coherent Framework of Transnational Corporations' Responsibility in International Environmental Law », in : *Yearbook of International Environmental Law*, Volume 24, Issue 1, 2013, Pages 131–165.

D. PATHIRANA, M. MCLAUGHLIN, « Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice », in : *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, 28 p.

N. PERONNE, « The International Investment Regime After the Global Crisis of Neoliberalism : Rupture or Continuity », in : *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 23, Issue 2, Article 8, 2016, pp. 603- 627.

A. PERRY-KESSARIS, « Corporate liability for environmental harm », in : M. FITZMAURICE, D. ONG, *Research Handbook on International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, 20 p.

E. PRIETO-RIOS, « Neoliberal Market Rationality : The Driver of International Investment Law », in : *Birkbeck Law Review*, Vol. (1), 2016, pp. 55-76.

H. PUEL, « Le néolibéralisme, modèle économique dominant », in : *Revue d'éthique et de théologie morale*, No. 233, 2005, ed. du Cerf, 2005, pp. 19-51.

-R-

Y. RADI, « International Investment Law and Development : a A History of Two Concepts », in : R. HOFMANN, S. SCHILL, C. TAMS, *International Investment Law and Development : Friends or Foes*, Edward Elgar, 2015, 22 p.

C. RIFFEL, « Indirect Expropriation and the Protection of Public Interests », in : *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, 2022, pp. 945-974.

S. ROBERT-CUENDET, « Risques financiers liés au changement climatique et droit international des investissements », in : M. TORRE SCHAUB, *Les risques climatiques à l'épreuve du droit*, Paris, Mare & Martin, à paraître 2023.

S. ROBERT-CUENDET, « Repenser le droit des investissements face à l'urgence climatique », in : C. COURNIL (dir.), *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1.5 »*, Paris, Pedone, 2021, pp. 205-223.

-S-

H. SABZEVARI, M-H ABEDIAN KALKHORAN, « Standards of Review for the Non-Precluded Measures Clause in Investment Treaties: Different Wording, Different Levels of Scrutiny », in : *Netherland International Law Review*, Asser Press, 2021, 34 p.

K. P. SAUVANT, H. MANN, « Towards an Indicative List of FDI Sustainability Characteristics », in : *The E15 Initiative – Strengthening the global trade and investment system for sustainable development*, ICTSD, 2017, 46 p.

M. SCHERER, S. BRUCE, J. RESCHKE, « Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration », in : *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 36, Issue 2, Spring 2021, pp. 13–440.

S. W. SCHILL, « Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator », in : *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, 2010, pp. 401–430.

D. SCHNEIDERMAN, « Hayek's dream: International investment law and the denigration of politics », in : *Leiden Journal of International Law*, Vol. 35, pp. 743–759.

S. M. SCHWEBEL, « The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law », in : *ASIL Proceedings*, American Society of International Law, Vol. 98, Cambridge University Press, 2004, pp. 27-30.

J. K. SHARPE, « From Delegation to Prescription : Interpretative Authority in International Investment Agreements », in : *By Peaceful Means: International Adjudication and Arbitration*, Oxford University Press, 2022, 18 p.

J. K. SHARPE, « The Potential Impact on Investment Arbitration of the ILC's Customary International Law », in : *AJIL Unbound*, Cambridge University Press, Vol. 108, 2014, pp. 188-192.

X. SHAO, « Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration : at the Crossroads of Domestic and International Law », in : *Journal of International Economic Law*, 2021, Vol. 24, pp. 157-179.

D. SIDIK SURAPUTRA, « Doctrine of Rebus Sic Stantibus and Law of International Treaty », in : *Jurnal Hukum Internasional*, Vol. 11, No. 4, Juillet 2014, pp. 462-483.

B. SIMMA, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights ? », in : *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011, pp. 573-596.

K. SINGLETON-CAMBADGE, « International Legal Source and Global Environmental Crises: The Inadequacy of Principles, Treaties and Custom », in : *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 2, 1995, pp. 171-187.

J. E. STIGLITZ, « Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities », in : *American University International Law Review*, Vol. 23, Issue 3, Series, Article 1, 2007, pp. 451-558.

E. SUSSMAN, « Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development », in : *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 14, Spring 2008, 12 p.

-T-

K. TIENHAARA, « Regulatory Chill in a Warming World : The threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement », in : *Transnational Environmental Law*, Vol. 7.2, Cambridge University Press, 2018, pp. 229–250.

C. TITI, « The Right to Regulate in International Investment Law (Revisited) », in : *Courses of the Summer School on Public International Law*, Moscou, Vol. 18, 2022, 100 p.

C. TITI, « Police Powers Doctrine and International Investment Law », in : E. DE BRABANDERE, T. GAZZINI, W. SCHILL, A. TANZI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Brill, 2018, pp. 323-343.

-V-

V. VADI, « Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration », in: *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, pp. 357-388.

A. VAN AAKEN, « Interpretational Methods as an Instrument of Control in International Investment Law » in : *American Society of International Law, The Effectiveness of International Law*, Vol. 108, pp. 196-198.

A. VAN AAKEN, « Smart Flexibility Clauses in International Investment Treaties and Sustainable Development: A Functional View », in : *University of St. Gallen Law School - Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 2013-18, 36 p.

K. J. VANDEVELDE, « Rebalancing through exceptions », in : *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17.2, 2013, pp. 449-459.

G. VANHARTEN, « An ISDS Carve-out to Support Action in Climate Change », in : *Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 38, Vol. 11, Issue 8, 2015, 9 p.

J. E. VINUALEZ, « Foreign Investment and the Environment in International Law : An Ambiguous Relationship » in : *British Yearbook of International Law*, Vol. 80, No. 1, 2009, pp. 244-332.

-W-

J. WOUTERS, A-L. CHANE, « Multinational Corporations in International Law », in : *KU Leuven Working Papers*, No. 129, 2015, 24 p.

-Y-

Y. YUNIARTI, « Bilateral Investment Treaties and the Environment », in : *Environmental Policy and Law*, Vol. 49 (2-3), août 2019, pp. 138-141.

-Z-

Y. ZHU, « Do Clarified Indirect Expropriation Clauses in International Investment Treaties Preserve Environmental Regulatory Space ? », in : *Harvard International Law Journal*, Vol. 60, No. 2, 2019, pp. 378-416.

Y. ZHU, « Fair and Equitable Treatment of Foreign Investment in an Era of Sustainable Development », in : *Natural Resources Journal*, Vol. 58, No. 2, 2018, pp. 319-364.

III. JURISPRUDENCE

A. Jurisprudence du CIRDI

CIRDI, aff. No. ARB/17/14, *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and*

Rockhopper Exploration Plc c. Italie, Final Award, 23 août 2022.

CIRDI, aff. No. UNCT/20/3, *Westmoreland Mining Holdings LLC c. Canada (II)*, 31 janvier 2022.

CIRDI, aff. No. ARB/16/41, *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 9 septembre 2021.

CIRDI, aff. No. ARB(AF)/14/1, *Anglo American PLC c. République bolivarienne du Venezuela*, Award, 2019.

CIRDI, aff. No. ARB/08/6, *Perenco Ecuador Limited c. The Republic of Ecuador*, Award, 27 septembre 2019.

CIRDI, aff. No. ARB/15/40, *Belenergia S.A. c. République d'Italie*, Sentence, 6 août 2019.

CIRDI, aff. No., ARB/15/29, *Cortec Mining Kenya Ltd et al. c. Kenya*, Award, 22 octobre 2018

CIRDI, aff. No. ARB/07/26, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic*, Award, 8 décembre 2016.

CIRDI, aff. No. ARB/09/12, *Pac Rim Cayman LLC c. The Republic of El Salvador*, Award, 14 octobre 2016.

CIRDI, aff. No. ARB/11/33, *Adel A. Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, Award, 3 novembre 2015.

CIRDI, aff. No. ARB/08/6, *Perenco Ecuador Limited c. The Republic of Ecuador*, Interim decision on the environmental counterclaim, 11 août 2015.

CIRDI, aff. No. ARB(AF)/09/1, *Gold Reserve Inc. c. Bolivarian Republic of Venezuela*, 22 septembre 2014.

CIRDI, aff. No. ICSID/ARB/11/28, *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. République de Turquie*, Award, 10 mars 2014.

CIRDI, aff. No. ARB/10/7, *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. et ABAL Hermanos S.A. c. Oriental Republic of Uruguay*, decision on jurisdiction, 2 juillet 2013.

CIRDI, aff. No. ARB/08/A, ARB/09/20, *Marion Unglaube and Reinhard Unglaube c. République du Costa Rica*, Award, 16 mai 2012.

CIRDI, aff. No. ARB/06/11, *Occidental Petroleum Corporation c. République de l'Equateur*, 5 octobre 2012.

CIRDI, aff. jointes No. ARB/10/15 et ARB/1/25, *Bernhard von Pezold et autres c. République du Zimbabwe ; Border Timbers et autres c République du Zimbabwe*, Procedural Order No. 2, 26 juin 2012.

CIRDI aff. No. ARB/04/4, *SAUR International SA c. République de l'Argentine*, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012.

CIRDI, aff. No. ARB/08/8, *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, Excerpts of Award, 1^{er} mars 2012.

CIRDI, aff. No. ARB/06/1, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, Award, 7 décembre 2011.

CIRDI, aff. No. ARB/03/15, *El Paso Energy International Company c. Argentine*, Sentence, 31 octobre 2011.

CIRDI, aff. No. ARB/09/6, *Vattenfall Europe Generation AG c. République Fédérale d'Allemagne*, 11 mars 2011.

CIRDI, aff. No. ARB/05/13, *EDF (services) Limited c. Roumanie*, Award, 8 octobre 2009.

CIRDI, aff. No. ARB/04/1, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil SA c. République de l'Equateur*, Sentence, 18 août 2008.

CIRDI, aff. No. ARB/05/22, *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. République de Tanzanie*, Sentence, 24 juillet 2008.

CIRDI, aff. No. ARB/02/16, *Sempra Energy International c. République d'Argentine*, Award, 28 septembre 2007.

CIRDI, aff. ARB/05/8, *Parkerings-Compagniet AS c. Republic of Lithuania*, Award, 11 septembre 2007.

CIRDI, aff. No., (AF)/05/1, *Bayview Irrigation District et al c. Etats Unis du Mexique*, Award, 19 juin 2007.

CIRDI, aff. No. ARB/01/3, *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P c. Argentine Republic*, 22 mai 2007.

CIRDI, aff. No. ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c. République du Chili*,

Award, 25 mai 2004

CIRDI, aff. No. ARB(AF)/00/2, *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A c. The United Mexican States*, Award, 29 mai 2003.

CIRDI, aff. No. ARB(AF)/99/1, *Marvin Feldman c. Gouvernement du Canada*, Award, 16 décembre 2002.

CIRDI, aff. No. ARB/00/4, *Salini Costruttori S.P.A et Italstrade S.P.A c. Royaume du Maroc*, 23 juillet 2001.

CIRDI, aff. ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c. Royaume d’Espagne*, Award, 13 November 2000.

CIRDI, aff. No. ARB(AF)/97/1, *Metalclad Corporation c. The United Mexican States*, Award, 30 aout 2000.

CIRDI, aff. No. ARB/96/1, *Compania del desarrollo de Santa Elena S.A., c. The Republic of Costa Rica*, 17 février 2000.

CIRDI, aff. No. ARB/84/3, *Southern Pacific Properties c. Arab Republic of Egypt*, Award on the merits, 20 mai 1992.

CIRDI, aff. No. ARB/87/3, *AAPL c. République du Sri Lanka*, Sentence Finlae, 27 juin 1990, §76, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1990, p. 558.

B. Jurisprudence de la CNUDCI

CNUDCI, aff. No. UNCT/15/3, *David Aven et al. c. République de Costa Rica*, Final award, 18 septembre 2018.

CNUDCI, *Glamis Gold c. Etats Unis d’Amérique*, Award, 8 juin 2009.

CNUDCI, *Methanex Coporation c. Etats Unis d’Amérique*, Final award of the tribunal on jurisdiction and merits, 3 août 2005.

CNUDCI, *Saluka Investment BV c. République Tchèque*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, 7 mai 2004.

CNUDCI, *S.D. Meyers Inc. c. Gouvernement du Canada*, Partial Award, 13 novembre 2000.

CNUDCI, *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, Award on Jurisdiction and Liability, 27 octobre 1989.

C. Jurisprudence de la CPA

CPA, aff. No. 2009-23, *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company c. The Republic of Ecuador*, Second Partial Award on Track II, 30 août 2018.

CPA, aff. No. 2009-04, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon Delaware, Inc., c. Government of Canada*, 17 mars 2015.

CPA, aff. No. 2009-04, *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement du Canada*, Award on Jurisdiction and Liability, 17 mars 2015

D. Jurisprudence de la CIJ

CIJ, Arrêt, *Affaire Relative à des Usines de Pâte à Papier sur le Fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), 20 Avril 2010, *CIJ Recueil 2010*, p. 14.

CIJ, Arrêt, *Affaire concernant le projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Hongrie c. Slovaquie, 1997, *Recueil CIJ 1997*, p. 7

CIJ, Arrêt, *Affaire de la Barcelona Traction; Light and Power Company, Limited, Belgique c. Espagne*, deuxième phase, 5 février 1970, *Recueil CIJ 1970*, p.3.

CIJ, Avis consultatif, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, 11 avril 1949, *Recueil CIJ 1949*, p.174.

E. Autres références jurisprudentielles

Tribunal Administratif de Cundinamarca, *Procuraduría General de la Nación y otro c. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otro*, 25000- 2341-000-2022-01551-00, 3 février 2023

Tribunal de première instance de Mexico, *Greenpeace Mexico v. Ministry of Energy and Others*, Amparo No. 104/2020, 1^{er} janvier 2023.

SCC, aff. No. 132/2016, *SunReserve Luxco Holdings SRL c. Italie*, Sentence, 25 mars 2020.

Ad Hoc, *Chemtura Corporation c. Government of Canada*, Award, 2 août 2010.

VI. ARGUMENTATION DES PARTIES ET SOUMISSIONS D'ETATS TIERS AU LITIGE

CIRDI, aff. No. ARB/16/41, *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, Non-disputing party submission of Canada, 27 février 2020, §20.

CIRDI, UNCT/15/2, *Lone Pine Resources Inc c. Gouvernement du Canada*, contre-mémoire du Canada, 24 juillet 2015.

VI. OPINIONS DISSIDENTES

CIRDI, aff. No. ARB/16/41, *Eco Oro Minerals Corp. c. République de Colombie*, Opinion dissidente partielle du Prof. P. SANDS QC.

CIRDI, aff. No. ARB/84/3, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, Opinion dissidente de M. A. EL MAHDI.

CIRDI, aff. No. ARB/16/27, *Sevilla Beheer BV et autres c. Espagne*, Opinion dissidente partielle du Prof. P. D CAMERON.

PCA, aff. No. 2009-04, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon Delaware, Inc., c. Government of Canada*, Opinion dissidente du Prof. D. MCRAE.

VII. MODELES DE TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT

- Modèle de TBI de l'Italie, 2022.
- Modèles de TBI du Canada, 2004, 2021.
- Modèles de TBI de la Norvège, 2012, 2021.
- Model de TBI des Pays Bas, 2019.
- Modèle de TBI de la Slovaquie, 2019.
- Modèle de TBI de l'Inde, 2015.
- Modèles de TBI des Etats Unis d'Amérique, 2004, 2012.

VIII. TRAITES BILATERAUX D'INVESTISSEMENT

- Agreement between the Government of Hungary and the Government of the United Arab Emirates, 2021.

- Agreement between the Republic of Colombia and the Kingdom of Spain for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 2021
- Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Côte d'Ivoire for the reciprocal promotion and protection of investment, 2020.
- Agreement between the Government of the République of Rwanda and the Government of the Central African Republic, 2019.
- Investment protection agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other part, 2019.
- Bilateral investment treaty between the Government of the Kyrgyz Republic and the Government of the Republic of India, 2019.
- Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, 2019.
- Agreement between the Government of Hungary and the Government of the Republic of Cabo Verde for the promotion and reciprocal protection of investments, 2019.
- Agreement Between Australia and the Oriental Republic of Uruguay for the Promotion and Protection of Investments, 2019.
- Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the United Arab Emirates, 2018.
- Agreement Between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, 2018.
- Agreement between the Republic of Lithuania and the Government of the Republic of Turkey on the reciprocal promotion and protection of investments, 2018
- Cooperation and facilitation investment agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname, 2018.
- Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, 2018.
- Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Moldova for the promotion and protection of investments, 2018.
- Agreement between the Slovak Republic and the Islamic Republic of Iran for the Promotion and reciprocal Promotion of Investments, 2017.
- Agreement between the government of the Republic of Belarus and the Government of Georgia on the promotion and reciprocal protection of investments, 2017.

- Agreement between the State of Israel and Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 2017.
- Agreement between the Government of the Islamic Republic of Afghanistan and the Government of the Republic of Azerbaijan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 2017.
- Reciprocal investment promotion and protection agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 2016.
- Investment agreement between the Government of the Honk Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Chile, 2016.
- Foreign Investment Promotion and Protection Agreement between Canada and Hong Kong, 2016.
- Agreement between Hungary and the Kingdom of Cambodia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 2016.
- Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Federal Republic of Nigeria and the Government of the Republic of Singapore, 2016.
- Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Guatemala concerning the reciprocal promotion and protection of investments, 2015.
- Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República De Colombia, 2015.
- Agreement between the Government of the Kyrgyz Republic and the Government of the State of Kuwait for the encouragement and reciprocal protection of investments, 2015.
- Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of the Arab Republic of Egypt on the reciprocal promotion and protection of investments, 2014.
- Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the Government of the Hellenic Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, 2014.
- Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia, 2014.

- Canada-Côte d’Ivoire Foreign Investment Promotion and Protection Agreement, 2014.
- Agreement between the Republic of Guatemala and the Republic of Trinidad and Tobago, 2013.
- Agreement between the Council of Ministers of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Azerbaïdjan for the promotion and reciprocal protection of investments, 2012.
- Agreement between the State of Kuwait and the Republic of Singapore for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 2009.
- Agreement between the Belgium-Luxembourg Economic Union on the one hand and the Republic of Colombia, on the other hand, on the reciprocal promotion and protection of investments, 2009.
- Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, 2005.
- Agreement between the Lebanese Republic and the Federal Republic of Germany on the promotion and reciprocal protection of investments, 1997.
- Agreement between the Government of the United Kingdom of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments, 1995.
- Agreement Between The Government of Canada And The Government Of The Republic Of Argentina For The Promotion And Protection Of Investment, 1991.
- Treaty between the United States of America and the Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 1986.
- Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Corée sur l’encouragement et la protection des investissements, 1977.

IX. ACCORDS CONTENANT DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX INVESTISSEMENTS

A. Accords multilatéraux

- Economic Partnership Agreement between the CARIFORUM States, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 2019.
- Code Commun d’Investissement de la Communauté économique des Etats de l’Afrique de l’Ouest, 2019.

- Accord économique et commercial global conclut entre l'Union européenne et le Canada, 2016.
- Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 2018.
- Agreement between the European Union and Japan for an economic partnership, 2018.
- Accord global et progressif pour le partenariat transpacifique, 2016.
- Projet de Code Panafricain d'Investissement, 2016.
- CEDEAO Supplementary Act on Investments, 2008.
- Accord de libre-échange nord-américain, 1994

B. Accords bilatéraux

- Free Trade Agreement Between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and New Zealand, 2022.
- Free Trade Agreement between China and New-Zealand, 2022.
- Free Trade Agreement between Australia and the United Kingdom, 2021
- Political, Free Trade and Strategic Partnership Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ukraine, 2020.
- Singapore – Sri Lanka Free Trade Agreement, 2018.
- Free Trade Agreement between China and Switzerland, 2013.
- Malaysia-Australia Free Trade Agreement, 2012.
- Agreement on free trade and economic partnership between Japan and the Swiss Confederation, 2009.
- Comprehensive Economic Partnership Agreement between India and the Republic of Korea, 2009.
- Free Trade Agreement between Canada and Colombia, 2008.
- Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea, 2007.
- Free Trade Agreement between Taiwan and Nicaragua, 2006.
- Traité du marché commun de l'Afrique Orientale et Australe, 1994.

X. MODELES DOCTRINAUX D'AII

- Creative Disrupters (M. D BRAUCH ; N. BERNASCONI-OSTERWALDER ; H. MANN et al.), Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation, 2018.

XI. ACTES DES NATIONS UNIES

ONU, FCCC/CP/2022/10/Add.1, Report of the Conference of the Parties on its twenty-seventh session (CPO27), Sharm el-Sheikh Implementation Plan, 17 mars 2023.

PNUE, Adaptation Gap Report, 1er Novembre 2022, [en ligne], URL : [Adaptation Gap Report 2022 | UNEP - UN Environment Programme](#), consulté le 17 mai 2023.

ONU, Conseil des droits de l'homme, RES 50/9, Droits Humains et Changement Climatique, 7 juillet 2022.

ONU, AGNU, A/RES/76/300, Droit à un environnement propre, sain et durable, 1^{er} août 2022.

IIED, UNCTAD, « International Investment Agreements and Climate Action », Policy brief, 2022.

ONU, Conseil des droits de l'homme, A/HCR/RES/48/13, Droits à un environnement propre, sain et durable, 18 octobre 2021.

UNCTAD, International Investment Agreements Reform Accelerator, 2020.

UNCTAD, Tacking stock of IIA reform : recent developments, IIA Issues Note – International Investment Agreements, 2019.

ONU, Conseil des droits de l'homme, A/HRC/43/53, *Droit à un environnement sain : bonnes pratiques*, 30 décembre 2019.

UNCTAD, Phase 2 of IIA reform : Modernizing the Existing Stock of Old-Generation Treaties, IIA Issues Note, Issue 2, 2017, p. 4.

ONU, , CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1326, Comité des droits de l'homme, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, General Comment No. 31, 2004.

ONU, Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement – « Notre Avenir à tous », 10 mars 1987.

ONU, A/COF.151/26, Déclaration de Rio sur l'Environnement et le Développement, 1992.

ONU, ECOSOC, RES. 1991/55, Recommandations faites par la Commission des sociétés

transnationales à sa dix-septième session et contribution de la Commission aux préparatifs de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 26 juillet 1991.

XII. ACTES DE L'UNION EUROPEENNE

UE, Conseil de l'Union européenne, Accord de principe sur la modernisation du Traité sur la Charte de l'Energie, 24 juin 2022.

UE, Joint Statement on Trade and Sustainable Development by the European Union and Chile, 2 décembre 2022.

UE, Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088.

XIII. OBSERVATIONS ETATIQUES

TIDM, *Changement climatique et droit international*, Demande d'avis présentée par le Commission des petits Etats Insulaires, Observations présentées par la République Démocratique du Congo, 13 juin 2023, §87.

XIV. DOCUMENTS DE L'OCDE

OCDE, Directorate for financial and entreprise affairs investment committee, Survey of climate policies for investment treaties, 11 oct. 2022.

OCDE, Investment Division, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Organisation for Economic Co-operation and Development Paris, France, Investment Treaties and Climate Change – OECD Public Consultation January – March 2022, Compilation of Submissions, 13 avril 2022.

OCDE, The notion of indirect expropriation in investment treaties concluded by 88 jurisdictions : a large sample survey of treaty provisions – Meeting Background, 19 oct. 2021.

OCDE, Note d'information, *Climate resilience through finance and investment*, Working Party on Climate, Investment and Development, ENV/EPOC/WPCID(2021)8, 27 avril 2021.

XV. AUTRES ACTES D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

ISO, Climate change – how ISO 14001 supports organizations, 2016.

XVI. RAPPORTS DE GROUPES D'ETUDE

A. Columbia Center on Sustainable Investment

Columbia Center on Sustainable Investment, « Climate Action Needs Investment Governance, Not Investment Protection and Arbitration – Response by the Columbia Center on Sustainable Investment to the OECD Public Consultation on Investment Treaties and Climate Change », 25 mars 2022.

Columbia Center on Sustainable Investment, « Costs and Benefits of Investment Treaties – Practical considerations for States », Policy Paper, mars 2018, 24 p.

Commission d'évaluation du CETA (Commission Schubert), Rapport au Premier ministre sur l'impact de l'Accord Economique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé, 7 septembre 2017, 69 p.

B. Fédération européenne du droit de l'investissement et de l'arbitrage

Fédération européenne du droit de l'investissement et de l'arbitrage, « A response to the criticism against ISDS », 17 mai 2015, pp. 6-8.

Fédération européenne du droit de l'investissement et de l'arbitrage, contribution à la consultation organisée dans le cadre du processus d'adoption du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, non daté, pp. 5-6 [accès en ligne], URL : [EFILA TTIP final submission.pdf](#), consulté le 5 mai 2023.

C. Institut international pour le développement durable

Institut International pour le développement durable, Friedrich Ebert Stiftung, « Integrating Investor Obligations and Corporate Accountability Provisions in Trade and Investment

Agreements », 2018, 24 p.

Institut International pour le développement durable, « Harnessing Investment for Sustainable Development : Inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade investment agreements », *Background document for the expert meeting cohosted by the International Institute for Sustainable Development (IISD) and Friedrich Ebert Stiftung (FES)*, 11-12 Janvier 2018, Versoix, Switzerland, 32 p.

H. MANN, K. VON MOLTKE, L. E. PERTERSON, A. COSBEY , Institut International pour le Développement Durable, « IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development », in : *Negotiators' Handbook*, Second ed., 2006, art. 17, 90 p.

D. Autres

Ortec Finance, GIC, Cambridge Econometrics, Integrating Climate Scenario Analysis into Investment Management – A 2023 Update, Avril 2023, 28 p.

GIEC, Working Group III, contribution to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*, 2022, Full Report.

XVII. RESSOURCES EN LIGNE :

Anonyme, « What is Going on with Indonesia's Bilateral Investment Treaties », in : *Indonesia Global Business Guide*, 13 juin 2016, [en ligne], URL : [What is Going on with Indonesia's Bilateral Investment Treaties? \(gbgingonesia.com\)](https://www.gbgingonesia.com/what-is-going-on-with-indonesias-bilateral-investment-treaties/), consulté le 13 mars 2023.

-B-

P. BOLSTAD, S. FRANK, et al., « Flying blind : What do investors really know about climate change risks in the U.S. equity and municipal debt markets », in : *Brookings*, [en ligne], URL : [Flying blind: What do investors really know about climate change risks in the U.S. equity and municipal debt markets? | Brookings](https://www.brookings.edu/articles/flying-blind-what-do-investors-really-know-about-climate-change-risks-in-the-u.s.-equity-and-municipal-debt-markets/), consulté le 29 août 2023.

-C-

CLIENTEARTH, « Fossil fuels and climate change : the facts », in : *ClientEarth Communications*, 18 février 2022, [en ligne], URL : [Fossil fuels and climate change: the facts](https://www.clientearth.org/communications/fossil-fuels-and-climate-change-the-facts/)

[| ClientEarth](#), consulté le 24 mai 2023.

-D-

L. DUBIN, « Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties », in: *Investment Treaty News*, 21 décembre 2018, [en ligne], URL : [Corporate Social Responsibility Clauses in Investment Treaties - Investment Treaty News \(iisd.org\)](#), consulté le 6 mars 2023.

-E-

ECOLEX, Législation, « Précaution », [en ligne], URL : [ecolex.org/result/?q=precaution&type=legislation&xdate_min=&xdate_max=](#), consulté le 13 août 2023.

-F-

E. FARGE, « UN rights experts raise climate change concerns with Saudi Aramco », in : *Reuters LSEG*, [en ligne], URL : [UN rights experts raise climate change concerns with Saudi Aramco | Reuters](#), consulté le 28 août 2023.

-G-

F. GEMENNE, M. DENIS, « Qu'est-ce que l'Anthropocène ? », in : *Vie Publique*, 8 octobre 2019, [en ligne], URL : [Terre, climat : qu'est-ce que l'Anthropocène, ère géologique | vie-publique.fr](#), consulté le 24 mai 2023

-H-

V. HOULDER, N. THOMAS, « Lex in depth : how investors are underpricing climate risks », in : *Financial Times* [en ligne], URL : [Lex in depth: how investors are underpricing climate risks | Financial Times \(ft.com\)](#), consulté le 21 août 2023.

-J-

S. JAIN, « Bridging the gap between investment arbitrations and environmental concerns : can inclusion of counterclaims help ? » in : *The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School, Center for International Commercial and Investment Arbitration, 2019, [en ligne], URL: [Bridging the Gap Between Investment Arbitrations and Environmental Concerns: Can Inclusion of Counterclaims Help? – American Review of International Arbitration \(columbia.edu\)](#)

-L-

J. C. LAWRENCE, L. ANKERSMIT, « Making EU FTAs Paris Safe », in : *SSRN Journal Online*, 2019, p. 21, [en ligne], URL : [Making-EU-FTAs-Paris-Safe-Three-studies-with-concrete-proposals.pdf \(researchgate.net\)](#), consulté le 11 mars 2023

A. LEES, W. ANTOON, E. ECKHOFF, J. MCNALLY, « Suitability of ISDS for Societal Challenges », in : *Global Arbitration Review*, 14 janvier 2022, [en ligne], URL : [Suitability of ISDS for Societal Challenges - Global Arbitration Review](#), consulté le 10 mars 2023.

-M-

T. MARZAL, « Polluter Doesn't Pay : The Rockhopper v Italy Award », in : *EjilTalk online Journal*, 19 janvier 2023, 5p. [en ligne], URL : [Polluter Doesn't Pay: The Rockhopper v Italy Award – EJIL: Talk! \(ejiltalk.org\)](#)

S. MASTRANDREAS, « La Nouvelle-Zélande déclare l'état d'urgence climatique », in : *Les Echos*, 2 décembre 2020, [en ligne], URL : [La Nouvelle-Zélande déclare l'état d'urgence climatique | Les Echos](#), consulté le 25 mai 2023.

E. MEAGER, « Cop26 targets pushed back under threat of being sued », in : *CapitalMonitor*, 14 janvier 2022, [en ligne], URL : [Cop26 targets pushed back under threat of being sued - Capital Monitor](#), consulté le 25 mai 2023.

O. MILMAN, « 'Monster profits' for energy giants reveal a self-destructive fossil fuel resurgence », in : *The Guardian*, 9 février 2023, [en ligne], URL : ['Monster profits' for energy giants reveal a self-destructive fossil fuel resurgence | Fossil fuels | The Guardian](#), consulté le 22 août 2023.

A. MISTURA, « Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale », in : *Investment Treaty News*, 23 avril 2019, [en ligne], URL : [Renforcement de la question de la protection de l'environnement en droit international de l'investissement par l'intégration des principes relatifs à la responsabilité civile internationale – Investment Treaty News \(iisd.org\)](#), consulté le 5 mai 2023.

A. MOONEY, « UN warns banks that fund Saudi Aramco about possible human rights breach », in : *Financial Times*, 25 août 2023, [en ligne], URL : [UN warns banks that fund Saudi Aramco about possible human rights breach | Financial Times \(cam.ac.uk\)](#), consulté le 28 août 2023.

-P-

P. PEREZ-SALIDO, « Royal Decree-Law 17/2019 : An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations ? », in : *Kluwer Arbitration Blog*, [online], URL : [Royal Decree-Law 17/2019: An Opportunity for Spain to Leave Behind the Renewable Energy Arbitrations? - Kluwer Arbitration Blog](#), accessed on 10 mars 2023.

PE, Communiqué de presse, « Le Parlement européen déclare l'urgence climatique », 28 novembre 2019, [en ligne], URL : [Le Parlement européen déclare l'urgence climatique | Actualité | Parlement européen \(europa.eu\)](#), consulté le 25 mai 2023.

L. POSTERARO, « A new report denounces the environmental impact of investment lawsuits under the ECT », in : *The Paris Globalist*, 18 avril 2020, [en ligne], consulté le 20 août 2023.

-S-

B. SALANIE, « MICROECONOMIE – Incitations et contrats », in : *Encyclopædia Universalis* [en ligne], URL : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/microeconomie-incitations-et-contrats/2-la-theorie-des-contrats/>, consulté le 2 mai 2023.

S. SCNEIDERMAN, K. TIENHAARA, G. VAN HARTEN, « Reply to EFILA », in : Investor-state dispute settlement – comments and observations : Gus Van Harten, 6 juillet 2015, [en ligne], URL : [Reply to EFILA | investor-state dispute settlement \(wordpress.com\)](#), consulté le 5 mai 2023.

J. E. STIGLITZ, « The Secret Corporate Takeover », in : *Project Syndicate*, 13 juillet 2012, [en ligne], URL : [The Secret Corporate Takeover by Joseph E. Stiglitz - Project Syndicate \(project-syndicate.org\)](#), consulté le 5 mai 2023.

-T-

K. TIENHAARA, « How Canada gets sued for billions when fossil fuel companies don't get their way », in : *Sustainable Finance Today*, 31 mai 2023, [en ligne], URL : [How Canada gets sued for billions when fossil fuel companies don't get their way - Sustainable Finance Today \(sustfintoday.com\)](#), consulté le 1^{er} août 2023.

-U-

A. UGALE, A. OSMAN, « Police Power Doctrine », 2022, *Jusmundi Investment Law and Arbitration*, [en ligne], URL : [Police Powers Doctrine \(jusmundi.com\)](#), consulté le 15 mars

2023.

-W-

B. WEHRMANN, « RWE sues Netherlands for two billion euros compensation over the state's 2030 coal exit », in : *Clean Energy Wire*, 5 février 2021, [en ligne], URL : [RWE sues Netherlands for two billion euros compensation over the state's 2030 coal exit | Clean Energy Wire](#), consulté le 25 mai 2023.

XVIII. SITOGRAPHIE

UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, [International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#)

UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement Navigator, [Investment Dispute Settlement Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#)

UNCTAD, IIA Mapping Project, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>

UNCTAD, Investment Laws Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>

IISD, Investment Treaty News, [News - Investment Treaty News \(iisd.org\)](https://www.iisd.org/news)

W. ALSCHNER, M. ELSIG, R. P. LAZO et al., Electronic Database of Investment Treaties, URL : [Electronic Database of Investment Treaties \(EDIT\) \(wti.org\)](https://www.wti.org/)

CCNUCC, Nationally Determined Contributions Registry, [Nationally Determined Contributions Registry | UNFCCC](#)

TABLE DES MATIERES

Partie I. L'intégration progressive d'une rationalité environnementale dans les AII, catalyseur d'une transformation profonde du cadre conceptuel	15
Chapitre I. Investissement et environnement : vers de nouveaux rapports de systèmes	16
Section I. La difficile conciliation de deux ordres juridiques aux apparences contradictoires	16
A) Le développement durable, objectif inhérent à la protection conventionnelle des investissements étrangers	16
B) Changer le système : des difficultés persistantes aux tentatives d'actualisation de la protection conventionnelle	19
1) Le retrait ou l'amendement des AII pour un changement systémique de rationalité	19
2) Le problème endémique des clauses de survie.....	21
Section II. L'insertion de clauses de règlement de conflit au service de la prévalence du droit de l'environnement.....	22
A) Une solution souvent négligée	22
B) La prévalence conditionnée des accords environnementaux dans les ALE.....	23
C) La protection des investissements étrangers dans les TBI, un enjeu prioritaire.....	24
1) La prévalence des mesures favorables aux investisseurs : la pratique clauses de non-dérogação maintenant le statu quo	24
2) La référence aux accords environnementaux dans les clauses générales d'exception, un outil délaissé	26
Section III. Un nouveau mécanisme juridictionnel de contrôle des obligations environnementales des Etats	26
A) Les AII comme garants du respect des engagements étatiques en matière environnementale	27
2) L'autonomie controversée des clauses de renvoi aux obligations internationales	

de protection de l'environnement dans le contentieux Investisseur – Etat.....	28
3) La valeur probatoire des accords environnementaux dans le contentieux Investisseur - Etat	29
B) Le maintien de la protection environnementale : les clauses de non-régression au service de la protection effective de l'environnement	30
Chapitre II. L'applicabilité novatrice du droit de l'environnement aux investisseurs au soutien d'un rééquilibrage des responsabilités	33
Section I. Répondre aux besoins de la communauté: l'apport substantiel de l'émergence d'obligations opposables aux investisseurs	33
A) Une condition indispensable à la réalisation des engagements étatiques	34
B) Un statut juridique perméable permettant une extension du champ matériel des obligations environnementale imposables	34
1) Les clauses de conformité au droit national, vecteurs indirects d'obligations internationales.....	35
2) Un statut juridique protéiforme ouvrant la voie à l'opposabilité directe des normes internationales de protection de l'environnement	36
C) Les AII, nouvelles manifestations de l'acceptation des standards internationaux relatifs à l'environnement.....	37
1) Des réticences persistantes à l'opposabilité directe des normes conventionnelles	37
2) L'insertion progressive des normes provenant de la Responsabilité Sociétale des Entreprises, un développement positif.....	38
Section II. La possibilité pour les Etats de former des demandes reconventionnelles, condition <i>sine qua non</i> de l'opposabilité du droit de l'environnement aux investisseurs	39
A) Les demandes reconventionnelles au service d'une répartition plus équitable des responsabilités et des coûts environnementaux.....	39
1) L'insertion de mécanismes de responsabilité civile internationale, une perspective encore théorique	40
2) Le rôle fondamental des demandes reconventionnelles dans la reconnaissance d'une responsabilité des investisseurs	40

B) L'importance fondamentale de dispositions claires fondant la compétence du tribunal	41
1) L'identification du consentement des parties dans l'AII, un obstacle surmontable	41
2) Le silence problématique des AII quant à la caractérisation d'un lien suffisant	42
Partie II. L'environnement comme limite : redéfinir le périmètre de la protection conventionnelle des investissements	45
Chapitre I. L'apparition de mécanismes d'exclusion toujours plus larges, un développement normatif à encadrer	46
Section I. La préservation du pouvoir réglementaire des Etats en matière environnementale, nouvel enjeu pour les AII.....	46
A) Un espace réglementaire entravé.....	46
1) Les implications critiques du système actuel sur le modèle démocratique.....	46
2) L'affirmation conventionnelle de la liberté normative des Etats en matière environnementale.....	47
B) Le subtil équilibre des clauses d'exception : entre protection de l'environnement et risque de « protectionnisme vert »	50
1) La délimitation du périmètre de l'exception, un exercice délicat	50
2) L'importance fondamentale de la délimitation du champ d'application de la clause d'exception	52
Section II. La nécessité de limiter l'accès à l'arbitrage : vers un « veto climatique » ?...	53
A) Les investisseurs, bénéficiaires d'un accès privilégié à l'arbitrage international	54
B) Le recours discutable à des mécanismes d'exclusion <i>ratione personae</i>	55
1) Ecarter tout investisseur, une mesure trop stricte.....	55
2) L'exclusion controversée des investisseurs non-durables.....	56
C) L'exclusion des questions environnementales, une solution en quête de précision	57
1) Une pratique conventionnelle très résiduelle	58
2) L'apport substantiel des propositions doctrinales : vers un « veto climatique » ?	

.....	58
Chapitre II. Combattre le mal à la racine : mettre fin à la conception libérale des standards de protection	62
Section I. L'environnement comme limite : l'actualisation de la portée de la protection substantielle des investissements	62
A) La nécessaire prise en compte des évolutions du droit international de l'environnement dans la délimitation des attentes légitimes des investisseurs	62
1) Définir la stabilité à l'aube du dérèglement climatique	63
B) Repenser la conception néolibérale de la propriété dans un contexte de défi environnemental	67
Section 2. Des pratiques conventionnelles encourageantes	68
A) La délimitation des attentes légitimes à l'ère de la transition écologique, un exercice délicat	68
B) Le constat d'un mouvement général de restriction des mesures susceptibles de caractériser l'expropriation	70
1) L'interprétation extensive de la notion d'investissement pouvant faire l'objet d'une expropriation.....	70
2) La confirmation conventionnelle de la doctrine des pouvoirs de police	71
C) Les clauses de Nation la Plus Favorisée, un frein à la réforme des standards de protection.....	73