



Faculté de Droit et de Sciences économiques
Master Droit de l'Environnement, de l'Aménagement et de
l'Urbanisme
Parcours recherche

Année universitaire 2018/2019

UNE APPROCHE ENVIRONNEMENTALE DE LA
JURISPRUDENCE ARBITRALE DU CIRDI :
Le droit de l'environnement à l'épreuve du droit international des
investissements

Djilali TAÏAR

Mémoire dirigé par

Madame Séverine NADAUD

Maître de conférences HDR en droit public



Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame Séverine Nadaud, directrice du présent mémoire, pour sa disponibilité, son soutien et ses conseils. Plus particulièrement, je lui suis reconnaissant pour son séminaire consacré à l'arbitrage international, qui a éveillé ma curiosité pour ce sujet et sans lequel l'idée de ce thème de mémoire ne m'aurait pas traversé l'esprit.

Je voudrais également remercier Madame Jessica Makowiak pour sa disponibilité lors du choix du sujet, ainsi que ses actions entreprises afin de me mettre en relation avec des personnes spécialisées dans le thème de mémoire vers lequel je me dirigeais. Je remercie Monsieur Gilles Martin d'avoir accepté de m'accorder du temps pour avoir des discussions très enrichissantes. Ses conseils, réflexions et indications bibliographiques me seront très utiles pour la suite de mon parcours. Je remercie aussi Monsieur Jean-Jacques Gouguet pour ses précisions apportées sur le projet de mémoire initial et ses conseils de bibliographie.

De manière plus général, j'exprime ma gratitude envers l'ensemble des professeurs du *Master DEAU*, qui pendant ces deux années, ont su nous conférer des bases de connaissances solides, tout en nous invitant à entretenir notre esprit critique.

A titre plus personnel, je souhaiterais exprimer ma reconnaissance envers mes parents, sans qui tout le chemin effectué n'aurait jamais été possible. Je les remercie également du temps qu'ils ont consacré à corriger mon introduction.

Je remercie chaleureusement Rachel Green dont l'indéfectible soutien m'est précieux.

Enfin, je remercie Paul pour ses conseils de fond et Romain pour ses conseils de forme, par rapport à la rédaction de l'introduction.

Abréviations

Alena : Accord de libre-échange nord-américain

CETA : Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne

CIJ : Cour Internationale de Justice

Cirdi : Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements

CNUCED : Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement

CNUDCI : Commission des Nations Unies sur le droit commercial international

CPA : Cour permanente d'arbitrage

Giec : Groupement intergouvernemental des experts sur l'évolution du climat

IISD : International Institute for Sustainable Development

IPBES : Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques

Onu : Organisation des Nations Unies

PIB : Produit intérieur brut

PNUE : Programme des Nations Unies pour l'environnement

TBI : Traité bilatéral d'investissements

Sommaire

Remerciements	2
Abréviations	3
INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 : L'illustration de l'« écologisation » insuffisante du droit international des investissements au sein de la jurisprudence du <i>Cirdi</i>	26
Chapitre 1 : L'engagement potentiel de la responsabilité internationale de l'Etat consécutif à l'édition ou l'application de normes environnementales.....	26
Chapitre 2 : L'intégration laborieuse de l'objectif de protection de l'environnement par les tribunaux d'arbitrage du <i>Cirdi</i>	46
PARTIE 2 : L'« économisation » préoccupante du droit de l'environnement par le biais du droit international des investissements	67
Chapitre 1 : L'interférence des investisseurs étrangers dans les mécanismes de démocratie environnementale	68
Chapitre 2 : L'intrication du droit interne de l'environnement dans les relations d'investissements internationaux, un obstacle à son renforcement	88
CONCLUSION	106
Références bibliographiques	114
Annexe	123

INTRODUCTION

« L'autorité du droit lui-même, l'imposition de restrictions effectives sur le pouvoir et la défense du citoyen contre les intrusions tous azimuts de ce même pouvoir me semblent un bien humain sans équivalent »¹

Edward Palmer THOMPSON

En 1992, plus de 1700 scientifiques avertissaient l'humanité concernant leurs inquiétudes à propos de problèmes environnementaux : changement climatique, déclin de la biodiversité, déforestation, raréfaction de la disponibilité d'eau douce, zones mortes des océans et croissance démographique.² Vingt-cinq années plus tard, ce sont plus de 15 000 scientifiques qui renouvellent cette alerte dans un article publié par le magazine *Bioscience*³. Ils soulignent l'échec de l'humanité à faire face aux défis environnementaux. L'exacerbation de ces problèmes met aujourd'hui en péril l'intérêt commun de l'espèce humaine. Les craintes se focalisent essentiellement sur la 6^{ème} extinction de masse⁴ et le changement climatique. Les signataires déplorent particulièrement l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre qui provient de la combustion de combustibles fossiles, de la déforestation et de la production agricole, plus particulièrement l'élevage de ruminants à destination de la consommation d'aliments carnés. Derrière ces causes, sont dénoncés le consumérisme et la croissance économique. Des mesures urgentes sont requises pour sauvegarder « notre biosphère en péril »⁵. C'est pourquoi « réévaluer le rôle d'une économie enracinée dans la croissance » apparaît comme une étape indispensable à la survie de l'espèce humaine, au même titre que limiter la croissance démographique, réduire les gaz à effet de serre et restaurer les écosystèmes⁶.

Dans un futur article de la revue *Bioscience* intitulé « *World Scientists' Warning of a Climate Emergency* », momentanément disponible sur internet afin de recueillir les signatures de scientifiques apportant leur soutien, les auteurs réitèrent les inquiétudes prégnantes au sein de la communauté scientifique à propos de la menace du changement climatique sur la biosphère⁷.

Quarante années de négociations internationales sur le changement climatique n'ont pas permis d'enrayer la problématique. Au contraire, de nombreux indicateurs présentent un caractère alarmant car ils sont synonymes d'une augmentation continue des émissions de gaz à effet de serre : augmentation de la population mondiale humaine et de bétail, production de viande par personne, PIB mondial, perte de couverture forestière, nombre de passagers aériens... Or le changement climatique est arrivé, et la rapidité de son évolution a clairement été sous-estimé par un grand nombre de scientifiques. Une remise en cause de nos modes de vie apparaît indispensable, et des transformations aussi drastiques

¹ E.P. Thompson, *La guerre des forêts – Lutte sociale dans l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle*, Éditions La Découverte, Paris, 2017, p. 117

² H. W. Kendall, *World scientists' warning to humanity*, 18 novembre 1992

³ W. J. Ripple, M. Alamgir, E. Crist, M. I. Mahmoud, W. F. Laurence and 15,634 scientist signatories from 184 countries, « World Scientists' Warning to Humanity : A second notice », *Bioscience*, Vol. 67, Issue 12, December 2017, pp. 1026-1028

⁴ Voir particulièrement E. Kolbert, *La 6^e extinction*, Vuibert, 2015

⁵ W. J. Ripple, M. Alamgir, E. Crist, M. I. Mahmoud, W. F. Laurence and 15,634 scientist signatories from 184 countries, « World Scientists' Warning to Humanity : A second notice », *op. cit.*, p.1026

⁶ *Idem*.

⁷ Disponible sur :

http://scientistswarning.forestry.oregonstate.edu/sites/sw/files/climate%20emergency%20Ripple%20et%20al%202017-19-19_0.pdf

qu'ambitieuses doivent être entreprises dans les politiques économiques et démographiques. Les croissances démographique et économique sont parmi les plus importants vecteurs d'augmentation d'émissions de gaz à effet de serre provenant de la combustion de combustibles fossiles. C'est pourquoi l'article préconise la réorientation des objectifs économiques actuellement centrés sur la croissance du produit intérieur brut (ci-après « PIB ») et l'accumulation des richesses, vers le soutien aux écosystèmes et à la qualité de vie, en priorisant les besoins fondamentaux et la réduction des inégalités. En effet, la poursuite de la croissance économique est incompatible avec la soutenabilité à long-terme de la biosphère, à cause de l'extraction excessive de matériaux et la surexploitation des écosystèmes.

Les difficultés rencontrées par la communauté internationale pour atteindre les objectifs internationaux environnementaux questionnent la compatibilité du système économique mondialisé actuel avec le développement durable, tel que défini par le rapport *Notre avenir à tous* : « un développement qui répond aux besoins des générations du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »⁸. Dès 1970, dans un rapport nommé « Les limites de la croissance », le club de Rome alertait les gouvernements mondiaux de la nécessité de revoir en profondeur le fonctionnement de notre système économique afin d'adopter des modes de vies plus respectueux de la capacité productive de la planète⁹. La méfiance grandissante des scientifiques à l'égard de la croissance économique s'exprime particulièrement à travers cette citation de Kenneth E. Boulding, lui-même économiste : « celui qui croit qu'une croissance infinie peut continuer indéfiniment dans un monde fini est soit un fou, soit un économiste »¹⁰. Cette phrase met en exergue la « double collusion » présentée par Jean-Marc Lavieille, Hubert Delzangles et Catherine Le Bris, entre d'une part le court-terme du marché et du profit et le long-terme de l'écologie, et d'autre part entre « des pouvoirs humains se voulant infinis » avec « la finitude de la Terre »¹¹.

L'Institut national de la statistique et des études économiques définit la croissance économique comme l'évolution de la richesse produite, le PIB, sur le territoire d'un Etat entre deux années¹². Le PIB correspond à la somme des valeurs ajoutées créée par les activités de production sur un territoire. La méthode de mesure du PIB est élaborée par l'Organisation des Nations Unies (ci-après « Onu ») afin d'être appliquée à tous les pays. La croissance économique est un indicateur de santé de l'activité économique d'un pays. Les Etats adaptent ainsi leurs politiques publiques et les entreprises sont informés sur le contexte économique global du territoire d'activité. Depuis l'adoption du *Programme de développement durable à l'horizon 2030*, le 8^{ème} objectif de développement durable est la promotion d'une croissance économique soutenue, partagée et durable, afin d'atteindre un idéal de plein emploi productif et de conférer un travail décent à chacun¹³. La croissance économique d'un Etat est synonyme de création d'emplois stables et rémunérés, et permet ainsi de lutter contre la pauvreté¹⁴. C'est pourquoi cet objectif est devenu une priorité pour un grand nombre de pays en développement. L'un des moyens privilégiés pour stimuler la croissance économique d'un Etat demeure l'attraction d'investissements

⁸ Commission mondiale sur l'environnement et le Développement, *Notre avenir à tous*, New York, Oxford University Press, 1987 [Rapport Brundtland]

⁹ D. H. Meadows et al., *The limits to growth*, Universe Books, New York/Earth Island Press, Londres, 1972

¹⁰ K. E. Boulding, *Energy reorganization act of 1973, Hearings Ninety-third Congress, first session, on H.R. 11510*, éd. Washington, U.S. Govt. Print. Off., 1973, p. 248

¹¹ J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, *Droit international de l'environnement*, 4^{ème} édition, Ellipses, p. 20

¹² INSEE en bref, Pour comprendre... la croissance économique

¹³ *Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 septembre, 70/1, Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*

¹⁴ Nations Unies, *Travail décent et croissance économique : pourquoi est-ce important ?*, disponible sur : https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/wp-content/uploads/sites/4/2016/10/Why_it_matters_Goal_8_French.pdf [consulté le 29 juillet 2019]

étrangers. Il en résultera une amélioration de la productivité totale des facteurs, grâce aux capitaux apportés et notamment le transfert de technologie.

Cependant, le potentiel de la croissance économique de remédier ou non aux problèmes environnementaux est un débat d'économistes et d'experts en sciences naturelles. Le droit présente la particularité de ne pas être subordonné aux exigences des scientifiques, et le droit de l'environnement est un exemple symptomatique de la relation complexe et même paradoxale entre les disciplines juridiques et scientifiques¹⁵. Toutefois, le droit doit concilier tous les intérêts en jeu, et n'est pas soumis au seul *diktat* des sciences écologiques. Les enjeux économiques, sociaux, politiques, éthiques et culturels doivent également être « entendus », et leur prise en compte est indispensable pour s'engager sur la voie d'un développement soutenable¹⁶. Les experts ne peuvent remplacer les décideurs, considérés à tort ou à raison comme les plus à même d'adopter des règles de droit dans l'intérêt public.

C'est la raison pour laquelle de nombreux rapports scientifiques présentent un volet synthétique à l'intention des décideurs. La science est au service de la société, et les décisions doivent être adoptées conformément aux procédures démocratiques prévues. Néanmoins, la science est susceptible d'émettre des cris d'alarmes lorsqu'elle estime que ses expertises ne sont pas suffisamment prises en compte par les décideurs, et c'est là tout l'objet de la médiatisation des articles précités : « la plupart des politiques réagissant face à la pression, il appartient aux scientifiques, grands médias et simples citoyens d'insister sur l'obligation morale des gouvernants d'adopter des mesures immédiates dans l'intérêt des générations présentes et futures des humains et autres formes de vie »¹⁷. Adopter une perspective juridique sur l'intégration de l'économie, et plus particulièrement l'objectif de croissance économique dénoncé par de nombreux scientifiques, dans le droit de l'environnement apparaît pertinent pour analyser son évolution et les interactions en résultant.

Malgré l'adoption de conventions¹⁸, notamment au lendemain de la conférence de Rio en 1992, en réponse aux grands problèmes environnementaux, les rapports alarmants quant à l'état mondial de l'environnement se succèdent. Dorénavant, le Programme des Nations Unies pour l'environnement (ci-après « *PNUE* ») appelle à une « transformation urgente et systémique de la manière dont nous utilisons et gérons les ressources naturelles » en raison de l'insoutenable extraction des matières à l'échelle mondiale¹⁹. Concernant le changement climatique, le Groupement intergouvernemental des experts sur l'évolution du climat (ci-après « *Giec* ») expose dans ses rapports « la gravité des risques auxquels nous exposerait notre passivité » et le besoin immédiat d'une réaction politique adéquate pour limiter les émissions d'origine anthropiques des gaz à effet de serre²⁰. La Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques (ci-après « *IPBES* »), quant à elle, souligne la réponse mondiale insuffisante face au dangereux déclin de la nature et de la biodiversité²¹.

¹⁵ Voir R. Romi, « Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle », *AJDA* 1991, p. 432

¹⁶ J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, *Droit international de l'environnement*, *op.cit.*, p. 71

¹⁷ Traduction libre de W. J. Ripple, M. Alamgir, E. Crist, M. I. Mahmoud, W. F. Laurence and 15,634 scientist signatories from 184 countries, « World Scientists' Warning to Humanity : A second notice », *op. cit.*, p.1026

¹⁸ Par exemple : Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique du 9 mai 1992 ; Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 biodiversité ; Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification du 17 juin 1994

¹⁹ PNUE, « Résumé à l'intention des décideurs », *Perspective des ressources mondiales en 2019*, p. 12

²⁰ M. Jarraud, A. Steiner, « Avant-propos », dans *Giec, Changements climatiques 2014 - Rapport de synthèse*, Première parution 2015, p. v

²¹ IPBES, *Communiqué de presse : le dangereux déclin de la nature : un taux d'extinction des espèces « sans précédent » et qui s'accélère*, 6 mai 2019, disponible sur : <https://www.ipbes.net/news/Media-Release-Global-Assessment-Fr>

Les causes des grandes menaces environnementales sont pourtant identifiées, mais inverser les tendances de détérioration de la nature se révèle être d'une délicatesse sans précédent. La dégradation de l'environnement résulte du système productiviste plaçant la nature au service de l'Homme.²² Dans un contexte d'accroissement des inégalités et d'explosion démographique, la surconsommation de ressources naturelles d'une minorité d'habitants de la planète et l'idéal de développement qu'elle constitue exacerbent les atteintes à la biosphère²³. « L'accélération du système international » - c'est-à-dire la circulation toujours plus rapide des personnes, marchandises, services et capitaux - aggrave la fréquence de survenance des dégradations environnementales²⁴. Le climat s'emballa, la biodiversité disparaît, et les ressources naturelles s'épuisent.

Pourtant, les multiples atteintes à l'environnement sont le fait de l'être humain, et par conséquent, lui-même peut y remédier. A cet égard, l'essor du droit international de l'environnement à partir des années 1970 a été la source d'espoirs pour faire face à ce défi inédit par son ampleur globalisée, notamment à travers la reconnaissance graduelle du droit de chacun à vivre dans un environnement sain, ainsi que l'apparition de principes juridiques fondant la protection de l'environnement. Le consensus international s'est décliné par la responsabilité²⁵ pour chaque Etat de souverainement mettre en œuvre les mesures adéquates afin de protéger l'environnement sur son territoire, au bénéfice de sa population. En effet, en vertu du droit international, chaque Etat est le seul à pouvoir disposer librement des ressources naturelles présentes sur son territoire, cette capacité étant inhérent à la composante territoriale de sa souveraineté. Des législations sectorielles furent adoptées dans la majorité des pays industrialisés afin de combattre les problèmes environnementaux rencontrés²⁶.

Il apparaît indispensable d'avoir une approche juridique multiscalaire en raison du caractère transnational des arbitrages entre des personnes privées et des Etats. Les investisseurs souhaitent engager la responsabilité internationale des Etats car l'adoption de mesures de droit interne a lésé leurs intérêts, protégés par des textes de droit international. Les règlements des différends entre Etats et investisseurs s'inscrivent dans la problématique plus large du lien entre le droit de l'environnement et l'économie libérale mondialisée, tant en droit international qu'en droit interne, et nécessite ainsi la remise en cause du paradigme du droit environnemental dans sa globalité et à toutes les échelles. Il est par conséquent nécessaire de comprendre les limites du droit international de l'environnement face au droit international des investissements, pour tenter de comprendre comment la protection accordée aux investisseurs vient limiter l'adoption de normes environnementales de droit interne dans l'intérêt public.

Le droit de l'environnement a permis d'améliorer la situation face à de nombreuses problématiques affectant les écosystèmes, à l'image de la qualité de l'eau en droit européen, ou du commerce d'espèces en voie d'extinction et la protection de la couche d'ozone en droit international. Pour autant, le droit de l'environnement peine à se développer et à apporter des réponses satisfaisantes face aux grandes menaces de ce siècle. Malgré l'adoption de conventions internationales et de normes de droit interne, les émissions de gaz à effet de serre continuent d'atteindre un niveau inquiétant, le déclin de la diversité biologique s'accélère et l'exploitation des ressources naturelles ne respecte pas la biocapacité de la Terre

²² J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, Droit international de l'environnement, *op. cit.*, p. 19

²³ *Idem*

²⁴ *Idem*

²⁵ Dans le sens où il appartient à l'Etat de rendre des comptes à ses citoyens sur la protection de l'environnement, et non dans le sens de responsabilité internationale, c'est-à-dire susceptible d'engager la responsabilité d'un Etat à la suite de la violation d'un engagement international

²⁶ Par exemple, aux Etats-Unis, le « *Clean Air Act* » en 1970 ou le « *Clean Water Act* » en 1972 ; en France, la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux ou la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature

(tel que l'indique l'avancement chaque année du « jour de dépassement », qui a eu lieu le 29 juillet en 2019)²⁷. Face à l'ampleur de ces menaces mettant en danger « l'intérêt commun de l'humanité », de plus en plus d'auteurs en appellent à changer le paradigme sociétal du droit de l'environnement. Il est désormais temps de « penser et mettre en œuvre des limites au cœur des activités humaines »²⁸.

Dans sa genèse, le droit international de l'environnement est lui-même issu du droit international, dont les règles régissaient les relations entre les Etats afin d'organiser la paix jusqu'à la moitié du XXème siècle. La préservation de la liberté des Etats, transcrite sous le concept de souveraineté, est indissociable de la sécurisation de leurs situations. Cette souveraineté se décline sur le plan interne par la liberté normative de l'Etat sur son territoire et sa population. Sur le plan externe, cette souveraineté s'exprime par la liberté accordée à l'Etat d'être lié par des règles de droit. Seule la volonté des Etats est susceptible de créer des règles de droit international.

L'élaboration du droit international fut fortement influencée par le libéralisme classique. Le concept de liberté individuelle fut transposé aux Etats, puis la théorie du contrat et la maxime *pacta sunt servanda* servirent de fondement pour l'élaboration des règles juridiques internationales. Concernant le pouvoir des Etats sur leur territoire et les ressources le composant, le droit de propriété servit de modèle. Ce droit confère au propriétaire la liberté de « jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » tel que le définit l'article 544 du code civil. « La souveraineté publique [...] est au droit public ce que la propriété est au droit privé » écrit François Ost pour décrire la transposition anthropocentrée du concept de propriété en droit international²⁹.

L'économie politique exerça également une influence considérable sur le droit international matériel. L'essor des échanges commerciaux fut ainsi privilégié car il était perçu comme contribuant au maintien de la paix, ce qui mena à une « véritable dépolitisation de la sphère économique »³⁰. Les Etats se contentaient d'assurer le respect des règles du libre-échange et se refusaient à intervenir en matière de relations économiques internationales.³¹ Dans ce contexte de développement économique, les ressources naturelles faisaient l'objet d'une régulation internationale utilitariste pour maximiser les rendements de leur exploitation sans compromettre leur viabilité³².

Au lendemain de la 2nde guerre mondiale, une « tangente providentialiste » caractérise l'évolution du droit international en parallèle de l'apparition du keynésianisme dans les ordres juridiques internes³³. Les premières préoccupations environnementales remettant en cause les fondements libéraux du droit international apparaissent, à l'image des problèmes de pollution affectant la souveraineté d'un Etat, et

²⁷ L'OCDE définit l'empreinte écologique comme la « mesure en hectares de la superficie biologiquement productive nécessaire pour pourvoir aux besoins d'une population humaine de taille donnée ». La biocapacité de la planète désigne sa capacité, en hectare, à générer une offre continue en ressources renouvelables et à absorber les déchets découlant de leur consommation. Le *Global Footprint Network* détermine le « jour du dépassement » en soustrayant la biocapacité à l'empreinte écologique.

²⁸ J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, *Droit international de l'environnement, op. cit.*, p. 20

²⁹ F. OST, *La nature hors la loi – L'écologie à l'épreuve du droit*, Éditions La Découverte, Paris XIII^e, 1995, p. 48

³⁰ W. Ropke, « Economic Order and International Law », *RCADI*, t. 86, 1954, II, p.204

³¹ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 02

³² *Convention pour les oiseaux utiles à l'agriculture*, 19 mars 1902 ; *Convention du phoque à fourrure du Pacifique Nord*, 7 juillet 1911 ; *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine*, 02 décembre 1946

³³ H. Mayrand, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série septembre 2018 - Terre à terre: Environnement et approches critiques du droit, pp. 35-59, p. 45

donnant lieu à l'instauration d'un principe d'utilisation non-dommageable du territoire d'un autre Etat, dans la célèbre *Affaire de la fonderie du Trail*³⁴. A travers l'exemple de la pollution des mers, Hélène Mayrand démontre comment le droit international s'accommode de son cadre libéral pour réguler les problèmes environnementaux. Grâce à l'adoption de conventions internationales³⁵, il intervient en vue de réduire la pollution par les navires, sans pour autant remettre en cause les échanges marchands et l'utilisation des navires en découlant ; leur pollution « est considérée comme inévitable »³⁶.

La conception globale des préoccupations environnementales va progressivement donner naissance au droit international de l'environnement, « matière nouvelle née d'un défi au droit international »³⁷, se caractérisant par la finalité d'établir un corps de règles juridiques protégeant la « biosphère contre les détériorations majeures et les déséquilibres qui pourraient en perturber le fonctionnement normal » dans « l'intérêt général de l'humanité »³⁸. La finalité de la branche environnementale du droit international public va lui conférer une autonomie au cours des années 1970, notamment à travers la *Déclaration de Stockholm* et l'apparition de nouveaux principes. Cependant, le droit international de l'environnement s'inscrit dans la continuité des idéologies libérales du droit international dont il est issu, et il sera « également grandement influencé par l'idéologie néolibérale en plein essor lors de la création de ce nouveau droit »³⁹.

Pour comprendre l'influence de l'idéologie néolibérale sur le droit international de l'environnement, il est indispensable d'adopter une approche critique sur les relations de pouvoirs et les rapports de forces existant au sein des relations internationales inter-étatiques. Ce sont des facteurs déterminants dans l'évolution des règles de droit international puisque seule la volonté d'un Etat, ou par extension d'une organisation internationale, mène à l'adoption d'une norme. Comme indiqué précédemment, les préoccupations environnementales donnèrent naissance à l'adoption de législations sectorielles dans les droits internes. L'intervention étatique des pays industrialisés donna lieu à une telle prolifération des normes de protection de l'environnement qu'elles en devinrent un contre-poids aux stratégies d'accumulation des richesses. Il s'en suivit une vague de délocalisations industrielles vers les pays en développement moins regardant, entre autres, sur la protection de la nature⁴⁰. C'est la raison pour laquelle les législations environnementales, au même titre que le droit du travail et la régulation financière, firent l'objet d'un démantèlement substantiel dans le cadre des politiques néolibérales menées aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, respectivement par Ronald Reagan et Margareth Thatcher. Au sein des relations internationales, le contexte de guerre froide stimula cette allergie à l'interventionnisme étatique, auquel la limitation d'exploitation des ressources naturelles préconisée par de nombreux scientifiques renvoyait au spectre de l'économie planifiée soviétique. Sa combinaison avec l'antagonisme Nord-Sud entre pays développés colonisateurs et pays en développement récemment

³⁴ Sentence arbitrale, *Affaire de la Fonderie du Trail (Canada c/ Etats-Unis)*, 11 mars 1941

³⁵ *Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures*, 12 mai 1954 ; *Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures*, 29 novembre 1969 ; *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution*, 29 novembre 1969 ; *Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets*, 29 décembre 1972

³⁶ H. Mayrand, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », *op. cit.*, p. 45

³⁷ J.-P. Beurrier, *Droit international de l'environnement*, Pédone, 4^e édition, p. 27

³⁸ *Idem*

³⁹ H. Mayrand, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », *op. cit.*, p. 46

⁴⁰ J. McCarthy, S. Prudham, « Neoliberal Nature and the Nature of Neoliberalism » (2004) 35 :3 *Geoforum* 275, p. 278

indépendants mena au refus d'adoption de normes de droit international contraignantes susceptibles d'engager la responsabilité internationale des Etats.

Le droit international de l'environnement a été particulièrement influencé par les préceptes néolibéraux, au point que Steve Bernstein parle de « compromis de l'environnementalisme libéral » pour traiter de la convergence de normes environnementales et économiques visant à protéger l'environnement dans un ordre économique libéral⁴¹. Sous l'impulsion des doctrines d'économie libérale⁴², la réglementation internationale des problèmes environnementaux fut centrée sur les mécanismes de marché. Dans ces principes, la *Déclaration de Stockholm* mettait l'accent sur le développement économique, dans une perspective anthropocentrée de l'environnement, comme « moteur du bien commun dans une perspective néolibérale »⁴³. Les Etats se voyaient rappeler leur droit souverain d'exploiter les ressources environnementales selon leurs propres politiques et priorités, sans qu'elles constituent un frein au développement économique tel que l'exposent les principes 8, 11 et 12 de la déclaration. Il convient de mettre en exergue l'exploitation souveraine des ressources naturelles en raison de son lien avec l'analyse ultérieure de la formation du droit international des investissements, lequel constituait une atteinte aux droits souverains des Etats d'après les pays en développement.

La déclaration de Rio, consécutive au 3^{ème} Sommet de la Terre en 1992, marque la convergence accentuée du droit international de l'environnement avec les préceptes du néolibéralisme. Cette fusion de l'ordre économique et environnemental en droit international pourrait s'expliquer par le contexte de « fin de l'histoire »⁴⁴ marquant la victoire idéologique définitive du libéralisme sur le communisme dans les relations internationales, au lendemain de la dislocation de l'URSS et de la chute du mur de Berlin. Le principe 12 de la Déclaration éclaire particulièrement le tournant économique néolibéral du droit international de l'environnement, en délimitant le cadre dans lequel les Etats coopèrent : « un système international économique ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique ». Dans cette optique de croissance économique et de suppression des entraves au libre-échange, les mesures environnementales ne doivent pas empiéter sur ces tendances, par crainte d'un protectionnisme vert. La finalité du droit de l'environnement d'atteindre une société écologiquement viable peine à s'imposer, malgré la recommandation du principe 8, et se retrouve conditionnée par la logique productiviste⁴⁵. Le principe 16 ajoute que l'application du principe pollueur-payeur visant à internaliser les coûts de protection de l'environnement ne doit pas « fausser le jeu du commerce international et de l'investissement ».

La conciliation inéluctable de la protection de l'environnement et du progrès social avec la croissance économique se retrouve formalisée dans la *Convention-cadre des Nations unies sur le changement*

⁴¹ Steven Bernstein, *The Compromise of Liberal Environmentalism*, New York, Columbia University Press, 2001, cité par H. Mayrand, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », *op. cit.*, p. 46

⁴² Par exemple, les travaux des économistes libéraux américains eurent une influence considérable sur l'élaboration du protocole de Kyoto en 1997 et son marché d'émission de gaz à effet de serre, comme le démontre très bien T. Granier dans « Marchés des quotas d'émissions de gaz à effet de serre et interactions entre droit financier et droit de l'environnement », *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges à l'honneur de Gilles J. Martin*, Frison Roche, 2013, pp. 225-237

⁴³ H. Mayrand, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », *op. cit.*, p. 48

⁴⁴ Concept hégélien repris par Francis Fukuyama pour marquer la victoire des démocraties libérales à économies de marché contre les régimes entravant leur expansion. Ne rencontrant plus d'obstacles, elles s'imposent désormais naturellement, rendant la survenance de conflits armés de plus en plus improbables.

⁴⁵ J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, *Droit international de l'environnement*, *op. cit.*, p. 73

climatique du 9 mai 1992, qui réaffirme en son article 3 l'importance de maintenir un « système économique international qui soit porteur et ouvert et qui mène à une croissance économique et un développement durable de toutes les Parties, en particulier des pays en développement, pour leur permettre de mieux s'attaquer aux problèmes posés par les changements climatiques ». Cette disposition sous-entend clairement que le développement économique consécutif aux échanges et à la libéralisation des flux est la seule solution qui permettra aux pays en développement de lutter contre ce bouleversement météorologique. Les mesures visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre ne peuvent remettre en cause le système économique libéral, car elles entraveraient le développement économique, nuisant ainsi à la lutte contre le changement climatique. L'introduction de ces termes résulte certes d'une exigence des pays en développement lors des négociations internationales, ces derniers souhaitant bénéficier des avantages de la croissance économique. Il n'en demeure pas moins que l'absence d'alternatives au développement économique néolibéral lui confère une certaine fatalité, d'autant plus que les Etats développés se réjouissent d'une telle perspective garantissant l'accès de leurs entreprises nationales aux marchés des pays en voie de développement. Le volet climatique du droit international de l'environnement et ses déclinaisons dans les droits internes se focalisent exclusivement sur les niveaux d'émission des activités anthropiques, alors qu'il est communément admis que le problème réside dans la consommation d'énergie fossile que sous-tend une croissance économique perpétuelle⁴⁶.

L'harmonisation entre la protection de l'environnement et le développement économique était attendue à travers le prisme du développement durable. Bien que défini dans le rapport Brundtland, le développement durable demeure un objet juridique difficile à identifier⁴⁷. Il était supposé être la garantie d'une conciliation harmonieuse des considérations environnementales et sociales avec la croissance économique. Cependant, l'utilisation juridique du développement durable laisse dorénavant penser davantage à une subordination des enjeux socio-environnementaux aux impératifs de croissance économique, cette dernière venant délimiter le cadre d'action des deux premiers, et non l'inverse⁴⁸. L'article 6 de la Charte de l'environnement et l'utilisation qui en est faite par le juge français illustrent le « cantonnement » dont le droit de l'environnement fait l'objet dans l'ordre juridique national⁴⁹. La conciliation de l'objectif vague de protection et mise en valeur de l'environnement avec les libertés économiques à forte « formalisation juridique » tourne nécessairement à l'avantage des seconds⁵⁰.

Le droit international de l'environnement a été un élément incontournable pour réguler les ressources partagées entre plusieurs Etats, à l'image de la *Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982*, dite « Convention de Montego Bay ». L'échec du droit à faire face aux principaux problèmes environnementaux globaux ne peut être imputé à la seule communauté internationale dans son ensemble, mais également aux Etats eux-mêmes, puisqu'ils demeurent les seuls à disposer du pouvoir souverain d'exploiter leurs ressources naturelles et de gérer leur environnement. Le préambule de la *Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992* réaffirme le droit souverain des Etats sur leurs ressources biologiques, ce qui leur confère une responsabilité dans leur conservation et leur

⁴⁶ M. M'Gonigle et P. Ramsay, « Greening Environmental Law : From Sectoral Reform to Systemic Re-Formation » (2004) 14 J Envtl L & Prac 333, p.342-343

⁴⁷ « Matrice conceptuelle » pour P.M. Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle ? », *RGDIP*, 1997, n°4, pp. 873-903, spéc. P. 886 ; « discours » pour Chantal Cans dans « le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 10 février 2013, p. 211

⁴⁸ R. Romi, « La transversalité, caractéristique, moteur et frein du droit de l'environnement », dans *Confluences : Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Devillier*, Paris : Montchestien. DL 2007, pp.913-923

⁴⁹ *Idem*

⁵⁰ *Idem*

utilisation durable. L'article 3 de la même Convention rappelle ensuite le droit souverain des Etats « d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique environnementale ». Le droit international ne peut avoir qu'une influence limitée sur les biens communs se situant exclusivement au sein d'un Etat, en vertu du principe de compétence nationale. Tout traité multilatéral adopté afin de trouver une solution à un problème environnemental global se verra limité par la marge d'appréciation discrétionnaire de l'Etat dans lesquels les éléments de l'environnement visés se situent. La « force normative réduite » de la *Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992* illustre ceci car la protection de la biodiversité implique des mesures de conservation des habitats et des écosystèmes localisés sur le territoire d'un seul Etat⁵¹.

Au sein des ordres juridiques internes, la protection de l'environnement devint d'intérêt général car considérée comme une valeur sociale devant être intégrée dans la « hiérarchie complexe des droits et principes fondamentaux »⁵². La nécessité de protéger la biosphère contre les menaces et les atteintes irréversibles, « dont les plus sérieuses sont celle infligées par les activités économiques » invita les Etats à élaborer un « ensemble de règles de police administrative spéciale qui fixent des seuils et soumettent à contrôle les activités à risque »⁵³. Le droit interne de l'environnement s'ordonna autour des principes reconnus en droit international, dont le principe de prévention selon lequel les atteintes susceptibles d'altérer les équilibres biologiques ou nuire à la santé publique doivent être anticipées en vue d'éviter, de réduire ou à défaut de compenser leurs effets néfastes. La mise en œuvre du principe de prévention par le biais du contrôle administratif des activités ayant une incidence sur l'environnement, s'est révélée peu fructueuse, avec la persistance des troubles environnementaux globaux aux échelles nationales. Aborder le rôle des autorités publiques d'un Etat dans la délivrance d'autorisations est un prérequis indispensable pour le présent développement puisque ces services se retrouvent à l'avant-garde des décisions ayant une incidence sur l'environnement susceptibles de fonder la violation d'un engagement international issu d'un traité sur l'investissement.

En théorie, le droit de l'environnement national et son application par les services de l'Etat auraient dû garantir le respect des objectifs environnementaux édictés tant au niveau international que national. L'administration dispose des informations pertinentes pour autoriser les seules activités ne compromettant pas la protection de l'environnement légalement souhaitée. Mais elle se voit également conférer des « pouvoirs de négociations importants » avec les acteurs économiques⁵⁴. Les autorités décisionnaires délivrant les permis sont confrontées à des pressions politiques tant par leur positionnement hiérarchique que par leur poste au service de l'intérêt public⁵⁵. Par conséquent, ils doivent concilier les préoccupations environnementales avec d'autres intérêts. L'Etat ou les personnes publiques nationales prennent des décisions politiques, lors de l'application du droit de l'environnement, sans particulièrement chercher à appliquer les dispositions statutaires environnementales leur conférant

⁵¹ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, Elgar International Investment Law, 2013, p. 06

⁵² M. Prieur, avec la collaboration de J. Bétaille, M.-A. Cohendet, H. Delzangles, J. Makowiak, P. Steichen, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2016, p. 79

⁵³ Centre de recherche en droit économique, « Introduction au droit économique de l'environnement », pp. 15-37, dans *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G.J. Martin*, éd. A. Frison-Roche, 2013, p. 16

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ M. C. Wood, « Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part I) : Ecological Realism and the Need for a Paradigm Shift », *Environmental Law (Northwestern School of Law)*, 39/43, March 2009, pp. 43-89

la compétence. Le rôle de l'Etat dans la protection de l'environnement en droit interne se retrouve confronté à son positionnement dans l'économie mondialisée.

L'omniprésence de l'économie dans le droit de l'environnement amène à s'interroger sur l'appréhension de l'économie par le droit. La discipline juridique en tant que processus social dans lesquels se confrontent les différents intérêts publics, apparaît comme une grille de lecture pertinente grâce à la pluralité de valeurs et d'objectifs sur lesquels elle s'appuie⁵⁶. La finalité d'une « société écologiquement viable » a réussi à se frayer un chemin au sein du droit international, mais demeure marginale face à la logique néolibérale.

Le droit international économique peut se définir comme « l'ensemble des règles qui régissent l'organisation des relations économiques internationales, c'est-à-dire, pour l'essentiel, des relations macro-économiques ». Par opposition à la micro-économie dont le champ d'étude se focalise sur les transactions individuelles entre acteurs économiques, la macro-économie « s'attache à la description des grands ensemble économiques, de leurs actions, réactions et interactions ». Dans le contexte des relations internationales macro-économiques, l'Etat joue un rôle ambivalent. D'une part il « agit pour encadrer par des règles juridiques le mécanisme des échanges comme la promotion des investissements » en droit interne et en droit international, en coopérant avec les autres Etats ou au sein des organisations internationales⁵⁷. D'autre part, il agit comme une personne privée en effectuant des transactions commerciales, concluant des contrats avec des personnes privées, ou en réalisant des investissements⁵⁸.

L'ensemble du droit international économique a été traversé par un mouvement de libéralisation conférant toujours plus d'autonomie aux opérateurs économiques. En effet, la mondialisation des échanges est le fait de personnes privées à travers les transactions de marchandises, capitaux, technologies ou services. C'est pourquoi la nécessité de leur imposer un minimum de contraintes dans l'exercice de leurs activités apparaît comme le meilleur moyen de contribuer à l'idéal de croissance et d'intégration renforcée des économies nationales. Le succès croissant du recours à l'arbitrage international par des personnes privées pour régler des différends opposant des Etats aux investisseurs illustre l'autonomisation de la volonté des opérateurs économiques⁵⁹.

Le droit des investissements internationaux constitue un sous-ensemble du droit international économique, avec le droit international du commerce et le droit des financements internationaux. Bien que ces corps de règles répondent à des logiques qui leurs sont propres, leurs réglementations sont indissociables les unes des autres, pour répondre à la fin d'enrichissement d'Etats économiquement interdépendants. Le champ d'application de certains traités de libre-échange illustre la corrélation entre ces différents sous-ensembles. Par exemple, l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ci-après « *Alena* ») instituant une zone de libre-échange entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique à compter du 1^{er} janvier 1994, régleme tant le volet commerce (partie II et III) qu'investissements (chapitre 11 de la V^{ème} partie), les seconds étant indispensables pour favoriser les premiers, et réciproquement.

L'investissement est une notion économique. La Nomenclature des Mouvements de capitaux en annexe de la *Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité*

⁵⁶ A. Michelot, « Définition(s) et perspective de justice climatique » dans A. Michelot, *Justice climatique/Climate Justice, Enjeux et perspectives/Challenges and perspectives*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 20

⁵⁷ P.-M. Dupuyt, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, 13^{ème} édition, Dalloz, p. 736

⁵⁸ *Idem*

⁵⁹ *Ibid*, p. 735

effectue une distinction entre les investissements directs et autres que directs. Un investissement direct se définit à travers trois éléments : l'existence d'un apport en capital (c'est-à-dire des biens mis au service d'une société en vue d'une exploitation commune, et conférant des droits sur la société en contrepartie⁶⁰) ; l'établissement de liens durables du fait de cet apport ; la possibilité d'exercer soit le contrôle, soit tout au moins, une réelle influence sur la gestion de l'entreprise investie. Lorsque l'investissement ne répond pas à la troisième condition, il constitue un investissement autre que direct. La nomenclature est particulièrement intéressante pour effectuer une définition économique de l'investissement, tourné vers la liberté de circulation des capitaux relevant de la compétence de l'Union européenne. Toutefois, la définition économique diffère de la définition juridique car cette dernière est tributaire de l'objectif de la source de droit procédant à la définition. Différents droits et obligations en découleront. Ainsi, comme il le sera vu lorsque les sources du droit international des investissements seront abordées, il n'y a pas de définition juridique unique de l'investissement.

Le droit international des investissements s'est développé pour protéger les investissements étrangers contre les mesures des Etats hôtes diminuant la valeur des investissements ou privant les investisseurs de leur propriété. Il a pour objectif de protéger les droits de propriété des investisseurs nationaux dans un Etat étranger. Sa nature préfigure l'opposition de deux intérêts. D'un côté, les acteurs actifs en matière d'investissements internationaux, généralement des personnes privées, qui arguent en faveur du respect de leurs intérêts à travers la garantie d'un maximum de liberté dans la gestion de leurs actifs et l'obtention des gains financiers consécutifs à leurs investissements. De l'autre, celui des Etats hôtes qui souhaitent conserver le contrôle sur les retombées de l'investissement accueilli tout en gardant leurs pouvoirs normatifs.

La polarité de ces deux intérêts a donné lieu au positionnement de deux types d'Etats au sein des relations internationales. Les Etats exportateurs de capitaux, industrialisés, veulent accéder aux matières premières et ressources naturelles de l'Etat d'accueil, ainsi qu'à la main d'œuvre peu onéreuse et aux marchés émergents avec le « minimum de contraintes »⁶¹. Les Etats hôtes, majoritairement les pays sous-développés ou en développement, désirent contrôler les conditions économiques, sociales et environnementales dans lesquelles l'investissement étranger est réalisé. Cependant, ces derniers se retrouvent dans la nécessité d'attirer les capitaux étrangers afin de se développer et exploiter les richesses nationales. Or ils ne disposent pas des capacités techniques et financières adéquates pour démarrer leur développement économique, et se retrouvent par là-même contraints de renoncer à une part de leur souveraineté économique. Ce propos est à nuancer avec l'émergence de pays comme la Chine, l'Inde ou le Brésil, dont le développement économique leur a permis de devenir des pays exportateurs de capitaux.

L'opposition de ces différents intérêts, soutenus par différents Etats, influa sur l'apparition et l'évolution du droit international des investissements. Les pays en développement, réclamant leur indépendance ou d'ores et déjà indépendants, estimaient devoir reprendre le contrôle sur leurs ressources naturelles afin de bénéficier d'une réelle souveraineté économique. Le plus souvent, ils étaient liés par des contrats de concession d'exploitation des ressources naturelles avec des personnes privées de la nationalité d'un Etat tiers. Ils étaient donc limités dans le contrôle des investissements accueillis par les clauses du contrat conditionnant l'apport de capitaux et par le fait que les firmes étrangères étaient majoritairement des filiales de société mère échappant à la législation interne. Une vague de nationalisations des entreprises privées étrangères, dans le contexte de décolonisation, intervint à compter des années 1950, avec notamment la nationalisation par l'Iran de la *Anglo-Iranian Oil Company*, une compagnie de nationalité

⁶⁰ <https://www.jurifiable.com/conseil-juridique/droit-des-affaires/apport-en-capital>

⁶¹ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, op. cit., p. 773

britannique. Le Royaume-Uni saisit la *Cour Internationale de Justice* (ci-après « *CIJ* ») afin d'engager la responsabilité internationale de l'Iran, mais cette dernière, le 22 juillet 1952, rendit une déclaration d'incompétence au motif que le demandeur n'était pas partie au contrat avec le défendeur, et le contrat de concession n'était pas destiné à régler les rapports entre les deux gouvernements⁶².

La Cour permanente de justice internationale avait jugé que la méconnaissance par un Etat du principe des droits acquis était de nature à engager sa responsabilité internationale, en l'occurrence celle de la Pologne dans les affaires des intérêts allemands en Haute-Silésie et de l'*Usine de Chorzów*, respectivement du 25 mai 1926 et du 26 juillet 1927. Il convient de noter qu'en l'espèce, cette obligation de respecter les droits acquis étaient de nature conventionnelle⁶³, il faut donc un engagement international des Etats pour qu'ils soient condamnés sur ce fondement. Le contrat liant l'entreprise étrangère nationalisé à l'Etat ne relevant pas du droit international *stricto sensu*, il demeurait néanmoins le seul moyen juridique susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat pour obtenir les compensations adéquates face aux pertes subies par la personne privée. Le concept de respect des droits acquis en application des législations des Etats hôtes servit de fondement aux pays occidentaux pour contester la légalité des nationalisations, le plus souvent consécutives à un changement de régime politique ou d'une révolution⁶⁴. Mais les juridictions internes s'alignèrent sur les positions politiques justifiant les nationalisations, et l'objectif subséquent des Etats exportateurs de capitaux fût de soustraire le contentieux des expropriations aux ordres juridiques internes, en raison des enjeux financiers mais également stratégiques et géopolitiques. La diplomatie ne pouvait se révéler suffisante à cette fin.

Un équilibre entre les différentes positions intervint avec la *résolution n° 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1962 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles* qui consacra le droit d'un Etat à nationaliser tout bien privé étranger sur son territoire, en contrepartie d'une indemnisation équitable par respect pour les droits acquis⁶⁵.

Les Etats de la nationalité des investisseurs lésés ne pouvaient engager la responsabilité internationale des Etats portant atteinte aux investissements. Les investisseurs décidèrent dès lors de recourir à l'arbitrage transnational, c'est-à-dire mélangeant des règles de droit public et de droit privé, car ces procédures sont tant inspirées par l'arbitrage interétatique que par l'arbitrage international entre des personnes privées. Le recours aux arbitrages transnationaux s'accrut durant les différentes nationalisations de sociétés privées exploitant les ressources pétrolières dans un pays tiers (Arabie Saoudite, Iran, Lybie...). Le caractère transnational de l'arbitrage tient aussi à l'élément d'extranéité d'une des parties au contrat, qui estime que l'action ou l'inaction de l'Etat a lésé son investissement d'une manière telle que ce manquement lui donne droit à une compensation. Pour renforcer leur légitimité, les arbitres procédaient à la « délocalisation » des contrats : ils soustrayaient leurs régimes juridiques de l'ordre normatif interne de l'Etat hôte⁶⁶. Toute mention, même indirecte, des principes de droit international dans le contrat fût interprétée comme une indication « de la volonté des parties de soustraire au moins partiellement le contrat aux règles de droit interne »⁶⁷.

⁶² Cour Internationale de Justice, *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, 22 juillet 1952

⁶³ Article 6 de la *Convention germano-polonaise relative à la Haute-Silésie du 15 mai 1922* qui prévoit que « *La Pologne peut exproprier en Haute-Silésie polonaise les entreprises appartenant à la grande industrie, y compris les gisements, et la grande propriété rurale, conformément aux dispositions des articles 7 à 23. Sous réserve de ces dispositions, les biens, droits et intérêts de ressortissants allemands ou de sociétés contrôlées par des ressortissants allemands ne peuvent pas être liquidés en Haute-Silésie polonaise* ».

⁶⁴ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, op. cit., p. 776

⁶⁵ *Idem*

⁶⁶ *Ibid*, p. 777

⁶⁷ *Idem*

Les arbitrages transnationaux posaient toutefois de grosses difficultés aux arbitres, tenant au fait que le droit international public est composé de règles et principes « conçus pour normaliser les relations entre Etats »⁶⁸. C'est pourquoi une convention fût élaborée à l'initiative de la *Banque mondiale*, afin que des solutions soient adaptées à ce type de différends. Le *Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements* (ci-après « *Cirdi* ») est une organisation internationale dotée de la personnalité juridique, et instituée par la *Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats* (ci-après « *Convention de Washington* »). Cette convention est multilatérale, elle a été signée par 163 Etats, et 154 l'ont ratifiée. Bien que non universel, ce texte jouit aujourd'hui d'un « haut degré d'acceptation internationale »⁶⁹.

L'élaboration de la *convention de Washington* résulte de la volonté des pays du Nord de soustraire le règlement des différends relatifs aux expropriations et nationalisations de juridictions des pays du Sud.⁷⁰ Les politiques successives de nationalisation, au sein des Etats en développement, conduisirent à une crise de confiance dans les relations d'investissements entre pays du Sud et pays du Nord. Le but de la Convention est d'instaurer une protection internationale des investissements pour les opérateurs économiques étrangers, condition *sine qua non* de la promotion des investissements et du développement de la coopération économique entre les Etats.

Offrir au ressortissant étranger la faculté d'agir directement contre l'Etat portant atteinte à son investissement apparaît comme un moyen de sécuriser les exportations de capitaux. Une personne privée sera d'autant plus incitée à investir dans un pays si elle est sûre de disposer d'un mécanisme juridique pour pouvoir obtenir une compensation en cas d'atteinte à ses droits. En vertu de l'article 25, toute personne privée de la nationalité d'un Etat partie à la *Convention de Washington* peut saisir le *Cirdi* contre un autre Etat partie lorsqu'un différend en relation directe avec un investissement survient. Un Etat peut également déposer une requête contre une personne de la nationalité d'un Etat tiers partie, mais ce cas de figure ne s'est présenté qu'une fois. Le consentement des parties est nécessaire pour conférer au *Cirdi* la compétence pour régler le différend, mais l'acceptation tient désormais en majorité des engagements conventionnels des Etats, comme il le sera vu par la suite. Aucune condition préalable d'épuisement des voies de recours internes n'est exigée à l'égard de l'investisseur, ce qui lui confère une forme de traitement avantageux par rapport aux ressortissants nationaux.

Le *Cirdi* offre des moyens de conciliation et d'arbitrage, via des procédures prévues par la convention. Son fonctionnement est adapté à la nature hybride des contrats Etats-investisseurs. Le mode de constitution du Tribunal laisse place à une grande diversité de formations, ce qui n'est pas sans causer de risques sur l'unification de la jurisprudence du *Cirdi*. En vertu de l'article 54 de la *Convention de Washington*, les sentences arbitrales du *Cirdi* sont dispensées des procédures d'« *exequatur* », ce qui, comparé à l'arbitrage international classique, est un gage d'efficacité pour l'exécution des sentences. Les Etats parties sont obligés de procéder à l'exécution des obligations pécuniaires consécutives.

A ces débuts, le *Cirdi* fût rarement saisi. La première affaire ne fut instruite qu'en 1972, soit presque six années après son entrée en vigueur. Au 31 décembre 1996, seulement 38 affaires avaient été portées devant le *Cirdi*⁷¹. Puis le système connut un large succès. Dans les quatre années qui suivirent, ce sont

⁶⁸ *Ibid*, p. 625

⁶⁹ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 575

⁷⁰ *Idem*

⁷¹ CIRDI, *Affaires du Cirdi – Statistiques (Numéro 2019-1)*, p.7, disponible sur :

[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(French\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(French).pdf) [consulté le 22 juillet 2019]

43 requêtes qui furent déposées, soit plus que lors des trente années précédentes⁷². Fin 2018, le record de 56 affaires enregistrées a été atteint, passant le total à 706 requêtes instruites, dont 632 arbitrages⁷³. L'évolution des affaires connues par le *Cirdi* illustrent particulièrement bien la tendance grandissante des personnes privées à engager la responsabilité internationale des Etats, et ce même s'ils ne sont pas en relation directe. Seulement 16 % des affaires sont engagées car le contrat entre l'investisseur et l'Etat, et non un traité, prévoyait le recours à l'arbitrage du *Cirdi*⁷⁴. 84% des affaires ont donc lieu en application d'une convention internationale prévoyant le recours à l'arbitrage.

Le succès fulgurant des arbitrages transnationaux n'est pas le privilège exclusif du *Cirdi*, même s'il demeure un acteur majeur du droit international des investissements. La *Cour permanente d'arbitrage* (ci-après « CPA ») a également connu des saisines croissantes concernant les différends Etats-investisseurs (69 en 2016) en application de la *résolution 2205 de l'Assemblée générale des Nations Unies* portant création de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (ci-après « CNUDCI ») ; elle concurrence le *Cirdi* à cet égard⁷⁵. Notre champ de recherche se cantonnera à la jurisprudence arbitrale du *Cirdi*, en raison de son rôle historique en matière d'arbitrages transnationaux entre les Etats et les investisseurs, de la disponibilité de documentation à cet égard, et du nombre significatif de sentences arbitrales ayant un lien direct avec le droit de l'environnement pour mener une étude empirique.

L'adoption de la *Convention de Washington* en vue de promouvoir les investissements internationaux ne fût qu'une pièce dans le puzzle des sources du droit international des investissements. Ce dernier est en effet un droit décousu, dont la fragmentation nuit à l'unification. Ce phénomène est particulièrement visible à travers la jurisprudence arbitrale en matière de règlements des différends entre Etats et investisseurs. Les différentes définitions de l'investissement, objet de ce droit, appuient ce morcellement. Le premier problème qui apparaît est l'interpénétration des normes de droit international et de droit interne, car la protection internationale des investissements résulte également des réglementations étatiques, qui exercent une influence certaine sur les mouvements de capitaux transnationaux : un Etat garantissant une meilleure protection des investissements étrangers les attirera d'autant plus facilement.

Quantitativement, la majorité du droit international des investissements se compose des traités bilatéraux d'investissements (ci-après « TBI »). La CNUCED en dénombrait 2946 fin 2017, sur un total de 3 322 accords internationaux règlementant l'investissement⁷⁶. Ces conventions résultent de la volonté des Etats de protéger les investissements de leurs ressortissants dans l'autre Etat partie. Face à la difficulté d'obtenir un accord universel sur la protection internationale des investissements, de nombreux Etats développés conclurent des accords bilatéraux avec des Etats en développement désireux d'attirer des capitaux. Ils permettent de concilier les intérêts de chaque Etat dans les règles applicables. L'ensemble des négociations est effectué sur la base de modèles conventionnels contenant les clauses auxquelles tiennent les Etats. En 2019, les TBI constituaient plus de la moitié des fondements juridiques ayant donné lieu à une affaire devant le *Cirdi*, en raison de la présence d'une clause-type dans ces accords

⁷² *Idem*

⁷³ *Idem*

⁷⁴ *Ibid*, p.10

⁷⁵ P.-M. Dupuyt, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 783

⁷⁶ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2018, p.19, disponible sur : https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2018_overview_fr.pdf [consulté le 23 juillet 2019]

bilatéraux⁷⁷. Plus de 1200 traités d'investissements contiennent une clause renvoyant le règlement de différends entre investisseurs et Etats aux tribunaux d'arbitrage de l'institution.

La fragmentation inexorable du droit international des investissements face à la profusion de TBI est atténuée par l'adoption d'accords régionaux, sectoriels et multilatéraux. L'Union Européenne, par exemple, tend à se substituer aux Etats dans la conclusion d'accords globaux règlementant l'investissement international – l'*Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne* (ci-après « CETA ») contient une partie à cet égard -, ce qui amène les Etats membres à en conclure moins avec les Etats tiers d'un point de vue externe. D'une perspective interne, les accords régionaux tendent à remplacer les accords bilatéraux, ce qui conduit certains Etats à dénoncer les TBI qu'ils ont conclus, comme l'Italie ou l'Irlande avec les autres Etats-membres de l'Union européenne⁷⁸. Le *Traité sur la Charte européenne de l'Energie du 17 décembre 1994* est un traité sectoriel liant 51 parties contractantes. Son adoption favorise l'implantation des Etats industrialisés et pauvres en source d'énergie, dans les pays moins industrialisés mais riches en sources d'énergie, et ainsi l'exploitation de leurs gisements énergétiques. Enfin, un autre accord multilatéral reste à aborder : la *Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements du 11 octobre 1985* (ci-après « *Convention de Séoul* »). Défendue par les pays du Sud pour « contrebalancer l'effet de levier » des institutions nationales de garantie des investissements des pays du Nord, la *Convention de Séoul* met en place un système de garantie contre le risque politique qui pourrait affecter les ressortissants d'une partie contractante ayant investi dans un autre Etat partie⁷⁹.

Malgré l'impossibilité d'identifier un corps de règles uniformes en matière de droit international des investissements, il est tout de même possible de dégager des orientations générales identifiant la spécificité de la matière. La juxtaposition des fragments d'accords bilatéraux d'investissements fait apparaître le recours récurrent à des clauses-type imposant le recours à l'arbitrage tel que la « clause Cirdi » ou des clauses assurant le libre-transfert du produit des investissements, et l'utilisation de concepts coutumiers ou de principes généraux comme le traitement juste et équitable. L'éclatement des sources et tribunaux d'arbitrage reste sans incidences sur les moyens de droits invoqués et utilisés dans le contentieux de l'investissement, que les arbitres interprètent en général favorablement aux droits des investisseurs.

Une constante apparaît : le droit international des investissements est un droit favorable aux activités économiques des personnes privées. C'est la seule discipline de droit international offrant une justice d'exception avec force exécutoire à des personnes privées contre des Etats, sans condition préalable d'épuisement des voies de recours internes. Le droit international des investissements modifie la teneur des relations entre personnes privées et Etats, les derniers devant prendre en compte la capacité des premiers à les assigner devant un tribunal d'arbitrage. La jurisprudence particulièrement favorable aux investisseurs éclaire cette constante. En 2017, 60 % des tribunaux d'arbitrage rendirent des sentences arbitrales accueillant les demandes des investisseurs sur les prétentions de compensations⁸⁰. L'absence de règles unifiées combinée à la jurisprudence avantageuse pour les investisseurs – il y a de nombreux exemples d'utilisations casuistiques incohérentes de concepts du droit international des investissements détournés de manière à favoriser la personne privée - caractérise la complexité de cette matière.

Cette complexité commence d'ores et déjà dans l'identification de l'objet de ce droit : il n'y a pas de définition uniforme de l'investissement. Toute définition conventionnelle est tributaire de l'objet du

⁷⁷ CIRDI, *Affaires du Cirdi – Statistiques (Numéro 2019-1)*, op. cit., p.10

⁷⁸ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, op. cit., p. 567

⁷⁹ *Ibid*, p. 575

⁸⁰ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018*, op. cit., p. 20

traité. C'est pourquoi la définition de la *Convention de Séoul* est restrictive car elle a pour but d'assurer une garantie financière sur les investissements. Adopter une définition trop large conduirait à la « dilapidation » des ressources financières de l'Agence multilatérale de garantie des investissements⁸¹. Les définitions des investissements protégés par les TBI sont hétérogènes, en fonction des intérêts défendus par les Etats.

La *Convention de Washington*, qui conditionne la saisine du *Cirdi* à la présence d'un investissement, ne le définit pas. Il appartient donc au tribunal d'apprécier s'il est en présence ou non d'un investissement afin de déterminer s'il est compétent⁸².

Pour se prévaloir du droit de recourir à l'arbitrage international, notamment devant le *Cirdi*, il faut identifier le titulaire des droits sur l'investissement. L'investisseur doit avoir une nationalité différente de l'Etat accueillant les investissements et il doit se trouver dans une situation juridique lui permettant de se prévaloir de ses droits reconnus par l'instrument conventionnel invoqué. La deuxième condition indique que l'objet et le but du traité auront une influence considérable sur la définition de l'investisseur, comme pour l'investissement. Lorsqu'un accord bilatéral d'investissement est invoqué, l'investisseur devra avoir la nationalité de l'une des parties contractantes. L'article 25 2) de la *Convention de Washington* exige que la personne, physique ou morale, ait la nationalité d'un Etat partie. L'investisseur doit aussi ressortir d'un Etat différent du pays défendeur. Une exception est admise pour les personnes morales qui possèdent la nationalité de l'Etat au contentieux, si les parties s'accordent pour la considérer comme ressortissant d'un autre Etat « en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Le critère de l'influence étrangère dans la gestion de l'activité économique d'une personne morale renvoie à la définition économique de l'investissement direct, et est adapté aux structures actionnariales des entreprises multinationales.

Dans le contexte de l'économie mondialisée, les investissements directs à l'étranger jouent un rôle prépondérant dans la croissance économique des Etats. Ils participent au développement des Etats qui ne disposent pas des capitaux requis pour exploiter leurs ressources, notamment grâce au transfert de technologies. De plus, les capacités techniques exportées sont susceptibles de servir la protection de l'environnement avec des équipements à la pointe du progrès, et éviter les altérations irréversibles à long-terme de l'industrialisation. L'élévation des niveaux de vie des populations est un autre facteur agrémentant l'attrait des Etats en développement envers les investissements internationaux.

Les investissements internationaux constituent un pilier du développement durable, et sont déterminants pour améliorer les économies des Etats en développement, et lutter contre la pauvreté. Ainsi, dans une note du secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le commerce et le développement (ci-après « CNUCED »), intitulée « *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable* », il est affirmé que la promotion des investissements internationaux contribue fortement à la réalisation des objectifs de développement durable. C'est pourquoi le secrétariat recommande aux gouvernements de « créer un climat propice à l'investissement et, si possible et nécessaire, fournir aux investisseurs privés, y compris étrangers, un niveau d'accès approprié aux secteurs concernés par les ODD »⁸³.

Le rôle de l'investissement étranger pour contribuer à la réalisation des objectifs de développement durable, et *a fortiori* à la protection de l'environnement, est indéniable. Cependant, l'orientation des

⁸¹ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, *op. cit.*, p. 578

⁸² *Infra.*, p. 42

⁸³ Note du secrétariat de la CNUCED, *Promouvoir l'investissement étranger en faveur des objectifs de développement durable*, 20 novembre 2017, p.3

investissements reste le privilège des opérateurs économiques mondiaux. Les firmes multinationales sont les principaux acteurs de l'investissement international puisque ces entreprises ont la particularité de transférer leurs capitaux dans des Etats tiers afin d'élargir le champ de leurs activités, et elles sont également financées par l'investissement international.

Une entreprise multinationale est un groupement de sociétés commerciales dont le siège social de la société mère est dans un pays déterminé. Cette société mère coordonne son activité dans plusieurs pays par l'intermédiaire de filiales ou succursales établies dans d'autres Etats. Les sociétés transnationales ne possèdent pas une personnalité juridique unique de droit international. La société mère et ses filiales auront chacune une personnalité juridique de droit privé distincte, en fonction de l'Etat où elles sont établies. Elles sont aujourd'hui des acteurs majeurs du droit international, notamment lors des négociations internationales, grâce à l'influence qu'elles ont acquise. Elles ont la particularité d'avoir des chiffres d'affaires dépassant les PIB de certains pays ou un nombre d'employés supérieures à la population de plusieurs nations. Malgré l'absence de définitions juridiques, elles jouent un rôle primordial en droit international économique car elles sont à l'origine d'environ 90% du commerce et de l'investissement international⁸⁴.

Ces groupements d'intérêts privés ont pour but de réaliser des bénéfices, ce qui les distingue des organisations internationales non-gouvernementales⁸⁵. Les considérations motivant la réalisation des investissements sont leurs rendements. Plus l'opération est susceptible de maximiser le profit, plus elle a de chances d'être privilégiée par la société, car elle répond à sa raison d'exister : obtenir et partager les bénéfices⁸⁶.

Les motivations des acteurs de l'investissement international répondent à des intérêts privés, tandis que toute action d'un Etat sert l'intérêt public. Les règlements des différends surviennent lorsque l'Etat a adopté une mesure d'intérêt général lésant un investisseur. Or, les enjeux financiers des différends en matière d'investissements atteignent des montants faramineux : la Russie, dans l'affaire *Yukos*⁸⁷, a été condamnée par la CPA à verser 50 milliards de dollars. Les règlements des différends entre investisseurs et Etats obligent ces derniers à revoir leurs stratégies juridiques, puisque les sommes pécuniaires demandées sont susceptibles d'affecter leurs politiques économiques, sans compter le coût de l'arbitrage lui-même. C'est pourquoi l'arbitrage transnational entre investisseurs et Etats fait aujourd'hui l'objet d'une défiance considérable d'une part de la société civile. De nombreuses ONG sont devenues hostiles à ce droit sur mesure pour les investisseurs étrangers en raison de la primauté qu'elle confère aux intérêts privés sur les intérêts publics⁸⁸. La protection de l'environnement est un exemple probant d'intérêt public peu pris en compte par les tribunaux d'arbitrage.

Comme il l'a été vu au début de l'introduction, l'économie est omniprésente en droit de l'environnement. Cependant, la proposition inverse ne peut être admise avec autant de vigueur, notamment en droit international des investissements dont la finalité est de promouvoir la réalisation d'investissements à l'étranger. La faible « écologisation » du droit économique nuit à la transversalité

⁸⁴ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, *op. cit.*, p. 47

⁸⁵ *Ibid*, p. 40

⁸⁶ L'article 1832 du code civil définit le contrat de société comme un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent « d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »

⁸⁷ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Final Award of July 18, 2014

⁸⁸ Comme l'illustre le rapport de Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », 15 juillet 2019

du droit de l'environnement, condition *sine qua non* pour la réalisation de sa finalité⁸⁹. Il n'en demeure pas moins que le droit des investissements international a une relation étroite avec la protection de l'environnement, et des décisions en matière d'investissements sont susceptibles d'avoir des incidences sur la biosphère.

Le droit international des investissements infléchit la souveraineté permanente des Etats sur les ressources naturelles, afin de protéger les intérêts des investisseurs privés étrangers. Les pays ne peuvent donc pas librement gérer les ressources naturelles présentes au sein de leur territoire lorsque cette gestion est susceptible de léser les droits de propriétés des personnes privées sur leurs investissements. Les modalités de protection de l'environnement, qui relèvent de la compétence interne d'un Etat, s'en retrouvent fortement influencées. La jurisprudence arbitrale du *Cirdi* contient des exemples de sentences dans lesquelles un Etat s'est fait condamner pour avoir adopté une mesure de protection de l'environnement portant atteinte aux droits des investisseurs. La souveraineté d'un Etat sur ces ressources naturelles et environnementales constitue le pilier de la protection internationale de l'environnement, comme l'a affirmé la *Déclaration de Stockholm* dans son préambule, puis celle de Rio dans le principe 2. Cependant, cette prérogative souveraine doit être conciliée avec les intérêts de personnes privées étrangères qui disposent d'un droit international élaboré quasiment sur mesure pour obliger l'Etat à verser des montants compensatoires. Le droit de l'environnement est susceptible de constituer un coût répulsif pour l'Etat, le décourageant à l'idée d'exercer souverainement ses droits sur ses ressources naturelles.

Le droit international des investissements s'intéresse de manière sectorielle à des activités ayant des incidences sur l'environnement, et participant aux phénomènes environnementaux d'une ampleur planétaire. Ainsi, le *Traité sur la Charte européenne de l'énergie* constitue un des mécanismes mobilisés par les opérateurs économiques du secteur pour faire couvrir par les Etats les coûts de la transition énergétique alors que cette dernière est nécessaire à la lutte contre le changement climatique⁹⁰.

La majorité des secteurs économiques concernés par la jurisprudence arbitrale du *Cirdi* ont un lien étroit avec la protection de l'environnement. 24% des affaires relèvent de la catégorie des « Pétroles, gaz et mines », dont les activités participent au réchauffement climatique et à la surexploitation des ressources naturelles⁹¹. 17% relèvent de « l'électricité et des autres sources d'énergie », des domaines dont la réforme est obligatoire au niveau international pour contribuer à la transition énergétique, indispensable à la lutte contre le changement climatique. Dans une moindre mesure, 9% des affaires sont relatives aux « transports » - facteur d'émissions de gaz à effet de serre -, 8 % à la « construction » - principale cause de l'érosion de la biodiversité à cause de la destruction d'habitats et la fragmentation des espaces -, 5% à « l'eau, l'assainissement et la protection contre les inondations » et 4% à « l'agriculture, la pêche et les forêts ». Une analyse empirique des sentences arbitrales du *Cirdi* se révèle pertinente pour comprendre comment les tribunaux d'arbitrage constitués dans le cadre de la *Convention de Washington* prennent en compte la protection de l'environnement dans l'interprétation du droit international des investissements.

Enfin, au cours de son développement, le droit international de l'environnement a vu l'implication croissante d'une catégorie d'acteurs de la société civile qui jouent un rôle central en droit international des investissements : les firmes multinationales. Leur positionnement en tant qu'acteur incontournable du développement durable a été particulièrement marqué lors du 4^{ème} Sommet de la Terre à Johannesburg

⁸⁹ R. Romi, « La transversalité, caractéristique, moteur et frein du droit de l'environnement », *op. cit.*, pp. 913-923

⁹⁰ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, *op. cit.*, p. 566

⁹¹ CIRDI, *Affaires du Cirdi – Statistiques (Numéro 2019-1)*, *op. cit.*, p.12

en 2002. Face à l'absence de Etats-Unis et la discrétion de nombreux Etats peu enclins à renouveler des engagements contraignants, les entreprises multinationales occupèrent le devant de la scène. Elles étaient effectivement perçues par les pays du Nord comme les seuls aptes à assurer la transition vers le développement durable par l'intermédiaire de partenariats entre personnes publiques et privées⁹². La protection de l'environnement fût reléguée au second plan, derrière les enjeux de développement comme la lutte contre la pauvreté ou l'accès aux services essentiels.

L'ancrage néolibéral du droit international de l'environnement ne lui a pas permis de résister au « phénomène de la mondialisation sans cesse croissante de l'économie internationale [qui] a fait pencher le fléau de la balance dans le sens du libéralisme » et de l'autonomie grandissante des acteurs économiques privés⁹³. La prépondérance accordée aux firmes multinationales en droit international de l'environnement tient en partie au tournant survenu en droit international des investissements depuis la seconde moitié des années 1980. A compter des années 1970 et du choc pétrolier, les pays en développement accueillant les capitaux étrangers réalisèrent la dépendance des Etats exportateurs de capitaux à leurs ressources naturelles, surtout les sources d'énergie fossiles. C'est pourquoi ils tentèrent de faire primer leur souveraineté lors des négociations de traités d'investissements. Mais, sous l'effet de la mondialisation, le besoin des Etats en développement de recevoir des capitaux étrangers pour stimuler leurs activités économiques prit rapidement le pas et les amenèrent à flexibiliser leurs exigences, tout en adoptant des législations attrayantes à l'égard des investisseurs étrangers.

Le droit interne de l'environnement n'est pas épargné non plus, puisque ces groupements de sociétés sont de plus en plus amenés à exercer des activités ayant des incidences sur l'environnement à l'étranger en raison de la mondialisation de l'économie, et doivent donc respecter les normes environnementales de droit interne. Les entreprises transnationales sont donc des véritables acteurs du droit interne de l'environnement via leurs demandes d'autorisations préalables, leurs obligations de réaliser des études d'impacts, leurs consultations et contributions dans le cadre de la mise en œuvre des principes d'information et de participation... Toutefois, les mesures environnementales adoptées ou appliquées par les Etats sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des investisseurs étrangers d'une manière telle qu'ils soient contraints de compenser le dommage, sous peine d'engager leurs responsabilités internationales.

Il apparaît cependant que les firmes multinationales altèrent les milieux naturels de manière significative, et contribuent grandement à l'aggravation des problèmes environnementaux. Concernant le changement climatique, l'organisation CDP (anciennement Carbon Disclosure Project) listent les 100 compagnies à l'origine de la majorité (71% depuis 1988) des émissions de gaz à effet de serre à cause de l'exploitation des sources d'énergie fossile⁹⁴. Le rôle des acteurs privés de l'investissement international dans la production des émissions de gaz à effet de serre est également souligné par le Giec, dont le rapport contient une partie « Investissements et finance »⁹⁵. Les activités minières et extractives entreprises par une partie des firmes multinationales sont à l'origine de graves pollutions des eaux⁹⁶, en contradiction avec le 6^{ème} objectif de développement durable relatif à l'accès à l'eau propre et l'assainissement.

⁹² O. Godard, T. Hommel, « Les multinationales, un enjeu stratégique pour l'environnement et le développement durable ? », *Revue internationale et stratégique*, 2005/4 (N°60), pp. 101-112

⁹³ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, *op. cit.*, p. 3

⁹⁴ CDP, *Carbon Majors Report*, 2017

⁹⁵ Rapport du Giec, *Changements climatiques 2014 - Rapport de synthèse*, *op. cit.*, p. 122-123

⁹⁶ Voir le rapport de l'Observatoire des Multinationales avec le soutien de France Libertés, *Droit à l'eau et industries extractives : la responsabilité des multinationales*

Au-delà de leurs activités, les investissements directs à l'étranger réalisés par les firmes multinationales sont aussi susceptibles d'avoir une conséquence directe sur la dégradation de l'environnement. Les accaparements de terres dans les pays pauvres, justifiées au nom du développement, l'illustrent bien⁹⁷. Les acquisitions massives de terres par des investisseurs étrangers participent à l'érosion de la biodiversité à cause de l'artificialisation et l'imperméabilisation des sols, en plus d'aggraver les problèmes de pauvreté avec le passage d'une agriculture vivrière diversifiée à la monoculture⁹⁸. Les sociétés transnationales financières, comme les banques, participent à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre en continuant de subventionner majoritairement les projets d'exploitation des sources d'énergie fossiles⁹⁹. Le PNUE attribue la croissance des taux d'extraction, c'est-à-dire l'accélération de la surexploitation des ressources naturelles en partie aux importants investissements dans les infrastructures d'extraction¹⁰⁰ : ces investissements se révèlent fructueux en raison des nouveaux débouchés offerts par l'amélioration du niveau de vie des pays en développement, notamment en Asie¹⁰¹.

La tendance des investissements semble privilégier le rendement de l'opération afin de répondre à la raison d'être des sociétés commerciales sur le court-terme, au détriment des investissements responsables dans une perspective de développement durable. Même si « les marchés financiers encouragent de plus en plus l'investissement dans le développement durable »¹⁰², de nombreux rapports d'ONG ou d'organisations internationales indiquent que l'investissement international est loin de répondre aux enjeux environnementaux de ce début de siècle.

Les investissements internationaux ont la particularité de jouer un rôle structurant dans l'économie mondiale, tout en participant à l'aggravation des problèmes environnementaux globaux. En raison de leurs impacts sur l'environnement mais aussi de leurs potentiels de protection, les investissements internationaux sont considérés à bien des égards comme un des principaux leviers dans la transition écologique et énergétique. Le rapport du Conseil économique social et environnemental intitulé « Justice climatique enjeux et perspectives pour la France » présente l'investissement international comme un « vecteur de justice climatique », et recommande ainsi sa réforme¹⁰³. Le *Giec* indique également que « le secteur privé peut jouer, au côté du secteur public, un rôle important dans le financement de l'atténuation et de l'adaptation » au changement climatique¹⁰⁴. « L'évolution des systèmes financiers et économiques mondiaux a également été identifiée comme un élément clé des politiques futures plus durables » par l'*IPBES* qui précise qu'une économie mondiale durable ne peut être réalisée qu'en s'éloignant du « paradigme actuel trop limité de la croissance économique »¹⁰⁵.

Il est dorénavant admis que les investissements doivent être réorientés pour faire face aux défis de ce siècle : « l'investissement international est indispensable pour assurer un développement industriel

⁹⁷ Voir le rapport d'Oxfam « *Notre Terre, notre vie* » *Halte à la ruée mondiale sur les terres*, Octobre 2012

⁹⁸ M. Durousseau, « Courses aux terres sans biodiversité : à marché mondial, solutions mondiales ? », dans J. Sohnle, M. Camproux-Duffrène (dir.), *Marché et environnement : le marché, menace ou remède pour la protection de l'environnement*, Bruxelles : Bruylant, DL 2014, cop. 2014

⁹⁹ Voir le rapport de la Rainforest Alliance Network, *Banking on climate change – Fossil fuel finance report card 2019*

¹⁰⁰ PNUE, « Résumé à l'intention des décideurs », *Perspective des ressources mondiales en 2019*, op. cit., p. 12

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018*, op. cit., p. 24

¹⁰³ Avis du Conseil économique, social et environnemental, *La justice climatique, enjeux et perspectives pour la France*, p.44

¹⁰⁴ Rapport du Giec, *Changements climatiques 2014 - Rapport de synthèse*, op. cit., p. 123

¹⁰⁵ IPBES, *Communiqué de presse : le dangereux déclin de la nature : un taux d'extinction des espèces « sans précédent » et qui s'accélère*, op. cit.

durable » écrivait António Guterres¹⁰⁶. C'est dans cette optique que furent réunis des acteurs publics et privés dans le mouvement *One Planet*, à l'initiative d'Emmanuel Macron, Antonio Guterres et Jim Yong Kim, respectivement Président de la République française, secrétaire générale de l'*Onu* et Président de la *Banque Mondiale*. Le *One Planet Summit* a pour vocation de « favoriser l'émergence de solutions concrètes en faveur de la transition vers une économie bas carbone, et pour l'adaptation au changement climatique »¹⁰⁷. L'objectif affiché est de « trouver de nouveaux financements et partenariats » pour mettre en œuvre les Accords de Paris sur le climat notamment.

Cependant, la réorientation des investissements dépend de la bonne volonté des acteurs économiques privés, et notamment des multinationales. Si la protection de l'environnement, et les normes environnementales adoptées ne respectent pas leurs droits garantis par les traités d'investissement, elles peuvent toujours déposer une requête devant un tribunal d'arbitrage. Les intérêts privés des investisseurs ressortissants d'un Etat partie à la *Convention de Washington* deviennent un facteur incontournable à prendre en compte par les Etats parties adoptant des normes en vue d'opérer la transition vers une société écologiquement viable. Tout investisseur étranger estimant avoir été lésé disposera de la faculté de saisir le *Cirdi* en vue de constituer un tribunal arbitral pour condamner l'Etat à verser une compensation.

C'est pourquoi il est intéressant de s'interroger : comment les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* appréhendent-ils le droit de l'environnement lorsqu'il est à l'origine d'un différend entre un investisseur et un Etat, puis dans quelle mesure leur jurisprudence interagit rétrospectivement avec l'élaboration des normes environnementales et leurs applications ?

Le *Cirdi* n'assure pas une protection des investissements étrangers intégrant suffisamment les considérations écologiques pour respecter la finalité du droit de l'environnement (Partie I). Le mécanisme des tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* devient ainsi un obstacle pour les Etats désireux d'adopter ou appliquer des normes environnementales ambitieuses à la hauteur des menaces dont les scientifiques alertent les décideurs (Partie 2).

¹⁰⁶ A. Guterres, « Préface », dans CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018*, *op. cit.*, p. iii

¹⁰⁷ <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/climat-et-environnement/one-planet-summit/> [consulté le 29 juillet 2019]

PARTIE 1 : L'illustration de l'« écologisation » insuffisante du droit international des investissements au sein de la jurisprudence du *Cirdi*

Tous les Etats signataires de la *Convention de Washington* peuvent voir leur responsabilité engagée devant les tribunaux du *Cirdi* lorsqu'ils élaborent ou appliquent une norme de droit interne de l'environnement (Chapitre 1). Ce risque est aggravé par le fait que le Centre n'a pas entrepris de jurisprudence audacieuse garantissant l'accomplissement de la finalité du droit de l'environnement, malgré une prise en compte de sa spécificité (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'engagement potentiel de la responsabilité internationale de l'Etat consécutif à l'édition ou l'application de normes environnementales

L'analyse de la mesure dans laquelle le droit de l'environnement est susceptible de fonder une violation du droit international des investissements sera effectuée en respectant la chronologie procédurale des tribunaux du *Cirdi*. Un tel procédé permet d'ordonner les tensions susceptibles de survenir au cours des différentes étapes procédurales, et voir comment les enjeux environnementaux interviennent. Les Etats doivent être prudents dans l'élaboration de leur droit de l'environnement afin de ne pas causer de préjudice économique aux investisseurs étrangers (Section 1). Lorsqu'un différend avec un investisseur étranger survient, encore faut-il que le tribunal considère être compétent pour juger de l'atteinte consécutive à l'action environnementale de l'Etat (Section 2).

Section 1 : Le droit de l'environnement, une cause de dommage aux investisseurs étrangers

Il est indispensable d'aborder les moyens de droit invoqués par les investisseurs à l'encontre des mesures environnementales (I), pour déterminer quelles sont les normes du droit de l'environnement concernées par une éventuelle tension avec la jurisprudence arbitrale du *Cirdi* (II). L'analyse des normes du droit international des investissements invoquées s'effectuera principalement sous l'angle de la restriction de la souveraineté normative de l'Etat en résultant. Cette démarche éclairera plus particulièrement, dans le deuxième temps, comment le droit de l'environnement peut conduire au dépôt d'une plainte devant le *Cirdi* par un investisseur étranger lésé.

I. Les normes de droit international des investissements invoquées par les investisseurs contre les Etats

Les normes de traitement et de protection des investissements incluses dans les conventions et utilisées par les arbitres sont relativement stables et constantes, en plus d'être généralement rédigées dans des termes identiques. Il est possible de dégager une « armature » du régime juridique des investissements avec des concepts fondant les orientations générales du droit international des investissements¹⁰⁸ : le traitement juste et équitable, la protection pleine et entière, le principe de non-discrimination, l'interdiction des atteintes aux droits de propriété des investisseurs. L'origine et la portée de ces principes demeurent un objet de controverses, tant en doctrine qu'en jurisprudence arbitrale, ce qui n'est pas gage de stabilité juridique.

Deux types de normes peuvent être distinguées quant à leur valeur juridique. Certaines, comme le traitement juste et équitable ou la pleine et entière protection et sécurité, constituent des obligations incombant à l'Etat en vertu du droit coutumier international et des principes généraux du droit international, en plus des conventions. A l'inverse, d'autres normes tiennent leur force de la seule convention dans laquelle elles sont incluses, à l'image de la clause de la nation la plus favorisée. Déterminer la valeur juridique du moyen de droit fondant la demande de l'investisseur devant le tribunal arbitral est d'une importance considérable pour délimiter le pouvoir d'appréciation des arbitres, ainsi que la possibilité ou non pour l'investisseur de l'invoquer en l'absence de clauses conventionnelles.

Historiquement, le cœur du contentieux international entre investisseur et Etat était relatif à la protection de l'investissement, c'est-à-dire lorsque l'Etat n'avait pas respecté « les règles pour prévenir et réprimer les atteintes publiques, ou commises sous couvert de l'autorité publique qui causent un dommage à l'investissement international »¹⁰⁹. Toutefois, les investisseurs étrangers ont progressivement invoqué des manquements étatiques dans le traitement des investissements accueillis. Le traitement des investissements internationaux se réfère à l'ensemble des règles de droit interne et de droit international qui régissent les investissements d'opérateurs étrangers, d'avant leur constitution jusqu'à leur dissolution.

Il sera étudié les principaux fondements juridiques invoqués par les investisseurs étrangers pour engager la responsabilité internationale des Etats et obtenir une indemnisation dans les litiges ayant un lien avec la protection de l'environnement. Aborder une liste exhaustive des fondements est impossible en raison de la spécificité de chaque accord bilatéral fondant le manquement. Seule une analyse catégorielle des clauses est possible, en fonction de leurs orientations générales. L'enchevêtrement de normes possible en fonction de la spécificité des clauses, et la disparité d'applications jurisprudentielles des arbitres, sont un gage de complexité.

Les atteintes aux droits de propriété, via l'expropriation directe ou indirecte, constituent toujours le fondement principal des requêtes déposées devant le *Cirdi* consécutivement à l'adoption ou l'application de normes visant à protéger l'environnement (A). En raison d'une jurisprudence favorable aux demandeurs, de plus en plus de clauses visant à réguler le traitement des investissements étrangers ont été invoqués, notamment le traitement juste et équitable (B), le respect des attentes légitimes (C), le

¹⁰⁸ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 606

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 601

principe de non-discrimination (D). Les investisseurs disposent aussi de la possibilité d'invoquer les « clauses parapluies » (E).

A. Les expropriations, nationalisations ou mesures équivalentes : le cœur historique du contentieux opposant les investisseurs étrangers aux États

Le droit de l'État d'exproprier les propriétés et investissements étrangers n'est pas remis en cause par le droit international des investissements. Cela fait partie de ses prérogatives souveraines, tel que cela a été consacré par la résolution de 1962 relative à la souveraineté permanente des États sur leurs ressources¹¹⁰. Le *Cirdi* ou tout autre tribunal d'arbitrage ne peut interdire à un quelconque État de procéder à une expropriation ou le condamner au seul motif qu'il lui était interdit d'exproprier.

Toutefois, l'expropriation doit répondre à des conditions de licéité internationale, ce qui permet de concilier les intérêts étatiques avec les droits des investisseurs étrangers. Bien que l'application des clauses d'expropriation dépende de leur rédaction, quatre conditions d'expropriation récurrentes sont communément admises comme faisant partie du droit international général¹¹¹. L'expropriation doit respecter les garanties légales prévues par le droit interne, être effectuée de manière non-discriminatoire, dans un intérêt public et en contrepartie d'une compensation adéquate et effective¹¹².

Le respect des garanties légales de droit interne renvoie à la réalisation de la procédure d'expropriation conformément au droit positif. Certains TBI rajoutent des conditions de forme à respecter, telles que, par exemple, le principe de traitement juste et équitable. Toute mesure adoptée par un État bénéficie d'une présomption de conformité à l'intérêt public, car l'État est le plus apte à déterminer si une mesure est appropriée ou non en fonction de l'objectif poursuivi. Ce n'est qu'en présence d'un intérêt privé dissimulé ou d'une erreur manifeste d'appréciation que cette condition ne pourra pas être remplie, ce qui est très rare en pratique. Enfin, une expropriation directe ou indirecte sera discriminatoire si elle est dirigée contre un investisseur en raison de sa nationalité.

La majorité des condamnations d'États pour non-respect des clauses relatives à l'expropriation sont fondées sur le défaut ou l'insuffisance d'indemnisation¹¹³. La compensation prompte et effective est la condition qui pose le plus de difficultés dans les règlements des différends, tant à propos de ses modalités que de ses montants. Cela tient en partie au fait que les investisseurs étrangers effectuent une requête en arbitrage lorsqu'ils allèguent avoir subi un dommage pécuniaire du fait de l'expropriation. La condamnation d'un État à indemniser ou non l'investisseur prétendument lésé est au cœur des règlements des différends entre investisseurs et États. C'est donc ce fondement essentiel qui sera tant défendu par la partie demanderesse que défenderesse.

La difficulté tient à la délimitation du champ d'application de l'expropriation indirecte. Les mesures équivalentes à des mesures d'expropriation ou de nationalisation constituent des atteintes indirectes aux droits de propriété des investisseurs. Contrairement aux mesures d'expropriation ou de nationalisation, beaucoup plus rares aujourd'hui en raison d'un consensus relatif sur l'économie de marché, elles n'impliquent pas un transfert du titre de propriété sur l'investissement du secteur public au secteur privé.

¹¹⁰ Résolution n° 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1962 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles

¹¹¹ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, op. cit., p. 118

¹¹² D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 660

¹¹³ *Ibid.*, p. 671

L'Etat, souverain, ne peut être obligé de retirer la mesure litigieuse, mais il peut être contraint à verser une réparation.

Deux courants doctrinaux d'analyse des expropriations indirectes sont apparus. Pour les défenseurs de la doctrine du « seul-effet » (*sole-effects doctrine* en anglais), ce n'est pas l'objet des mesures litigieuses qui sera regardé par les tribunaux, mais leurs effets. Elles seront caractérisées et susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'Etat lorsqu'elles produiront les mêmes effets préjudiciables aux droits des investisseurs que les expropriations ou nationalisations. Il faut que les titulaires ne soient plus en mesure d'exercer leurs droits conférés par le titre de propriété sur leurs investissements. Toute mesure d'intérêt public, sans caractère discriminatoire mais lésant les intérêts économiques d'un investisseur peut être qualifiée d'atteinte indirecte aux droits de propriétés. En se focalisant sur le préjudice économique subi par l'investisseur étranger, les arbitres du *Cirdi* ont adopté une interprétation extensive de l'expropriation indirecte de telle manière qu'il est difficile de délimiter le champ d'application de cette notion¹¹⁴. Une mesure peut impacter les investissements d'ores et déjà réalisés (*damnum emergens*), mais aussi le manque à gagner (*lucrum cessans*) pour donner droit à une compensation. Il y a un nombre considérable d'affaires dans lesquelles des mesures visant à protéger l'environnement ont été attaquées car portant atteinte aux droits de propriété des investisseurs étrangers.

Les affaires sur lesquelles s'appuie la doctrine des « pouvoirs de police » (*police-power doctrine* en anglais) examinent l'objectif poursuivi par la mesure, ainsi que son contexte, pour déterminer si elle entre dans le champ de l'expropriation indirecte. Les effets de la mesure litigieuse restent tout de même le facteur primordial de qualification de l'expropriation indirecte, mais une telle interprétation est plus conciliante avec des objectifs extra-économiques comme la protection de l'environnement. En théorie, une partie du droit de l'environnement se retrouve exclu du contentieux relatif à l'investissement. Cependant, les arbitres ayant recours à la doctrine des « pouvoirs de police » ont appliqué des traités d'investissement qui prévoyait la délimitation du champ de l'expropriation indirecte. C'est pourquoi les TBI ont désormais tendance à limiter le champ d'application des expropriations indirectes en faveur des prérogatives étatiques, à l'image du modèle conventionnel des Etats-Unis d'Amérique.

B. Le traitement juste et équitable : une notion élargissant la base du contentieux des investissements

Le standard du traitement juste et équitable (*fair and equitable treatment* en anglais) constitue l'exemple le plus marquant des controverses relatives aux normes du droit international des investissements. L'ensemble des accords bilatéraux d'investissements contiennent cette clause. Des débats surviennent tant à propos de savoir s'il constitue le standard général de traitement des investissements – là où certains arguent qu'il s'agit du standard minimum de traitement - que pour savoir s'il a une origine conventionnelle ou coutumière. En présence d'un principe coutumier, le tribunal pourra y recourir même en l'absence de clauses conventionnelles et disposera d'un large pouvoir d'appréciation du principe et de l'obligation incombant à l'Etat. La majorité des affaires étant instruites sur la base des clauses conventionnelles, les arbitres se chargent d'interpréter et appliquer la clause de traitement juste et équitable.

Les clauses instituant l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable à l'investisseur étranger définissent rarement ce devoir. C'est pourquoi les arbitres et la doctrine jouent un rôle significatif pour élaborer le contenu et les contours de cette obligation, notamment en se référant aux principes de loyauté

¹¹⁴ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit International Public, op. cit.*, p. 789-790

(*fairness* en anglais) et d'équité. A l'issue de la sentence *Tecmed* notamment¹¹⁵, le *Cirdi* conclut à l'autonomie du standard, ce qui conféra un large pouvoir d'appréciation aux arbitres.

Les arbitres utilisèrent dès lors le traitement juste et équitable pour sanctionner toutes les mesures ne portant pas d'atteintes suffisamment graves pour constituer des expropriations¹¹⁶. Les investisseurs se saisirent de cette interprétation extensive, de telle manière que le nombre de plaintes invoquant une violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable grimpa en flèche. Auparavant, les bases légales des demandes portaient essentiellement sur l'expropriation et la compensation¹¹⁷. Les arbitres considérèrent que violent notamment le traitement juste et équitable : le manquement au principe de bonne foi, le manquement à l'obligation de maintenir la sécurité de l'environnement juridique, la violation de l'obligation de respecter les attentes légitimes de l'investisseur, le manquement à l'obligation de transparence ou encore le déni de justice¹¹⁸. Les Etats, conscients de la menace que faisait peser une clause si vague sur leur liberté régulatrice, décidèrent d'instaurer des clauses plus précises au sein des accords bilatéraux¹¹⁹.

Le traitement juste et équitable demeure un principe flou, source d'insécurité juridique en raison de son application casuistique, d'où sa difficulté à l'appréhender de manière abstraite. L'étude empirique des mesures environnementales dont les investisseurs se plaignent sur ce fondement éclairera les contours de ce principe. Les tensions entre droit de l'environnement et protection arbitrale des investissements étrangers sont susceptibles de survenir lorsque l'investisseur déposant une requête invoque un traitement injuste et inéquitable devant le *Cirdi* alors que l'Etat se défend en arguant qu'il poursuivait légitimement un objectif d'intérêt public¹²⁰. Le manque de clarté et de prévisibilité des interprétations arbitrales est une source d'inquiétudes car le traitement juste et équitable peut être instrumentalisé par les investisseurs pour attaquer des mesures environnementales, ou mettre la pression sur les autorités publiques afin de modifier sa mesure litigieuse¹²¹. Les attentes légitimes des investisseurs expriment particulièrement la confrontation entre la souveraineté de l'Etat qui agit pour des motifs d'intérêt public et le respect des droits de l'investisseur.

C. Le respect des attentes légitimes de l'investisseur : une déclinaison progressivement autonome du traitement juste et équitable

L'atteinte aux attentes légitimes de l'investisseur constitue l'une des situations les plus soulevées par les requérants pour caractériser un traitement qui n'est pas juste ou équitable¹²². Toutefois, l'obligation de respecter les attentes légitimes tend à s'autonomiser pour simplifier la jurisprudence arbitrale en matière de droit des investissements. Il est notamment reproché l'intégration dans le traitement juste et équitable de l'interdiction de porter atteinte aux attentes légitimes de l'investisseurs, alors que cette notion est

¹¹⁵ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

¹¹⁶ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 611

¹¹⁷ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 103

¹¹⁸ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 611-612

¹¹⁹ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *The Yearbook of International Environmental Law*, 2007, p. 18

¹²⁰ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 104

¹²¹ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 18

¹²² S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 105

étrangère au principe coutumier du standard minimum. Ainsi, l'article 8.10 (2) du *CETA* n'intègre pas l'atteinte aux attentes légitimes des investisseurs comme un cas fondant la violation du standard de traitement juste et équitable. Mais l'article 8.10. (4) prévoit que les Tribunaux peuvent « tenir compte » du fait que les déclarations d'un Etat « ont créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement », pour constater une violation de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Il subsiste des incertitudes quant au fait de savoir si les attentes légitimes forment partie intégrante du standard de traitement juste et équitable, ce qui leur conférerait un caractère coutumier, ou s'ils revêtent seulement un caractère conventionnel. Bien que tendant à s'autonomiser, la jurisprudence arbitrale du *Cirdi* n'a encore jamais condamné une violation des attentes légitimes des investisseurs sur un autre fondement que le traitement juste et équitable.

Les attentes renvoient à la perception de l'investisseur sur le cadre juridique et factuel de son activité économique, notamment au regard du comportement des autorités. L'épithète « légitime » se réfère au comportement des Etats et permet de distinguer les actions susceptibles d'engager leurs responsabilités internationales lorsque l'investisseur ne pouvait attendre raisonnablement un tel comportement. Dans la sentence *Parkerings*¹²³, le tribunal a précisé que les attentes sont « légitimes » et font par conséquent l'objet d'une protection internationale, quand elles proviennent d'une promesse explicite de l'Etat ou de garanties implicites, qui ont influé sur la décision de réaliser l'investissement. En effet, aucun investisseur ne pourrait se prévaloir d'une atteinte du seul fait que l'Etat a commis une action restreignant les bénéfices escomptés. La controverse reste de savoir si l'analyse de l'atteinte aux attentes légitimes doit porter sur la gravité des dommages subis par l'investisseur ou sur l'intention de l'Etat hôte.

C'est au sein de ce concept qu'une réelle mise en balance est effectuée entre la protection des droits des investisseurs et la souveraineté normative de l'Etat. Bien qu'aucun investisseur ne puisse invoquer le droit à un cadre juridique fixe et que l'Etat a le droit de régler selon l'évolution des circonstances, les tribunaux constitués n'hésitent pas à effectuer des interprétations téléologiques pour souligner l'obligation des pays accueillant l'investissement à fournir un cadre juridique stable et transparent, en application des préambules des TBI ainsi que de leurs documents politiques préparatoires¹²⁴.

D. Le principe de non-discrimination : une garantie contre l'arbitraire étatique faussant les marchés concurrentiels

Ce principe se retrouve à travers deux dispositions omniprésentes dans les traités relatifs aux investissements, bien que rédigés dans des termes variables : la clause de traitement national et la clause de la nation la plus favorisée. Le but de ces règles est d'harmoniser les conditions de concurrence entre les divers investisseurs, afin de ne pas fausser le marché. Ces clauses n'ont vocation à s'appliquer que lorsqu'elles sont prévues dans une convention, elles ne sont pas des principes généraux du droit international ou des coutumes internationales.

En vertu de la règle de traitement national, l'Etat d'accueil ne doit pas accorder à un investisseur étranger un traitement qui soit moins favorable que celui octroyé à un investisseur national dans des circonstances comparables. La règle de la nation la plus favorisée quant à elle vise à égaliser les conditions dans

¹²³ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

¹²⁴ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36 (*Eiser v. Spain*) para. 377-380

lesquelles les investisseurs étrangers placés dans des circonstances analogues opèrent. Les Etats ne peuvent ainsi accorder un traitement différencié en raison de la nationalité de l'investisseur.

Les clauses de traitement non-discriminatoires se distinguent du traitement juste et équitable en ce qu'elles constituent un standard relatif de traitement de l'investissement : l'appréciation de ce traitement ne peut se faire qu'en comparant le traitement accordé à l'investisseur avec celui dont a pu profiter un tiers. A l'inverse, les arbitres apprécieront le respect du standard de traitement juste et équitable au seul regard des circonstances du traitement lui-même, sans recourir à une comparaison avec le traitement accordé à un tiers. La violation d'une clause de non-discrimination n'en demeure pas moins susceptible d'appuyer l'absence de traitement juste et équitable, et ce d'autant plus que les clauses et normes réglementant l'investissement sont susceptibles de se chevaucher¹²⁵. L'enchevêtrement des normes peut également être source de confusion en raison de la condition de non-discrimination en matière d'expropriation.

Le concept de circonstances comparables ou analogues (*like circumstances* en anglais) est central dans l'application de ces règles, et ce même si la clause ne fait pas référence à cette notion. En effet, pour caractériser un traitement discriminatoire, les arbitres doivent procéder à une comparaison. La difficulté tient ensuite à déterminer les critères applicables pour savoir si l'on est en présence ou non d'investisseurs placés dans une circonstance comparable.

Les considérations environnementales interviennent lorsqu'un traitement moins favorable est accordé sur la base d'autres critères que l'origine de l'investissement ou l'investisseur. Le principe de non-discrimination peut fonder la condamnation d'un Etat refusant la délivrance ou le renouvellement d'une autorisation pour des raisons environnementales lorsqu'une autorisation analogue a été délivrée à un autre investisseur du même secteur dans des circonstances similaires¹²⁶.

E. Les « clauses parapluies » : des mécanismes d'extension de la responsabilité contractuelle d'un Etat à sa responsabilité internationale

Même lorsque les investisseurs sont liés aux Etats par un contrat qui prévoit que la survenance d'un différend devra se régler devant les juridictions internes, les investisseurs disposent d'un moyen pour court-circuiter cette option et agir directement devant un arbitre, notamment le *Cirdi*. Pour ce faire, ils invoquent la violation d'une obligation contenue dans un TBI ou un autre instrument conventionnel : la « clause parapluie » (« *umbrella clause* » en anglais). En vertu de cette clause conventionnelle, plus communément nommée « clause de respect des engagements », l'Etat s'engage à respecter le contrat de droit interne relatif à l'investissement étranger conclu avec le propriétaire de l'apport. Sur ce fondement, tout manquement contractuel s'assimile à un manquement conventionnel susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat.

Ce type de clause a participé au déplacement du contentieux des investissements étrangers vers le droit international. Les investisseurs étrangers sont d'autant plus incités à agir directement devant le *Cirdi* que cela leur évite d'engager des frais devant les juridictions internes, des organes de l'Etat dont ils se méfient. En effet, les juridictions internes sont plus susceptibles d'analyser les motivations d'intérêt public de l'Etat, tandis que les tribunaux d'arbitrage, dont ceux constitués par le *Cirdi*, adoptent une interprétation téléologique du droit international des investissements favorable aux investisseurs. L'absence de conditions relatives à l'épuisement des voies de recours internes renforce la facilité d'accès

¹²⁵ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 16

¹²⁶ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 88

des titulaires de droits d'investissement aux tribunaux internationaux. C'est pourquoi la majorité des affaires portées devant le *Cirdi* (60% en 2016) sont désormais des plaintes pour violation du droit international, et non des allégations de manquements contractuels¹²⁷.

Les clauses parapluies affectent la souveraineté normative de l'Etat lorsque le contrat conclu avec un investisseur étranger contient une « clause de stabilisation » en vertu de laquelle l'Etat s'engage à ne pas modifier sa législation si cette dernière affecterait négativement l'investissement¹²⁸. Or, les mesures de protection de l'environnement sont susceptibles d'affecter les investissements étrangers relatifs à des activités ayant des incidences sur l'environnement, notamment en matière de concession d'exploitation des ressources naturelles (eau, pétrole, mines...). Leur adoption peut dès lors être assimilée à une violation du contrat, et ainsi une violation du traité, et ce même si la mesure n'affecte pas suffisamment l'investisseur étranger pour engager la responsabilité de l'Etat sur un autre fondement conventionnel. C'est pourquoi certains dénoncent un effet dissuasif, notamment dans les pays en développement dont la législation environnementale n'est pas très protectrice.

Lorsque les investisseurs saisissent le *Cirdi* dans les différends relatifs à l'environnement, ils invoquent substantiellement les violations des obligations qui viennent d'être abordées. Il est important de garder à l'esprit que les normes du droit international des investissements ne fonctionnent pas en vase clos, mais sont susceptibles de s'entrecroiser, en raison de la rédaction conventionnelle et de l'utilisation arbitrale. Il convient désormais de regarder dans quelle mesure le droit de l'environnement est susceptible de porter une atteinte telle qu'il pourrait engager la responsabilité internationale de l'Etat pour manquement à ces obligations envers les investisseurs étrangers.

II. L'ensemble des mesures environnementales susceptibles de léser les investisseurs étrangers

L'analyse casuistique des règlements des différends entre investisseurs étrangers et Etats met en perspective le large panel de mesures environnementales pouvant créer un préjudice pécuniaire. C'est pourquoi l'identification des litiges étudiés s'effectue sur le critère de la finalité environnementale de l'acte litigieux (A). Cette méthodologie donne un aperçu de l'ampleur du champ environnemental du droit susceptible d'entrer en conflit avec les mécanismes de protection des investisseurs étrangers (B).

A. Le préjudice financier consécutif à la seule finalité environnementale de la mesure étatique litigieuse

Le droit de l'environnement se définit par sa finalité, en réaction au constat de crise écologique. C'est un ensemble de règles et d'institutions ayant pour objet la protection, la préservation et l'amélioration de l'environnement. Son élaboration et son application contribuent « à la santé publique et au maintien

¹²⁷ P.-M. Dupuyt, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, op. cit., p. 796

¹²⁸ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, op. cit., p. 15

des équilibres biologiques »¹²⁹. La protection de l'environnement est devenue un objectif d'intérêt public, par conséquent, l'Etat a la charge de le garantir. A la suite du mouvement consacrant la protection de l'environnement dans les constitutions nationales, un nombre croissant d'Etats sont devenus débiteurs de cette obligation à l'égard de leurs citoyens.

Le droit de l'environnement est essentiellement le fait de l'Etat, notamment du fait de sa souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Ce propos doit toutefois être relativisé par le phénomène de régionalisation, notamment au sein de l'Union européenne, qui lui confère une compétence partagée avec les Etats en matière d'environnement. Mais l'Etat demeure responsable internationalement devant le *Cirdi*, comme l'illustre l'affaire *Micula*¹³⁰. Dans ce litige, la Roumanie a été condamnée à indemniser des investisseurs suédois, après avoir mis son système d'aides publiques en conformité avec le droit communautaire afin d'intégrer l'Union européenne. Le tribunal ajoutait que l'application du droit communautaire n'avait pas pour effet de soustraire l'Etat de ses responsabilités envers ses investisseurs. Ainsi, même lorsqu'un Etat applique une législation environnementale régionale, il demeure responsable en cas de litige avec un investisseur étranger.

Le droit international des investissements a vocation à protéger les investissements d'une personne privée étrangère et lui garantir un traitement conforme au droit international. Ce n'est que lorsqu'il subit un préjudice pécuniaire à la suite d'une action ou inaction de l'Etat qu'il est fondé à agir devant le tribunal d'arbitrage du *Cirdi*. La mesure à finalité environnementale doit affecter l'investissement de manière à créer un « différend d'ordre juridique » en vertu de l'article 25 (1) de la *Convention de Washington*, c'est-à-dire un litige qui « doit concerner soit l'existence ou l'étendue d'un droit ou d'une obligation juridique, soit la nature ou l'étendue des réparations dues pour rupture d'une obligation juridique »¹³¹. La mesure environnementale doit marquer la rupture d'une obligation juridique de l'Etat envers l'investisseur étranger, à laquelle il est lié par convention ou contrat. C'est pourquoi, lorsqu'un investisseur estime avoir été lésé par l'action de l'Etat, il doit démontrer que le comportement des autorités constitue une violation des obligations.

En matière environnementale, l'atteinte aux intérêts de l'investisseur ne résulte pas de l'inaction de l'Etat, mais bien d'une action en vue de poursuivre l'objectif de protection de l'environnement. Il est toutefois permis de supposer que l'inaction d'un Etat lors de la réalisation d'un risque environnemental certain et prévisible affectant un investissement étranger serait susceptible de constituer une violation de l'obligation de pleine et entière protection et sécurité. En effet, le manquement à l'obligation de pleine et entière protection et sécurité concerne l'échec des autorités publiques à adopter les mesures adéquates pour prévenir l'atteinte aux droits de propriété des investisseurs étrangers. Ce scénario est de plus en plus probable avec l'augmentation des fréquences de catastrophes naturelles et leur intensification sous l'effet du changement climatique. Mais l'adoption et l'application de mesures environnementales n'est pas susceptible de contrevenir à l'obligation de pleine et entière protection et sécurité, et ne produit pas d'effet dissuasif à l'égard des Etats dans la conduite de leurs politiques environnementales¹³². C'est pourquoi il n'a pas été abordé parmi les normes du droit international des investissements fondant la condamnation d'Etats.

¹²⁹ M. Prieur, avec la collaboration de J. Bétaille, M.-A. Cohendet, H. Delzangles, J. Makowiak, P. Steichen, *Droit de l'environnement*, *op. cit.*, p. 08-09

¹³⁰ *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final award of December 11, 2013

¹³¹ « Rapport des administrateurs sur la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », *Convention et règlements du Cirdi*, *Cirdi/15*, Avril 2006, p. 44

¹³² K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 15-16

Les mesures environnementales susceptibles de causer le manquement d'un Etat à ses obligations envers les investisseurs ne doivent pas répondre à une quelconque condition de forme. Cela s'explique par le fait que c'est l'Etat en tant que sujet de droit international qui est débiteur des obligations de traitement et de protection de l'investissement étranger. De ce fait, lorsque les intérêts des investisseurs étrangers sont lésés, l'identification de l'autorité de droit interne n'a aucune incidence sur l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat. La décision litigieuse visant à protéger l'environnement peut tant relever d'une municipalité¹³³, qu'une agence ou une structure administrative chargée de la protection de l'environnement¹³⁴ ou encore de l'Etat même¹³⁵. Aucune distinction n'est faite à propos de la fonction du pouvoir étatique en vertu de laquelle la mesure environnementale a été prise, que ce soit la fonction exécutive, législative ou judiciaire¹³⁶ ; ce qui n'est pas sans soulever des controverses relatives à la démocratie, la justice, ainsi que la démocratie environnementale.

B. Le spectre juridique étendu des mesures environnementales à l'origine des différends relatifs à l'investissement

Le droit de l'environnement se caractérise par sa transversalité : en raison de sa finalité, il doit intégrer toutes les activités anthropiques ayant une incidence sur l'environnement, et par conséquent l'ensemble des branches du droit régulant ces activités. L'impératif de transversalité se transcrit via le principe d'intégration du droit de l'environnement, dont le principe 4 de la *Déclaration de Rio* le décrit comme suit : « pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considéré isolément ».

C'est pourquoi une vision extensive du droit de l'environnement est adoptée, à travers un raisonnement téléologique relatif à l'intentionnalité de l'autorité décisionnaire. Un Etat aura beau prendre une mesure relevant d'une autre branche juridique, à l'image de la révocation d'un contrat de marché public entre une municipalité et un investisseur étranger¹³⁷, c'est la motivation environnementale qui permettra de la considérer comme composante du droit de l'environnement, afin d'étudier les tensions avec le droit des investissements.

A travers l'application du principe d'intégration, l'ensemble des autorités publiques amenées à prendre des décisions ayant une incidence sur l'environnement doivent en tenir compte. Et toute autorité publique est susceptible d'adopter une décision environnementale violant l'obligation internationale de l'Etat dont l'investisseur est créancier. Les tensions surviennent dès qu'une mesure environnementale porte atteinte à un investisseur étranger. Il y a énormément de cas de figures potentiels dans lesquels un investisseur pourrait considérer que l'application du droit de l'environnement nuit à ces intérêts, et ce

¹³³ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

¹³⁴ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

¹³⁵ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award of February 7, 2017

¹³⁶ Cf. K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 15-16, ou M.M. Mohamed Salah, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », pp. 363-396, dans *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G.J. Martin*, *op. cit.*

¹³⁷ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

d'autant plus qu'au moins 67% des affaires connues du *Cirdi* peuvent avoir des incidences directes sur l'environnement¹³⁸.

Un nombre considérable des litiges environnementaux entre investisseurs et Etats est lié à l'exploitation de mines, carrières ou encore des ressources fossiles. L'apparition des différends résultent de mesures préventives adoptées par les Etat. Le principe de prévention, qui a une valeur coutumière en droit international depuis l'arrêt *Gabčíkovo-Nagymaros* de la *CIJ*¹³⁹, oblige les Etats à empêcher la réalisation des atteintes irréversibles à l'environnement en adoptant les mesures appropriées. La mise en œuvre de ce principe passe notamment par un contrôle administratif de toute activité polluante ou risquant de dégrader l'environnement. L'exercice de la surveillance étatique sur les éventuelles atteintes à l'environnement peut dès lors affecter les intérêts financiers des investisseurs étrangers dont les activités sont règlementées.

L'autorisation administrative préalable est, avec l'étude d'impact, le mécanisme phare du principe de prévention. Par le biais de cet instrument juridique, l'Etat peut décider, discrétionnairement, si telle ou telle personne est apte ou non à exercer son activité sans causer de dommages excessifs à l'environnement. Il peut également fixer les prescriptions qui lui apparaissent nécessaires pour restreindre les effets néfastes du projet autorisé sur la biosphère.

De multiples scénarios sont envisageables au cours desquels les investisseurs étrangers considèrent que les décisions administratives motivées par des considérations environnementales leur portent préjudice. Un investisseur peut estimer que la délivrance d'une autorisation peut lui porter atteinte car les prescriptions d'exercice de l'activité sont moins favorables que celles accordées à un autre investisseur, et violent l'obligation d'un traitement non-discriminatoire¹⁴⁰. Le refus de renouveler une autorisation à une personne étrangère, au motif qu'elle ne respecte pas la législation environnementale, peut contrevenir à ses attentes légitimes car elle a réalisé des investissements considérables en prévision du renouvellement de son agrément¹⁴¹. Le refus de délivrer une autorisation de construction d'un projet ou la révocation d'un contrat administratif de construction et d'exploitation d'un projet, au motif que le patrimoine culturel ou naturel sont susceptibles d'être dégradés, peut également constituer la violation d'une clause d'expropriation.

En matière de protection de la nature, l'irréversibilité des dommages sur l'environnement, comme l'extinction d'une espèce¹⁴², peut amener les Etats à protéger des espaces par acquisition ou de manière réglementaire. L'expropriation d'un investisseur étranger ne donnant pas lieu à une compensation jugée adéquate pourrait constituer une expropriation illégale¹⁴³. Lorsque la création d'un parc naturel ou la transformation d'un espace en réserve écologique prive l'investisseur étranger de la jouissance de ces

¹³⁸ *Supra.*, Introduction p. 22

¹³⁹ Cour Internationale de Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c/ Slovaquie), Arrêt du 25 septembre 1997, paragraphe 140 : « la Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages ».

¹⁴⁰ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

¹⁴¹ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award of October 14, 2016

¹⁴² *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award of May 16, 2012

¹⁴³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa-Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of February 17, 2000

titres de propriété, ces actes s'apparentent à des mesures équivalentes à des expropriations en raison de leurs effets¹⁴⁴.

La mise en œuvre du principe de prévention par le pouvoir exécutif est tributaire de l'élaboration de lois définissant un cadre minimal de protection de l'environnement. Or, l'adoption d'une législation environnementale plus stricte concernant la gestion ou l'exploitation d'une ressource naturelle peut fonder la violation d'une clause de respect des engagements contractuels, dite « clause parapluie », lorsqu'un contrat entre l'investisseur étranger et l'Etat contient une clause de stabilisation. Une telle modification législative peut également être susceptible de constituer une violation du traitement juste et équitable car l'investisseur ne se voit pas offrir une législation stable¹⁴⁵.

Lorsque le pouvoir exécutif n'applique pas les législations environnementales prévues, le pouvoir judiciaire peut intervenir pour corriger les méconnaissances légales. Or un investisseur peut aussi déposer une plainte devant le *Cirdi* car un jugement interne n'est pas allé dans son sens et a annulé un projet de mine par exemple, au motif qu'il méconnaît les lois environnementales¹⁴⁶.

Les atteintes aux intérêts des investisseurs étrangers peuvent aussi intervenir en application du principe pollueur-payeur, selon lequel les coûts résultant des atteintes à l'environnement doivent être supportés par le pollueur. En effet, obliger un investisseur étranger à engager des frais qu'il n'avait pas anticipés porterait atteinte à ses attentes légitimes, mais pourrait aussi constituer des mesures équivalentes à une expropriation si cela le prive de la jouissance effective de son investissement. Sur le modèle de la taxe pigouvienne, des Etats ont adopté des lois fiscales visant à faire couvrir les coûts des dommages environnementaux par les responsables de la pollution. Mais il y a des cas d'arbitrage où les entreprises étrangères alléguaient que de telles dispositions fiscales constituaient des expropriations indirectes¹⁴⁷. Les condamnations en responsabilité sont une autre forme d'internalisation des coûts. Les décisions judiciaires condamnant un investisseur étranger à réparer, matériellement ou financièrement, les dégâts qu'il a causés, s'apparentent aussi à une expropriation indirecte.

En raison de l'objectif du droit international des investissements, la protection de l'investisseur, de nombreuses mesures environnementales sont susceptibles d'être portées devant le *Cirdi*. Dès que le droit de l'environnement porte atteinte aux intérêts des investisseurs étrangers, il se peut que l'Etat à l'origine de la réglementation ait effectué un manquement au droit international prévu par la série de normes conventionnelles édictées dans le but de protéger les investisseurs étrangers. Mais l'Etat n'est pas pour autant dépourvu de tout moyen juridique pour assurer sa défense devant les tribunaux d'arbitrage.

¹⁴⁴ *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award of May 16, 2012

¹⁴⁵ M.M. Mohamed Salah, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », *op. cit.*, p. 389

¹⁴⁶ *Gabriel Resources Ltd. And Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, pending

¹⁴⁷ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award: February 7, 2017

Section 2 : L'émergence de différends environnementaux entre investisseurs et Etats favorisée par le jugement des tribunaux du *Cirdi* sur leur compétence

L'accès à l'arbitrage international, dont l'arbitrage du *Cirdi*, est une garantie indispensable aux investisseurs étrangers « pour rendre véritablement effectives toutes les autres garanties substantielles accordées »¹⁴⁸. Lorsqu'un différend relatif à un investissement survient, le tribunal constitué ne connaîtra des tensions entre le droit interne de l'environnement et le droit international des investissements que s'il estime être compétent. Or, les tribunaux du *Cirdi* admettent facilement leur compétence (I) sans avoir de réserves particulières en matière environnementale jusqu'à récemment (II).

I. L'élargissement procédural du spectre de mesures environnementales susceptibles de tensions avec le droit international des investissements

Les Etats ne peuvent voir leur politique environnementale être à l'origine d'un règlement arbitral du différend avec des investisseurs étrangers s'ils n'ont pas consenti à résoudre le litige devant le *Cirdi* (A). Mais les Etats acceptent généralement de recourir à l'arbitrage international de peur de créer un mouvement de défiance chez les investisseurs étrangers, et nuire à l'attractivité financière du pays. Ils tentent dès lors de contester la compétence du Centre, mais l'élaboration et l'application du droit de l'environnement se retrouvent confrontés à l'interprétation extensive des arbitres (B).

A. La manifestation quasi-systématique du consentement étatique en raison du contexte d'économie mondialisée

L'Etat doit obligatoirement manifester son consentement à régler le différend avec un investisseur étranger devant le *Cirdi*, comme le requiert l'article 25 de la *Convention de Washington*. Ce prérequis répond au principe de souveraineté du droit international selon lequel aucun Etat ne peut être contraint de subir une décision qu'il n'a pas librement acceptée. Les Etats peuvent consentir au recours de l'arbitrage international par l'intermédiaire de 3 voies : la clause compromissoire intervenant en amont de la survenance d'un litige, le compromis lorsque le différend est déjà apparu et enfin, le traité d'arbitrage permanent qui établit une clause compromissoire d'application générale entre les parties. En matière d'investissements, les conventions contiennent généralement une clause de règlement des différends par la voie de l'arbitrage, notamment au sein du *Cirdi*. Lorsqu'un Etat signe et ratifie une telle convention, cela équivaut à un consentement. Quand un Etat est en relation avec un investisseur étranger ressortissant d'un Etat qui n'a pas de relation conventionnelle avec le premier en matière d'investissement, il peut être instauré une clause compromissoire « *Cirdi* » dans le contrat relatif à l'investissement. Dans certains Etats en développement cherchant à promouvoir l'importation de capitaux étrangers, tel que le Salvador, la législation prévoit le recours à un arbitrage *Cirdi* lorsqu'un différend investisseur-Etat apparaît.

Les clauses obligeant le recours à l'arbitrage en matière de règlement des différends avec les investisseurs étrangers ont fait l'objet d'une défiance croissante de la part des Etats en développement, mais aussi des Etats développés. La souveraineté normative est partiellement affectée par ces clauses, notamment en matière de politique environnementale. L'incertitude relative à l'application de la

¹⁴⁸ S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La Note de Convention*, n° 14/2014, p. 5

jurisprudence du *Cirdi* et la prise en compte défavorable pour les Etats des intérêts des investisseurs étrangers ont incité les premiers à exclure le recours à l'arbitrage.

L'article 25 (4) de la *Convention de Washington* prévoit la possibilité pour les Etats, à tout moment, d'exclure des catégories de différends de la compétence du Centre. Les Etats désireux de légiférer en faveur de la protection de l'environnement seraient tentés de soustraire les secteurs concernés de la compétence de l'arbitrage du Centre. Sur ce fondement, l'Equateur a décidé, le 4 décembre 2007, d'exclure de la compétence du *Cirdi* tous les différends relatifs à l'exploitation des ressources naturelles telles que le pétrole, le gaz ou d'autres minéraux. Cette décision faisait suite à l'adoption d'une loi fiscale sur les hydrocarbures ayant donné lieu à un nombre conséquent de plaintes devant les tribunaux d'arbitrage¹⁴⁹. Toutefois, exclure une catégorie de différends en vertu de la *Convention de Washington* n'exclut pas la possibilité pour un Etat de faire l'objet d'une plainte devant le Centre s'il est toujours partie à une autre convention contenant une « clause *Cirdi* ».

C'est pourquoi la Bolivie, l'Equateur, et le Venezuela ont procédé à la dénonciation de la *Convention de Washington* et de nombreux autres accords bilatéraux d'investissements. L'Equateur est allé jusqu'à inscrire dans l'article 422 de sa Constitution l'interdiction de conclure des traités prévoyant des recours à l'arbitrage. Ces réactions apparaissent radicales et ont des conséquences économiques désavantageuses pour les Etats procédant de cette manière, notamment en raison de leur marginalisation économique à l'échelle mondiale.

L'Italie a aussi connu un contentieux fourni devant le *Cirdi*, consécutif à sa réforme d'aides à l'énergie solaire¹⁵⁰. Elle a ainsi décidé de dénoncer le Traité sur la Charte européenne de l'énergie, dont elle n'est plus partie depuis le 1^{er} janvier 2016, afin de mener sans encombre arbitrale ses politiques de transition énergétique.

Dans une économie mondialisée, la dénonciation des traités prévoyant le recours à l'arbitrage devant le *Cirdi* demeure une stratégie controversée de la part des Etats. En procédant ainsi, ils augmentent le risque de désintéresser les investisseurs étrangers et les incidences économiques peuvent se révéler conséquentes. C'est pourquoi certains intègrent une stratégie de contestation de la compétence du *Cirdi* après avoir manifesté leur consentement pour recourir à l'arbitrage.

B. Le droit de l'environnement à l'épreuve de l'interprétation extensive du *Cirdi* sur sa compétence

Un Etat désireux d'adopter des normes environnementales susceptibles de léser les intérêts d'investisseurs ne saurait être inquiété par un éventuel arbitrage *Cirdi* si le recours à ce mécanisme de règlement des différends n'est pas prévu par un traité ou un contrat. C'est pourquoi des clauses spéciales sont instaurées dans des traités d'investissement ou des contrats, prévoyant notamment l'absence de recours à l'arbitrage international en cas de litige entre un investisseur et un Etat, ou du moins l'exigence d'un recours préalable devant les juridictions internes. La rédaction de telles normes du droit international des investissements résulte de la volonté des Etats de conserver une part de souveraineté

¹⁴⁹ Par exemple *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award: February 7, 2017

¹⁵⁰ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 606

politique sans être inquiétés par le risque financier d'une éventuelle condamnation par un tribunal arbitral.

C'est pourquoi les Etats consentent parfois de régler le différend devant le *Cirdi*, car ils estiment que ce dernier constatera lui-même son incompetence. Néanmoins, les tribunaux du Centre ont eu une interprétation extensive de certaines clauses des traités bilatéraux d'investissement pour considérer être compétents, alors que les traités bilatéraux d'investissement contenaient des dispositions ne prévoyant pas le recours à l'arbitrage sans saisine préalable des juridictions internes.

Dans le différend *Maffezini*¹⁵¹, un investisseur saisit le *Cirdi* alors qu'une clause du TBI entre l'Argentine et l'Espagne prévoyait, au préalable, l'obligation pour l'investisseur ressortissant d'un Etat partie d'intenter une action en justice devant les juridictions internes de l'autre Etat partie. L'Espagne consentit à régler ce différend devant le *Cirdi*, persuadé que ce dernier jugerait être incompetent en raison de cette clause. Mais au contraire, le tribunal d'arbitrage constitué à cette occasion estima être compétent pour régler ce différend car le TBI Argentine-Espagne contenait une clause de la nation la plus favorisée. Sur ce fondement, les arbitres considérèrent que l'investisseur argentin, en se voyant obligé d'effectuer en premier lieu un recours devant les juridictions internes, faisait l'objet d'un traitement différentiel injustifié constitutif d'une discrimination. Ils comparèrent sa situation à celle d'un investisseur chilien dont l'accès à l'arbitrage international était plus aisé, grâce à la présence d'une « clause *Cirdi* » dans le TBI entre l'Espagne et le Chili. Ils en conclurent que l'investisseur argentin devait pouvoir bénéficier, en matière de règlement des différends, des normes de droit international des investissements les plus favorables accordées aux investisseurs étrangers. Cette interprétation des tribunaux du *Cirdi* sur leur compétence suscita des inquiétudes auprès des Etats, qui se mirent à inclure des réserves dans les clauses de traitement de la nation la plus favorisée, inapplicables en matière procédurale¹⁵².

L'Argentine dut également faire face à un tel différend avec un investisseur espagnol, qui alléguait que la disposition relative au recours à l'arbitrage international violait la clause de la nation la plus favorisée car son application impliquait que le dépôt d'une requête devant le *Cirdi* ne pouvait avoir lieu qu'au minimum 18 mois après la saisine des juridictions internes¹⁵³. Ce litige faisait suite à la décision des autorités argentines de mettre fin à un contrat de concession relatif à la distribution et l'assainissement de l'eau, notamment du fait de manquements du concessionnaire espagnol contrevenant au droit d'accès à l'eau potable des populations locales. L'Argentine demanda au tribunal constitué de se déclarer incompetent, mais sans surprise, ce dernier ne fit pas droit à cette contestation. Cependant, la déclaration de compétence fut plus étonnante car les arbitres ne le firent pas sur le fondement de la nation la plus favorisée, comme l'avait demandé l'investisseur, mais bien en interprétant la clause de règlement des différends sous l'angle de l'efficacité. Ils estimèrent que le délai de 18 mois était inapplicable à l'investisseur car il était peu probable que les juridictions argentines rendent une décision dans le temps imparti.

Il apparaît que les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* n'hésitent pas à s'éloigner de la formulation des normes de droit international qui tentent de sauvegarder le rôle des juridictions internes, afin d'offrir une

¹⁵¹ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of November 13, 2000

¹⁵² Bernasconi-Osterwalder, N. & Johnson, L. (Eds.). (2011, July). *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*. Geneva: International Institute for Sustainable Development (IISD), p. 69. Retrieved from <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2000-2010>

¹⁵³ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of December 08, 2016

meilleure protection aux investisseurs étrangers. Cette tendance devient particulièrement problématique sous l'angle de la souveraineté de l'Etat en matière de protection de l'environnement et de la démocratie environnementale, plus particulièrement l'accès à la justice.

Les arbitres du *Cirdi* semblent élargir le champ de leur compétence, au détriment des Etats, en adoptant des arguments légaux adaptés aux circonstances matérielles des différends, mais qui ont pour point commun de protéger les investisseurs étrangers le mieux possible. Ces interprétations extensives renforcèrent le mouvement de refus de certains Etats de consentir à recourir à un arbitrage *Cirdi*.

La compétence du *Cirdi* tient tant à l'accord des parties qu'à l'objet de sa compétence : la présence d'un investissement. La notion d'investissement a fait l'objet, de la part des Etats, d'arguments vains visant à en accepter une conception intégrant les considérations environnementales dans une perspective de développement durable.

II. Vers la fin de l'indifférence arbitrale à l'égard des enjeux environnementaux inhérents aux investissements ?

Le *Cirdi* juge sa compétence en vérifiant s'il est en présence d'un investissement, sans regarder les éventuelles atteintes à l'environnement résultant de l'investissement (A). Il peut toutefois, dans de rares cas difficiles à déterminer, être compétent pour se prononcer sur les manquements aux obligations environnementales des investisseurs lorsque l'Etat effectue une demande reconventionnelle (B).

A. Une définition de l'investissement exempte de toute considération environnementale

Lors de l'appréciation de la présence ou non d'un investissement, les arbitres doivent regarder s'il correspond à la définition du TBI invoqué ainsi qu'à celle du *Cirdi* en application de la *Convention de Washington*. Les Etats dont le droit de l'environnement affecte les intérêts d'investisseurs étrangers peuvent contester la présence d'un investissement afin que le tribunal d'arbitrage se déclare incompétent. En effet l'article 25 de la *Convention de Washington* prévoit que les parties doivent être dans un litige en relation directe avec un investissement. Or, si l'Etat démontre que l'investissement affecté ne correspond pas à la définition établie par le *Cirdi*, ce dernier n'aura d'autres choix que de constater son incompétence.

Le Centre laissa entrevoir une porte d'entrée pour intégrer les considérations environnementales dans la notion d'investissement, par le biais du concept de développement durable, mais il coupa rapidement court à toute écologisation de l'investissement (1). L'argument de l'illégalité d'un investissement au regard du droit interne de l'environnement n'est pas plus pertinent à cause de la jurisprudence relative à la compétence du *Cirdi* (2).

1. L'opportunité délaissée d'écologisation des investissements indemnisables

Le tribunal d'arbitrage constitué dans le cadre de l'affaire *Salini*¹⁵⁴ en 2001, s'est chargé de qualifier l'investissement en effectuant un rapprochement avec la définition économique. Il s'agirait, selon ces critères, d'un apport à moyen ou à long-terme soumis aux aléas de gestion. La différence avec la définition économique se manifeste dans l'absence de référence au contrôle de l'investissement, remplacé par l'intégration du risque. La mention de l'« aléa de gestion » renvoie à la définition juridique du contrat de société. Toute personne privée effectuant un apport à moyen ou long-terme devra dès lors prendre un risque, inhérent au monde des affaires, pour pouvoir se prévaloir d'une requête contre un Etat contractant devant le *Cirdi*. Une difficulté supplémentaire provient du fait que les arbitres doivent regarder si l'investissement correspond à la définition de la convention fondant la requête. Or il peut arriver que la définition d'un traité ne coïncide pas nécessairement avec celle de l'affaire *Salini*, mais cette dernière a l'avantage de délimiter les notions d'investissement trop larges.

Dans la sentence arbitrale *Salini*, en plus des trois éléments mentionnés, le *Cirdi* ajouta un quatrième élément pour caractériser un investissement susceptible d'être au cœur d'un litige, à la lecture du préambule de la *Convention de Washington* : l'investissement doit contribuer au développement de l'Etat d'accueil. Ainsi, tout investissement étranger ne participant pas au développement d'un Etat ne saurait faire l'objet d'une plainte devant le Centre si le titulaire des droits de propriété sur cet apport subit un préjudice économique. Le cas échéant, le tribunal constitué se déclarera incompétent s'il n'est pas en présence d'un investissement conformément à la définition qu'il a fixé.

Toutefois, la sentence ne définit pas le terme de « développement », ce qui donna lieu à des débats et controverses quant à la teneur de ce concept par rapport à la définition de l'investissement et ces conséquences probables¹⁵⁵. L'adoption d'une définition extensive aurait été la chance d'intégrer les considérations environnementales à travers le prisme du développement durable¹⁵⁶. Tout investissement ne conciliant pas le développement économique avec la protection de l'environnement et le progrès social n'aurait pas pu faire l'objet d'une demande en réparation devant le *Cirdi*. Ainsi, chaque Etat qui aurait démontré que l'investissement litigieux ne concilie pas suffisamment les enjeux économiques avec les enjeux environnementaux, aurait été moins réticent à poursuivre des politiques environnementales ambitieuses.

Cependant, le Centre mit un terme aux attentes écologistes nées du quatrième critère de l'investissement en précisant qu'il s'agissait bien du développement économique. Il précisa même qu'il ne constituait pas un critère car il était trop difficile à établir qu'un investissement contribue au développement économique d'un Etat, en plus d'être implicitement couvert par les trois autres critères¹⁵⁷. La sentence *MHS*¹⁵⁸ entreprit de dissiper tout doute persistant en déclarant que l'enrichissement du patrimoine culturel et archéologique ne devait pas être pris en compte dans la définition de développement¹⁵⁹.

¹⁵⁴ *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, decision on jurisdiction of July 23, 2001

¹⁵⁵ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, p. 586

¹⁵⁶ Voir M. M. Mohamed Salah, « Le droit des investissements au service du développement durable », dans A. Michelot (dir.), *Justice Climatique – Enjeux et perspectives*, édition Bruylant, 2016, pp. 293-310,

¹⁵⁷ *Consorzio Groupement Lesi Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID Case, No. ARB/03/08, Award of January 10, 2005

¹⁵⁸ *Malaysian historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction of May 17, 2007

¹⁵⁹ M. M. Mohamed Salah, « Le droit des investissements au service du développement durable », *op. cit.*, p. 299

2. *L'exigence exclusivement conventionnelle de la conformité de l'investissement avec le droit interne de l'environnement*

Il ressort des différentes sentences arbitrales que la non-conformité de l'investissement au droit interne, parfois invoquée par les Etats, ne peut justifier seule l'incompétence du *Cirdi*. Cette condition doit être intégrée dans la convention invoquée par le demandeur. A l'issue de la sentence *Metal-tech*¹⁶⁰, le tribunal a estimé que l'illégalité d'un investissement le rendait incompétent, car l'article 1 du TBI entre l'Etat d'Israël et l'Ouzbékistan intégrait le caractère de conformité au droit interne dans la définition de l'investissement. Les investissements contrevenant au droit interne de l'environnement ne sont donc pas susceptibles d'être portés devant l'arbitrage du *Cirdi* si les conventions fondant la demande excluent les opérations illégales au regard de la législation de l'Etat hôte.

La question s'est posée de savoir si l'illégalité d'un investissement constitue une obligation inhérente à sa définition en vertu du droit international général. Les arbitres ont jugé, au cours de l'affaire *Bear Creek*¹⁶¹, qu'aucune obligation coutumière internationale ne pesait sur l'investisseur pour effectuer son opération conformément au droit interne de l'Etat d'accueil, contrairement à ce qu'affirmait l'Etat péruvien défendeur. Ce dernier arguait que l'absence de dispositions relatives à la conformité au droit interne dans un traité n'avait pas d'incidences car l'exigence d'un investissement respectant la loi de l'Etat d'accueil faisait partie du corpus du droit international et de la jurisprudence arbitrale. Le Pérou espérait obtenir l'incompétence du tribunal au motif que l'investissement ne respectait pas le droit interne, et ne répondait pas à la définition d'investissement indemnisable. Mais les arbitres ont réfuté cet argument, et ont recherché si l'accord bilatéral invoqué contenait une disposition exigeant la conformité de l'investissement avec le droit interne.

Cependant, un tribunal constitué sous l'égide du *Cirdi* a tout récemment nuancé l'exigence exclusivement conventionnelle de la conformité de l'investissement¹⁶². Il a admis que, malgré l'absence textuelle de prescription de légalité de l'investissement, ce dernier ne pouvait plus être protégé par les tribunaux du Centre s'il dépassait un certain degré de gravité dans la violation du droit interne¹⁶³.

En l'absence d'un tel prérequis textuel, les investisseurs étrangers sont fondés à demander une réparation consécutive à l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement devant le Centre, même lorsque l'investissement a été effectué en violation du droit interne de l'environnement. La circonstance selon laquelle l'investissement étranger a été réalisé en violation du droit interne de l'environnement sera inopérante pour contester la compétence du tribunal constitué si aucune clause n'intègre l'exigence de légalité dans la définition de l'investissement, ou s'il ne dépasse un certain degré de gravité.

La définition de l'investissement protégé est donc d'une importance capitale pour déterminer quels seraient les investissements respectueux des objectifs environnementaux pouvant bénéficier d'une protection conventionnelle, et ceux dont les incidences néfastes sur l'environnement excluraient une telle prérogative pour les investisseurs étrangers. La protection de l'investissement servant sa promotion, cela inciterait les acteurs économiques à investir dans des opérations améliorant la qualité l'environnement ou du moins limitant sa dégradation car ils auraient plus de garanties sur leur protection. Les investissements étrangers néfastes pour la biosphère qui entreraient en tension avec le droit de l'environnement ne pourraient faire l'objet d'une protection arbitrale excessive vu les circonstances

¹⁶⁰ *Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award of October 04, 2013

¹⁶¹ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017

¹⁶² *Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus van Noordenne, Cornelis Willem van Noordenne, Estudios Tributarios AP S.A. et Stichting Administratiekantor Anbadi v. Republic of Panama*, ICSID case n° ARB/15/14, Award of September 12, 2018

¹⁶³ *Ibid.* paragraphe 151-156

d'urgence en matière d'écologie, ce qui faciliterait la transition vers un système mondial écologiquement viable. Ces raisons ont appuyé la recommandation du CESE pour que la France soutienne, sur le plan international, « une définition de l'investissement qui intègre les principes de justice climatique et respecte les politiques de lutte contre le changement climatique »¹⁶⁴.

Bien que les tribunaux du Centre ne prennent pas en compte la spécificité de la finalité environnementale poursuivie par les Etats dans son appréciation de l'investissement objet du litige, il tend de plus en plus à se déclarer compétent en matière de demandes reconventionnelles.

B. L'incertitude de la compétence du *Cirdi* sur les demandes reconventionnelles relatives à des manquements aux obligations environnementales des investisseurs étrangers

Lorsqu'un différend relatif à un investissement ayant une incidence sur l'environnement survient, les Etats se retrouvent systématiquement en position de défendeur. Leur posture défensive les contraint à adopter notamment des stratégies de contestation de la compétence du tribunal. Cependant, de plus en plus d'Etats adoptent des stratégies juridiques offensives au moyen des demandes reconventionnelles. Une demande reconventionnelle est une demande incidente émanant de la partie défenderesse, dont la prétention entretient un lien de connexité avec l'objet du litige¹⁶⁵. L'article 46 de la *Convention de Washington* prévoit effectivement que sous réserve de l'accord des parties, le tribunal doit statuer sur toute demande reconventionnelle se rapportant directement à l'investissement si la demande est couverte par le consentement des parties et si elle relève de la compétence du Centre.

A travers les demandes reconventionnelles, les Etats tentent de faire valoir les intérêts non-économiques justifiant leurs actions litigieuses, parmi lesquels figurent la protection de l'environnement. A cet égard, l'intérêt de telles demandes pour l'Etat est d'obtenir la réparation des dommages environnementaux causés par l'investisseur étranger, du fait de son investissement. En plus d'atténuer l'asymétrie relative au contentieux arbitral de l'investissement sur l'initiative de la requête, ce type de demandes incidentes intégrerait davantage les enjeux environnementaux. Les investisseurs ne respectant pas leurs obligations prévues seraient susceptibles d'être condamnés à verser une indemnisation. Toutefois, de telles demandes ne sont pas exemptes de difficultés procédurales et substantielles, d'autant plus que le *Cirdi* les admet rarement. Beaucoup de demandes reconventionnelles ont été rejetées car les tribunaux estimaient ne pas être compétents.

La principale difficulté tient particulièrement à l'accord de l'investisseur pour confier la compétence au Centre de se prononcer sur la demande incidente de l'Etat défendeur. En effet, le consentement de l'Etat provient généralement des clauses d'arbitrage incluses dans les conventions relatives aux investissements. Ainsi, le consentement de l'investisseur étranger lésé par le droit de l'environnement national est exprimé lors de la notification de sa requête, et il se limite au contenu de sa demande. En général, l'Etat voit sa marge de manœuvre restreinte pour présenter des demandes reconventionnelles, étant donné que les termes du litige sont fixés aux manquements étatiques à ses obligations issues du TBI.

¹⁶⁴ Avis du Conseil économique, social et environnemental, *La justice climatique, enjeux et perspectives pour la France*, p.44

¹⁶⁵ J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001

Un cas de figure se détache à propos des demandes reconventionnelles environnementales. L'Equateur réalisa une demande reconventionnelle au cours du litige *Burlington*¹⁶⁶, dans laquelle il demandait la condamnation du requérant car son activité avait causé des dommages environnementaux en violation du droit national de l'environnement et de ses obligations contractuelles. Cependant, la société étrangère consentit à ce que la résolution du différend couvre les demandes reconventionnelles de l'Etat, et ne fit pas d'objections à propos de la compétence du *Ciridi*. Le tribunal en tira ainsi sa compétence, et constata le manquement de la compagnie étrangère, la condamnant à verser 42,7 millions de dollars.

La recevabilité des demandes reconventionnelles est aussi tributaire de la rédaction des clauses de règlement des différends. Dans la sentence *Urbaser*¹⁶⁷, les arbitres ont estimé être compétents pour juger la demande reconventionnelle de l'Etat argentin, qui avançait que l'investisseur avait violé les droits d'accès à l'eau des populations locales. Le tribunal s'est déclaré compétent car la clause de règlement des différends du traité invoqué était une clause neutre écrite en des termes généraux. Elle permettait aux deux parties d'effectuer des demandes, donc si le dépôt d'une requête excluait automatiquement les demandes de l'autre partie, cela serait une source d'injustice. L'argument du demandeur selon lequel il n'avait pas consenti à la demande reconventionnelle fût écarté, au motif qu'il avait donné son accord pour régler le litige sur la base de la clause de règlement des différends, qui couvrait tout type de différends en relation avec un investissement. Le lien direct entre la demande initiale et la demande reconventionnelle fût établi car les demandes étaient relatives au même investissement. Il y avait également un lien légal résultant de la violation allégué de l'investisseur du droit fondamental d'accès à l'eau, dont la mise en œuvre était l'objectif principal du contrat de concession conclu.

L'admission d'une demande reconventionnelle demandant la condamnation d'un investisseur à cause de sa violation des droits de l'Homme n'est pas inintéressante pour intégrer davantage les enjeux écologiques dans les obligations des investisseurs étrangers, compte-tenu du lien croissant établi entre la protection de l'environnement et la préservation des droits fondamentaux¹⁶⁸. Toutefois, une telle déclaration de compétence n'aurait pu avoir lieu avec une clause d'arbitrage plus restrictive, c'est pourquoi il est important d'inclure des clauses de règlement des différends claires et précises¹⁶⁹. De plus en plus de traités insèrent des clauses autorisant expressément les demandes reconventionnelles si l'investisseur n'a pas respecté ses obligations, à l'instar de l'article 28 (9) de l'accord de la zone d'investissement commune du Marché commun de l'Afrique Orientale et Australe.

Bien entendu, l'appréciation de l'existence ou non d'un lien de connexité entre l'objet de la demande initiale et la demande incidente, ainsi que l'étendue des obligations pesant sur les investisseurs susceptibles de fonder une condamnation, restent soumis à l'analyse casuistique des arbitres. Leurs interprétations téléologiques sont à l'origine d'une jurisprudence instable et désordonnée, source d'incertitude quant à l'avenir des demandes reconventionnelles en matière d'environnement, bien qu'une légère intégration des enjeux écologiques refasse surface.

¹⁶⁶ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award: February 7, 2017

¹⁶⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/2, Award of December 08, 2016

¹⁶⁸ Voir par exemple D. K. Anton and D. L. Shelton, *Environmental Protection and Human Rights*, Cambridge University Press, 2011, ou encore en matière de changement climatique, le Rapport du Programme des Nations Unies pour l'environnement, « Climate Change and Human Rights », décembre 2015

¹⁶⁹ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s*, Geneva : IISD, p. 26

Chapitre 2 : L'intégration laborieuse de l'objectif de protection de l'environnement par les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi*

La jurisprudence arbitrale du *Cirdi* démontre que les enjeux environnementaux influent rarement sur l'issue d'un différend lorsqu'ils sont pris en compte (Section 1) en raison de la spécificité procédurale du système d'arbitrage (Section 2).

Section 1 : Le décloisonnement timide du droit international des investissements aux enjeux environnementaux

Les arbitres de tribunaux du Centre peuvent prendre en compte les enjeux environnementaux d'un litige grâce à une interprétation ouverte des obligations du droit international des investissements (I) mais également grâce à l'application de normes du droit international de l'environnement au différend (II).

I. La prise en compte limitée des considérations environnementales par le biais de l'interprétation évolutive des normes du droit international des investissements

L'analyse empirique de la jurisprudence arbitrale des différends relatifs aux investissements ayant un lien avec le droit de l'environnement laisse apparaître une oscillation variable entre le respect de la souveraineté normative de l'Etat et la protection conventionnelle des investissements étrangers. Le degré d'intégration des enjeux environnementaux dans l'interprétation des normes du droit international de l'investissement apparaît instable. Il convient donc d'appréhender séparément comment les arbitres intègrent la protection de l'environnement dans l'interprétation des clauses d'expropriation (A), de traitement juste et équitable (B) et de non-discrimination (C). Bien que les « clauses parapluies » peuvent faire l'objet d'une violation par l'Etat à la suite de l'adoption d'une mesure environnementale, elles ne feront pas l'objet d'une analyse spécifique car les arbitres les constatent de la même manière que le traitement juste et équitable.

A. L'admission progressive de la spécificité environnementale dans le régime de l'expropriation

Les problèmes relatifs à l'expropriation directe, c'est-à-dire lorsque les titres de propriété de l'investisseur sont transférés à une personne publique, sont plus rares désormais. Toutefois, des conflits sont susceptibles de survenir lorsque l'investisseur n'estime pas avoir été adéquatement indemnisé. La compensation constitue le cœur des contentieux d'expropriation directe effectuée dans un objectif de protection de l'environnement. Il n'appartient pas aux tribunaux d'arbitrage de juger si la protection de l'environnement constitue ou non une mesure réalisée pour poursuivre un objectif d'intérêt public, car cela relève des prérogatives souveraines de l'Etat. Mais les arbitres apprécieront si ce dernier a respecté ses obligations de protection de l'investissement étranger en versant une compensation appropriée.

Ainsi, rien n'interdit à l'Etat d'exproprier un investisseur étranger en vue de sauvegarder un espace naturel, mais il devra verser une indemnisation adéquate pour compenser la perte. Dans l'affaire *Santa Elena* par exemple, un investisseur déposait une requête car il estimait que l'expropriation, dont son

bien avait fait l'objet en vue de créer un parc naturel, était illégale en raison d'une compensation ne couvrant pas tous les dommages subis. La jurisprudence du *Cirdi* n'a pas éclairci le fait de savoir si une expropriation directe réalisée dans un objectif de protection de l'environnement pouvait avoir une incidence sur les modalités et le montant de l'indemnisation, et une incertitude demeure. La tendance dominante reste toutefois une interprétation téléologique des traités d'investissement exigeant l'indemnisation de toutes les pertes subies par l'investisseur étranger. Cependant, l'admission des demandes reconventionnelles en raison des dommages environnementaux perpétrés par l'investisseur pourrait contrebalancer la priorité accordée à la protection des titres de propriété, à l'image de la condamnation de la compagnie pétrolière *Burlington* à verser 41,7 millions de dollars (sur les 2,8 milliards réclamés par l'Equateur)¹⁷⁰.

Etant donné la rare jurisprudence relative à l'intégration du droit international de l'environnement dans les sentences arbitrales du *Cirdi*, la question de la compensation des expropriations directes sera abordée plus en détail lors de l'analyse des interférences normatives¹⁷¹.

Le champ d'application des clauses d'expropriation dépend tout d'abord de la définition d'investissement dans le traité. La clause d'expropriation vise à protéger les intérêts de l'investisseur dans son investissement. Or, généralement, les traités bilatéraux ont une vision de l'investissement plus large que les droits internes, ce qui crée des situations d'illicéité internationale de l'expropriation alors que la procédure était conforme au droit national. Effectivement, lorsqu'un Etat ne considère pas être en présence d'un investissement étranger au sens de la convention, il n'appliquera pas forcément le régime de l'expropriation. Par exemple, le modèle conventionnel de la France inclut « les concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation des richesses naturelles » dans les investissements protégés. L'article 1 du *Traité sur la Charte européenne de l'énergie* intègre dans la définition d'investissement « tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique dans le secteur de l'énergie ». Ainsi, en France, toute autorisation ICPE de raffinage de pétrole et de gaz (rubrique 3120 de la *nomenclature des Installations classées pour la protection de l'environnement*) délivrée à un investisseur étranger est un investissement protégé au sens du traité. Toute mesure environnementale réduisant significativement la valeur économique de ces contrats ou autorisations pourrait dès lors constituer une expropriation indirecte¹⁷².

Quand les Etats sont accusés d'avoir effectué une mesure équivalant à une expropriation en violation de la protection conventionnelle des investisseurs, ils tentent de faire valoir l'incapacité des mesures contestées à faire l'objet d'une compensation en raison de leur intérêt public¹⁷³. Cependant, l'intérêt public de protection de l'environnement n'est pas abordé de manière uniforme par les tribunaux du *Cirdi* dans son analyse des expropriations indirectes.

Lorsque les tribunaux appliquent la doctrine du « seul-effet »¹⁷⁴, ils procèdent à une interprétation téléologique des clauses règlementant l'expropriation indirecte et se focalisent sur le préjudice économique subi par l'investisseur étranger du fait de la mesure environnementale. Dans la sentence *Metalclad*¹⁷⁵, les arbitres considérèrent que le refus de délivrer un permis de construire pour une

¹⁷⁰ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award: February 7, 2017

¹⁷¹ *Infra.*, p. 55 et suivantes

¹⁷² K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 20

¹⁷³ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 120

¹⁷⁴ *Supra.*, p. 29

¹⁷⁵ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of August 30, 2000

décharge de déchets dangereux, ainsi que l'édition d'un décret créant une réserve écologique, constituaient des mesures équivalentes à des expropriations au sens de l'*Alena*, sans regarder les raisons pour lesquelles ces mesures étaient appliquées. La plupart du droit de l'environnement impose des coûts ou limite les profits de certains secteurs économiques, ce qui ne manqua pas de soulever des inquiétudes par rapport à une telle interprétation de l'expropriation indirecte¹⁷⁶. Certains traités prévoient expressément l'extension de l'expropriation indirecte à toute mesure produisant des effets équivalents à une expropriation, à l'image du TBI entre l'Allemagne et le Botswana¹⁷⁷. Lorsque les arbitres doivent appliquer des normes en de tels termes, il leur est difficile d'intégrer des enjeux extra-commerciaux comme la protection de l'environnement pour délimiter le champ d'application de l'expropriation indirecte.

Cependant, il semblerait que lorsque les clauses d'expropriation sont rédigées en des termes plus larges, l'application de la doctrine des « pouvoirs de police » soit favorisée¹⁷⁸, à la manière du tribunal ayant arbitré l'affaire *Tecmed*¹⁷⁹. Dans cette sentence, les arbitres raisonnèrent en deux temps. Ils regardèrent dans un premier temps si la mesure correspondait à l'expropriation indirecte telle que définie dans le TBI applicable aux parties ; la clause assimilait à une expropriation toute mesure ayant des effets similaires. Mais après avoir constaté que les effets résultant de la mesure étaient équivalents à une expropriation, le tribunal alla au-delà de la doctrine du « seul-effet » pour caractériser la présence d'une expropriation. Dans un second temps, après avoir affirmé le principe selon lequel aucune mesure n'est exclue par nature du champ d'application des mesures équivalentes à une expropriation, ils évaluèrent la proportionnalité de la mesure entre l'objectif d'intérêt public poursuivi, en l'espèce la protection de l'environnement, et l'atteinte portée à l'investissement protégé. Le contrôle de proportionnalité fût inspiré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, et le concept de « charge spécial et exorbitante ».

Le fait que le tribunal jugea, en l'espèce, la mesure environnementale disproportionnée au regard de ces effets sur l'investissement protégé, demeure critiquable¹⁸⁰, et questionne le degré de conciliation des effets subis par l'investisseur avec les objectifs d'intérêt public poursuivis par l'Etat. Néanmoins, ce type d'interprétation garantit une meilleure intégration des enjeux environnementaux dans l'appréciation des obligations étatiques envers les investisseurs étrangers.

Dans l'affaire *Philip Morris*¹⁸¹, le tribunal conclut, en appliquant le raisonnement des « pouvoirs de police », que l'Etat de l'Uruguay n'avait pas commis d'expropriation indirecte en adoptant des mesures visant à protéger la santé publique, un domaine distinct mais connexe avec la protection de l'environnement. Il s'agissait en l'espèce de mesures prohibant la vente de plusieurs variétés d'une même marque et obligeant d'imprimer des paquets couverts à 80% d'avertissements sanitaires.

¹⁷⁶ Bernasconi-Osterwalder, N. & Johnson, L. (Eds.), *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*, *op. cit.*, p. 76

¹⁷⁷ Le paragraphe 4 du protocole du TBI entre l'Allemagne et le Botswana dispose : « [a] claim to compensation shall also exist when, as a result of State intervention in the company in which the investment is made, its economic substance is severely impaired »

¹⁷⁸ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 23

¹⁷⁹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

¹⁸⁰ Le tribunal estima que le refus du renouvellement de l'autorisation d'exploitation de la décharge résultait de « circonstances politiques » dues à la pression exercée par les communautés locales, et contesta l'objectif de protection de l'environnement poursuivi,

¹⁸¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of July 8, 2016

Cependant, la doctrine des « pouvoirs de police » ne fait pas l'objet d'une application uniforme : les arbitres ont décidé, au terme de la sentence *Bear Creek*¹⁸², que cette doctrine n'étant pas prévue dans les dérogations aux obligations du traité, l'Etat péruvien ne pouvait l'invoquer pour contester une expropriation indirecte. Le raisonnement appliquant la doctrine des « pouvoirs de police » demeure tributaire de la rédaction de la clause d'expropriation, étant donné que les arbitres sont réticents à définir un panel de mesures étatiques exemptes de toute compensation. Bien qu'auparavant, les traités n'indiquaient pas de préférence entre les deux doctrines, il semblerait qu'aujourd'hui, les accords s'orientent davantage vers la doctrine des « pouvoirs de police », plus respectueuse de la souveraineté des Etats¹⁸³. Dorénavant, certains traités excluent même, en principe, les mesures élaborées et appliquées pour protéger des intérêts publics, comme la protection de l'environnement, du champ d'application de l'expropriation indirecte¹⁸⁴. S. Di Benedetto estime que les mesures étatiques exemptes de compensation est un mécanisme juridique parmi les plus efficaces pour intégrer les considérations environnementales en droit international des investissements¹⁸⁵. La rédaction des clauses d'expropriation et leur contenu joueront probablement un rôle croissant dans la détermination du champ du droit de l'environnement susceptibles d'être équivalent à une expropriation aux yeux des arbitres du *Cirdi*¹⁸⁶.

B. L'écologisation complexe du large standard de traitement juste et équitable

Le standard du traitement juste et équitable constitue aujourd'hui, avec l'expropriation indirecte, le principal fondement du droit international des investissements restreignant la souveraineté normative de l'Etat¹⁸⁷. La délimitation imprécise du contenu de ce principe, à commencer par l'absence de définitions conventionnelles, favorise l'instabilité jurisprudentielle de son application. Un consensus s'est toutefois établi sur le fait que « le traitement juste et équitable comprend, entre autres, la protection des attentes légitimes, la protection contre les traitements arbitraires et discriminatoires, la transparence et la cohérence »¹⁸⁸.

Les investisseurs étrangers mettent de plus en plus en cause l'adoption de lois modifiant le cadre de leurs activités depuis la crise argentine de 2001¹⁸⁹. Les violations des clauses du traitement juste et équitable ont été parmi celles qui fournissaient le plus de motivations aux tribunaux pour constater qu'un Etat avait commis un manquement à un traité d'investissement¹⁹⁰. Elles permettent de sanctionner les

¹⁸² *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017

¹⁸³ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 22

¹⁸⁴ Par exemple l'Annexe 10-C de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les Etats-Unis d'Amérique et la République dominicaine prévoit que : « *Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.* »

¹⁸⁵ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 127

¹⁸⁶ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 26

¹⁸⁷ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s*, *op. cit.*, p. 02

¹⁸⁸ Traduction libre du paragraphe 543 de *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award of April 06, 2016

¹⁸⁹ Les mesures d'urgence adoptées par l'Argentine lors de la crise économique de 2001 donna lieu à une prolifération des plaintes de multinationales étrangères pour une atteinte à leurs investissements. 25 plaintes furent déposées devant le *Cirdi* de 2001 à 2003, et plus d'une quarantaine avant 2009 !

¹⁹⁰ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 17

comportements des Etats dont la gravité de l'atteinte portée à l'investissement étranger n'est pas assez significative pour constituer une expropriation indirecte.

L'activité législative et réglementaire visant à protéger l'environnement est de plus en plus contestée car les investisseurs allèguent qu'un tel comportement de la part d'un Etat viole le standard du traitement juste et équitable. Les modifications du droit de l'environnement applicables à l'activité d'un investisseur peuvent constituer un manquement de l'Etat dans le maintien d'un cadre juridique stable et prévisible. Les changements juridiques altèrent les revenus escomptés par l'investisseur, et vont ainsi à l'encontre de ses attentes légitimes. Les tribunaux d'arbitrage ont développé deux approches du concept de traitement juste et équitable pour concilier les différends intérêts en jeu. Une démarche respectueuse de la souveraineté des Etats garantit une meilleure prise en compte de l'objectif de protection de l'environnement (1). Cependant, si les arbitres se focalisent sur la protection des investissements étrangers, la protection de l'environnement poursuivi par l'Etat sera subordonnée au respect de la convention relative aux investissements applicable (2).

1. L'intégration des enjeux environnementaux grâce à la déférence des arbitres pour la souveraineté de l'Etat

L'approche des tribunaux plus respectueuse de la souveraineté de l'Etat n'est pas la plus utilisée. L'Etat dispose d'une souveraineté totale dans son processus d'édiction des normes, et il n'a aucune interdiction de modifier le cadre du droit de l'environnement applicable à l'activité protégée par le droit des investissements. Il lui est seulement prohibé d'agir de manière déloyale, déraisonnable ou inéquitable, c'est-à-dire d'utiliser ses prérogatives législatives et réglementaires de manière arbitraire, dans la seule intention de nuire à l'activité de l'investisseur. Un tribunal a même spécifiquement précisé qu'il doit respecter la volonté des Etats de légiférer en matière de protection de l'environnement, et se contenter de regarder s'il est en présence d'une mesure discriminatoire ou arbitraire¹⁹¹.

L'Etat est débiteur de l'octroi d'un cadre juridique stable envers l'investisseur seulement s'il a promis explicitement ou implicitement que le cadre juridique restera inchangé, comme lorsqu'il a été conclu un contrat contenant une clause de stabilité. De cette manière, le tribunal du cas *Parkerings*¹⁹² a débouté l'investisseur de sa demande car l'Etat lithuanien n'avait effectué aucune promesse du maintien d'une réglementation inchangée.

Les mesures accusées d'altérer la stabilité du cadre juridique de l'activité de l'investisseur font l'objet d'une évaluation de leur légitimité dans la sentence *Spyridion*¹⁹³. La poursuite d'un intérêt public légitime, tel que la protection de l'environnement, justifie la limitation des attentes de l'investisseur. Une réelle mise en balance des attentes légitimes de l'investisseur avec l'objectif poursuivi est effectuée par les arbitres, ce qui garantit une intégration des enjeux environnementaux dans l'appréciation du tribunal.

Concernant les traitements arbitraires, lorsque l'Uruguay a adopté des mesures visant à réduire la consommation de cigarettes, le tribunal s'est contenté de vérifier que ces mesures n'étaient pas

¹⁹¹ *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award of May 16, 2012

¹⁹² *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

¹⁹³ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/01, Award of December 07, 2011

arbitraires et étaient motivées par des raisons suffisantes¹⁹⁴. Il en a déduit que les dommages subis par les cigarettiers ne pouvaient à eux seuls caractériser une mesure arbitraire violant le standard de traitement juste et équitable.

2. Une interprétation extensive du standard de traitement juste et équitable excluant les préoccupations environnementales nationales

Le critère de l'intentionnalité de la mesure diffère en fonction de l'approche suivie par le tribunal. Dans la seconde approche, plus respectueuse de la protection des intérêts des investisseur, ce critère est inopérant pour écarter la violation du traitement juste et inéquitable, du moment que l'investisseur a subi un dommage. Les arbitres, dans les sentences *Crystallex* ou *The Loewen Group*¹⁹⁵, ont estimé qu'il n'y avait pas besoin que l'Etat ait agi de manière aberrante ou de mauvaise foi pour caractériser une violation du standard de traitement juste et équitable.

Les tribunaux ont regardé, à plusieurs reprises, l'esprit d'élaboration des conventions sur les investissements, en se référant aux préambules, pour déduire qu'un environnement économique et juridique stable était un élément essentiel du traitement juste et équitable¹⁹⁶. L'encadrement juridique stable des activités de l'investisseur participe à la promotion et la protection des investissements. Bien qu'il ne confère pas à l'investisseur un droit à un cadre juridique stable¹⁹⁷, ce raisonnement téléologique offre une protection accrue au profit des investisseurs étrangers car il incorpore le maintien d'un environnement juridique constant dans le standard du traitement juste et équitable, sans requérir de manifestations de ces garanties de la part de l'Etat.

Les attentes légitimes ne requièrent plus d'engagement de l'Etat et doivent être respectées en toute circonstance par ce dernier. L'attente légitime d'un cadre juridique stable naît lorsque l'investisseur décide d'investir sous le régime applicable au jour de son investissement. Ainsi, l'Argentine a été condamnée pour violation de la clause de traitement juste et équitable car la modification du régime juridique règlementant les tarifs du gaz a porté atteinte à *CMS*, et ce même si elle ne s'était pas engagée à fournir un cadre légal stable : l'entreprise avait décidé de réaliser son investissement en raison du régime des tarifs du gaz avant sa transformation drastique¹⁹⁸.

Toute modification du droit de l'environnement ne doit pas être opérée trop brusquement, d'autant plus si certaines normes environnementales ont influencé les investisseurs dans la réalisation de leur opération vers l'Etat d'accueil. La mise en œuvre du principe de participation permet, à cet égard, de prendre en compte les intérêts des investisseurs étrangers conformément aux exigences du droit international des investissements, et notamment à l'exigence de transparence communément admise comme faisant partie intégrante du standard.

¹⁹⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of July 8, 2016

¹⁹⁵ *The Loewen Group, Inc. v. U.S.A.*, ICSID Case No. ARB(AF)/93/3, Award of June 26, 2003 ; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award of April 06, 2016

¹⁹⁶ Voir par exemple *CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of September 01, 2006, ou *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award of May 04, 2017

¹⁹⁷ *Ibid. Eiser v. Spain*.

¹⁹⁸ *CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of September 01, 2006

Au-delà du cadre législatif stable, les décisions administratives de ne pas délivrer ou de retirer une autorisation environnementale nécessaire à l'exercice d'une activité à cause de problèmes de pollution violent également le standard du traitement juste et équitable.

Dans l'affaire *Tecmed*¹⁹⁹, les arbitres ont recouru à une interprétation extensive des attentes légitimes menant à une protection excessive de l'investissement²⁰⁰. Au terme de son interprétation des attentes légitimes, l'Etat devait avoir un comportement cohérent, transparent et dénué d'ambiguïtés dans sa relation avec l'investisseur étranger, de telle manière que ce dernier devait être informé au préalable des règles applicables à son investissement ainsi que des objectifs poursuivis par ces règles²⁰¹. Ces informations doivent permettre à l'investisseur d'anticiper les modifications du cadre juridique lui étant applicable. En plus d'être excessive, une telle interprétation est irréaliste car aucun Etat ne peut fournir de renseignements d'une telle ampleur à chaque investisseur étranger, ne serait-ce qu'en matière environnementale. L'obligation de prévenir l'investisseur sur les futures réformes est d'autant moins susceptible d'être appliquée... Le plus étonnant reste l'exigence léonine de transparence et d'absence d'ambiguïtés. Pour juger que le Mexique n'avait pas agi de manière transparente, le tribunal a retenu que le défendeur n'a pas clairement informé l'investisseur des conséquences de ses infractions de pollution commises sur le sort de la demande de renouvellement de l'autorisation d'exploiter une décharge.

La sentence *Tecmed* est un exemple isolé d'une interprétation extensive du standard de traitement juste et équitable verrouillant considérablement la liberté normative d'un Etat en matière de droit de l'environnement. L'issue d'une requête invoquant une violation d'une clause de traitement juste et équitable ne peut faire l'objet d'une spéculation certaine car elle dépend, en premier lieu, de la rédaction des dispositions applicables au litige, puis de l'approche malléable poursuivie par le tribunal.

C. Les traitements discriminatoires autorisés dans l'objectif de protection de l'environnement

Un investisseur étranger peut faire l'objet d'un traitement différencié en comparaison d'un de ses homologues, car l'Etat estime que ce traitement est indispensable à l'objectif de protection de l'environnement. Or, dans de telles circonstances, l'investisseur peut déposer une plainte devant le *Cirdi* en invoquant la violation d'une clause de non-discrimination comme la clause de la nation la plus favorisée.

Les arbitres procéderont à une appréciation du traitement en le comparant au traitement accordé à un autre investisseur sur la base de circonstances similaires. Il convient de regarder comment les tribunaux du Centre aborde l'existence ou non de circonstances similaires dans les traitements différenciés motivés par des considérations environnementales.

Dans l'affaire *Parkerings*, le contrat de construction d'un parking entre un investisseur norvégien et une municipalité lituanienne fût résolu par la dernière. La présence de risques environnementaux et les craintes relatives à la préservation du patrimoine historique et culturel du centre-ville motivèrent la résolution du contrat. L'investisseur étranger saisit le *Cirdi* sur le fondement du traité bilatéral

¹⁹⁹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

²⁰⁰ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, op. cit., p. 109-110

²⁰¹ Paragraphe 154 de la sentence *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

d'investissement entre la Norvège et la Lituanie, et souleva le manquement de l'Etat lituanien à son obligation de respecter la clause de la nation la plus favorisée. La municipalité de Vilnius avait autorisé un autre investisseur étranger, pendant la même période, à construire un parking.

Bien que la rédaction de la clause de la nation la plus favorisée du traité ne faisait pas mention des circonstances similaires (*like circumstances*), le Tribunal y fit tout de même expressément référence en indiquant que la comparaison avec un autre investisseur placé dans des circonstances similaires était nécessaire pour constater la violation de la clause. Trois critères furent dégagés pour savoir si un investisseur a subi un traitement discriminatoire par rapport à un autre investisseur placé dans des circonstances similaires. Premièrement, l'autre investisseur doit être étranger (pour l'application de la clause de la nation la plus favorisée en l'espèce). Deuxièmement, les deux investisseurs doivent exercer leurs activités dans le même secteur économique. Enfin troisièmement, les deux investisseurs doivent avoir été traités différemment à moins qu'un objectif légitimement poursuivi par l'Etat justifie un traitement moins favorable en raison de la spécificité de l'investissement.

En l'espèce, après avoir constaté l'élément d'extranéité de l'investisseur, et l'exercice d'activités similaires – la construction et la gestion d'un parking –, les arbitres estimèrent que la préservation historique et archéologique et la protection de l'environnement justifiaient un traitement différencié en raison de la spécificité de l'investissement par rapport à l'autre projet de parking.

Le tribunal intégra les considérations environnementales dans l'interprétation de concepts du droit international des investissements. Ainsi, le principe est l'interdiction de discrimination dans le traitement des investisseurs, étrangers ou nationaux. Mais il est possible de déroger à ce principe si un intérêt public, comme la protection de l'environnement, justifie le traitement différencié.

Cette approche garantit une meilleure intégration des enjeux environnementaux, mais est loin d'apporter des réponses suffisantes aux problématiques environnementales soulevées par les différends. Bien que respectueuse de la marge d'appréciation d'un Etat dans l'exercice de ses activités réglementaires, cette méthode arbitrale des circonstances analogues oblige tout Etat d'adopter un traitement identique en présence d'investisseurs dans une situation comparable. Or, en matière d'atteinte aux milieux, cela peut provoquer des effets néfastes cumulés sur l'environnement si l'on prend l'exemple d'un investisseur étranger qui se voit refuser une autorisation en raison de la pollution résultant de sa potentielle activité. Si un autre investisseur étranger ou national s'est vu délivrer une autorisation pour les mêmes activités, dans les mêmes conditions, l'Etat aurait des difficultés à démontrer que les effets cumulés justifient le traitement différencié.

A l'occasion du différend *Tecmed*²⁰², les arbitres ont considéré que l'investisseur n'avait pas démontré l'existence d'un traitement discriminatoire injustifié en contradiction avec les clauses de traitement national et de la nation la plus favorisée. Ils refusèrent toutefois d'apprécier si l'attribution d'autorisation d'exploitation d'une décharge pour une durée illimitée à des investisseurs étrangers ou nationaux constituait un traitement discriminatoire – le demandeur ayant reçu un permis d'exploitation d'une durée limitée – au motif que les faits s'étaient déroulés avant l'entrée en vigueur du TBI invoqué²⁰³.

Le principe de non-discrimination fonde rarement la condamnation d'un Etat par les tribunaux *Cirdi* après l'adoption ou l'application d'une norme environnementale qui instaurerait un traitement différencié entre un investisseur étranger et un tiers. Cependant, cela ne signifie pas pour autant que les mesures non-discriminatoires adoptés par les Etats dans un souci de protection de l'environnement ne

²⁰² *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

²⁰³ *Ibid.*, paragraphe 181

constituent pas une expropriation, une mesure équivalente à une expropriation ou la violation du standard de traitement juste et équitable²⁰⁴, à l'image de la sentence *Tecmed*.

Cependant, des craintes subsistent quant à l'utilisation des clauses de non-discrimination par les juges face à l'avènement de traités de nouvelle génération intégrant de objectifs environnementaux. Un investisseur étranger, soumis à des obligations environnementales ou à une vigilance accrue en vertu d'un TBI, pourrait toujours invoquer cette clause en comparant la convention applicable à un autre accord bilatéral conclu par l'Etat hôte ne contenant pas de dispositions environnementales. A l'image de l'affaire *Maffezini*, de telles plaintes auraient des chances de réussir et les arbitres écarteraient les dispositions conventionnelles imposant des conditions d'investissement plus strictes²⁰⁵. L'utilisation arbitrale des clauses de non-discrimination assimile les régulations étatiques d'intérêt public à des atteintes subis par les investisseurs étrangers. Il en découle une harmonisation vers le bas des normes de protection de l'environnement au sein des du droit international des investissements.

II. Une interprétation téléologique répulsive pour les obligations étatiques issues du droit international de l'environnement

Composante du droit international général, au même titre que le droit international des investissements, le droit international de l'environnement s'est tout de même heurté à un système juridique plus fermé sur lui-même, l'empêchant ainsi de poursuivre sa finalité. Il convient de s'intéresser à la manière dont les tribunaux d'arbitrage ont accueilli le droit international de l'environnement lors d'interférences normatives issues des règles invoquées par les Etats. Aucune réponse généralisée ne peut être apportée à cause de la variabilité jurisprudentielle des tribunaux du *Cirdi* (B) qui dépend en premier lieu de l'hypothèse de conflits de normes (A).

A. Les hypothèses de tensions normatives entre le droit international des investissements et le droit international de l'environnement

Il se peut que les Etats, en vertu du droit international de l'environnement, aient l'obligation d'adopter une mesure quelconque visant à protéger l'environnement. En effet, bien que le droit international de l'environnement soit majoritairement composé de *soft law*, l'édiction de normes conventionnelles constitue une source de droit à laquelle les Etats sont liés, et est donc susceptible d'engager leur responsabilité internationale. Conséquemment, l'augmentation des plaintes en lien avec des activités ayant une incidence sur l'environnement, devant le *Cirdi*, ne pouvait manquer de provoquer un conflit normatif entre le droit des investissements et le droit de l'environnement, du fait de la mise en œuvre étatique d'une obligation environnementale.

Lorsque les Etats adoptèrent des mesures visant à protéger l'environnement, mais ayant provoqué une atteinte aux droits des investisseurs, ils invoquèrent de plus en plus des normes de droit international pour justifier leurs actions, et tenter ainsi de ne pas se faire condamner. Deux hypothèses d'invocation du droit international de l'environnement lors de différends relatifs à l'investissement peuvent être distinguées. La première, moins courante, est lorsque l'Etat allègue que la violation de ces obligations

²⁰⁴ Bernasconi-Osterwalder, N. & Johnson, L. (Eds.), *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*, *op. cit.*,

²⁰⁵ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 15

issues des traités d'investissement était indispensable à l'exécution d'une obligation du droit international de l'environnement. Ainsi, dans l'affaire *SPP*²⁰⁶, l'Égypte tenta de démontrer que le retrait des autorisations de construction d'un complexe hôtelier accordées à un investisseur étranger était le seul moyen de respecter l'obligation de protéger les pyramides de Gizeh en application de la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* du 16 novembre 1972 (ci-après « *Convention de l'Unesco* »). La seconde, plus fréquente, lorsque l'État tente de justifier une mesure interne de protection de l'environnement par le biais de références au droit international de l'environnement, comme le fit la Lituanie pour justifier la révocation d'un contrat de construction d'un parking susceptible d'affecter un centre historique protégé au titre de la *Convention de l'Unesco*²⁰⁷.

Il est important de rappeler que le règlement des conflits normatifs entre le droit international de l'environnement et le droit international des investissements ne fait pas l'objet d'une jurisprudence stable et déterminée. Ces règlements sont effectués par les arbitres avec des méthodes variables en fonction des circonstances, le plus souvent en recourant à des techniques *ad hoc*²⁰⁸. Le type de violations d'obligations alléguées par les investisseurs a une incidence considérable sur la prise en compte arbitrale des normes de droit international de l'environnement invoquées par les États. L'issue d'une tension normative entre le droit international des investissements et le droit international de l'environnement demeure dès lors incertaine.

B. Les tendances émergentes en matière de règlement des conflits normatifs malgré une jurisprudence instable

Malgré la disparité des approches adoptées par les tribunaux, deux approches générales différentes ont pu toutefois émerger : le refus de regarder les normes internationales environnementales invoquées (1) et une intégration systémique du droit international de l'environnement (2).

1. Une approche hermétique du système de protection internationale des investisseurs entraînant une répulsion des normes environnementales internationales

Le refus des arbitres d'affirmer que des normes de droit international de l'environnement ont vocation à s'appliquer au litige constitue l'exemple le plus extrême de l'assimilation du droit international des investissements à un système juridique autonome fonctionnant en vase clos. Toutefois, il éclaire particulièrement bien la fermeture des arbitres à l'intégration de considérations non-commerciales au terme de l'interprétation téléologique des textes conventionnelles.

La sentence arbitrale *Santa Elena*²⁰⁹ est l'illustration la plus flagrante de l'absence d'égards des arbitres pour les normes du droit international de l'environnement. L'État du Costa-Rica souhaitait créer un parc naturel à Santa Elena, en raison de la grande diversité biologique présente dans cet espace. Il décida

²⁰⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award of May 20, 1992

²⁰⁷ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

²⁰⁸ J. E. Viñuales, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. Protection des investissements », dans Société Française pour le Droit International, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Editions Pédone, Paris, 2010, p. 419

²⁰⁹ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa-Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of February 17, 2000

d'exproprier un investisseur américain qui possédait une partie du territoire concerné par le projet de parc, et sur lequel ce dernier souhaitait construire un complexe touristique. Cependant, les parties étaient en désaccord sur le montant de la compensation, et l'investisseur étranger déposa une plainte devant le Centre.

L'Etat justifia le montant de l'indemnisation accordé à l'investisseur défendeur en invoquant plusieurs conventions du droit international de l'environnement, parmi lesquels la *Convention de l'Unesco*, la *Convention sur la diversité biologique* ou encore la *Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eaux* du 2 février 1971. Cependant, le tribunal ne daigna pas appliquer ces normes environnementales au litige au motif qu'une expropriation pouvait être légitimée par l'objectif de protection de l'environnement mais n'avait pas d'incidences sur la compensation requise. Les arbitres précisèrent que « la source internationale de l'obligation de protéger l'environnement ne fait pas de différences »²¹⁰.

Un tel rejet des normes internationales du droit de l'environnement manifeste une interprétation stricte du droit international des investissements orientée vers la seule protection des valeurs économiques²¹¹. Le droit applicable aux expropriations, sous cette approche, se retrouve imperméable aux obligations internationales de l'environnement, alors que l'adoption de mesures affectant les droits de propriété paraîtraient indispensables en matière de protection des espaces naturels sensibles aux activités anthropiques. Le cloisonnement de la protection de l'environnement dans le critère de la légitimité de l'expropriation, sans l'étendre à l'indemnisation, exclut la question des coûts dissuasifs des mesures adoptées dans l'intérêt public. Or, dans les pays en développement, une telle approche pourrait nuire à la préservation des milieux naturels²¹². En effet, le cœur du contentieux des investissements internationaux réside dans la condamnation ou non de l'Etat à verser une indemnisation à l'investisseur étranger pour le dommage subi. Ces types de différends constituent un risque financier pour les Etats et ils restreignent leur marge de manœuvre d'autant plus si l'application des obligations environnementales n'a pas d'incidence sur le montant accordé aux investisseurs étrangers lésés par la mesure.

La sentence *Santa Elena* a fait figure de précédent fiable pour le *Cirdi*, puisqu'elle a été réutilisée par les arbitres dans d'autres affaires avec des enjeux environnementaux²¹³. Cependant, cette approche, qui confère au droit des investissements une autonomie systémique affectant les intérêts non-commerciaux, n'est pas exclusive. Elle représente même un exemple polarisé de fermeture du droit des investissements aux normes internationales environnementales. Les tribunaux du Centre peuvent également adopter des approches plus conciliantes avec le droit international de l'environnement.

2. L'écllosion d'une intégration systémique à portée limitée des normes de droit international de l'environnement

Une approche systémique du droit international des investissements consiste à le placer dans le cadre juridique du droit international public, afin de le rendre perméable aux intérêts extra-commerciaux²¹⁴. En effet, intégrer les objectifs poursuivis par la communauté internationale autres que ceux de l'accord

²¹⁰ *Idem*, traduction libre du paragraphe 71

²¹¹ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 138

²¹² R. Pavoni, « Environmental Rights, Sustainable Development and Investor-State Case Law : A Critical Appraisal », in P.-M. Dupuy, F. Francioni and E.-U. Pettersman (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford 2009), p. 534-536

²¹³ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 138. Par exemple, Unglaube

²¹⁴ *Ibid.* p. 134

sur les investissements invoqué exprime le caractère englobant du droit international, et permet notamment d'inclure la protection de l'environnement dans les situations arbitrées. Dans cette perspective, lorsqu'une norme du droit international des investissements a tant vocation à s'appliquer à une situation qu'une prescription du droit international de l'environnement, les deux règles doivent s'éclairer l'une l'autre pour déterminer la solution à apporter. L'intégration systémique du droit international de l'environnement dans les différends relatifs à l'investissement étranger représente la polarité opposée de l'approche auto-suffisante du droit des investissements. L'utilisation de l'interprétation systémique par les tribunaux d'arbitrage demeure marginale, même si quelques exemples existent.

Le plus fameux exemple d'intégration systémique effectué par le *Cirdi* est l'affaire *SPP* à propos de la protection des pyramides de Gizeh. Un investisseur britannique dont le siège était à Hong-Kong obtint, de la part de l'Etat égyptien, l'autorisation de construire un complexe touristique à proximité des pyramides. Cependant, en 1978, l'Etat décida de retirer les autorisations délivrées afin de préserver le patrimoine culturel et archéologique menacé par le projet. L'investisseur déposa une requête devant le *Cirdi* en avançant que les mesures prises par l'Egypte constituaient une expropriation de ses investissements en violation avec ses obligations relatives à la protection des investissements étrangers. Mais l'Egypte se défendit en affirmant qu'elle avait adopté de telles mesures pour implémenter son obligation de conservation du patrimoine culturel issue de la *Convention de l'Unesco*. Le tribunal admit expressément l'applicabilité de la *Convention de l'Unesco* au différend. Cependant, il jugea que l'obligation de préserver le site des pyramides n'était née qu'au terme de l'enregistrement du site par le Comité de l'Unesco, en 1979. Il exclut donc tout conflit de normes car les mesures litigieuses étaient antérieures à l'entrée en vigueur de l'obligation, et conclut que l'Egypte avait violé ses obligations de protection des investissements étrangers. Il demeure tout de même important de noter que le tribunal limita les indemnités accordées aux investisseurs sur le fondement de la *Convention de l'Unesco*. Il refusa d'appliquer la méthode d'actualisation des flux futurs de trésorerie qui garantit la compensation du manque à gagner, au motif que le complexe aurait été exploité illégalement à compter de l'entrée en vigueur de l'obligation de préserver le site. Une telle conclusion suggère qu'une obligation internationale de protection d'un espace permet d'exclure l'obligation d'indemniser l'investisseur exproprié²¹⁵.

D'autres sentences ont démontré une ouverture normative du droit international des investissements au droit international de l'environnement. Dans la sentence *Parkerings*²¹⁶, l'obligation de préserver le centre-historique de Vilnius consécutive à la Convention de l'Unesco a permis au tribunal de conclure à l'absence de circonstances comparables. En effet, l'investissement litigieux concernait une zone protégée, à l'inverse de l'investissement servant de base pour la comparaison. Au terme de l'affaire *Maffezini*²¹⁷, les arbitres ont refusé de considérer que la réalisation d'une étude d'impact environnemental avait lésé le plaignant, en partie du fait que les études d'impact environnemental revêtent une importance croissante en droit international, avec mention de la *Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière* du 25 février 1991.

Cependant, le recours arbitral à l'intégration systémique est plutôt rare. Les tribunaux d'arbitrage demeurent réticents à recourir au droit international général et ses principes et coutumes hormis pour renforcer le droit des investissements et éclairer l'interprétation de ses concepts, comme le traitement

²¹⁵ J. E. Viñuales, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. Protection des investissements », *op. cit.*, p. 418

²¹⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

²¹⁷ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of November 13, 2000

juste et équitable. De plus, ils doivent appliquer les règles applicables aux relations entre les parties, comme le prévoit l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 1962. Or, les parties aux différends relatifs aux investissements sont un Etat et une personne privée, alors que les parties aux accords environnementaux multilatéraux ne sont que des Etats. Par conséquent, les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* ont des difficultés à considérer que les conventions internationales portant sur la protection de l'environnement régissent les relations entre les Etats et les investisseurs étrangers.

L'intégration des tensions normatives par les arbitres oscille entre ces deux approches. Cependant, l'interprétation téléologique des traités d'investissement paraît primer. C'est pourquoi une intégration systémique de la protection de l'environnement proviendrait d'une ouverture normative des traités d'investissement, dont la rédaction inclurait davantage le respect des objectifs extra-commerciaux.

Section 2 : La spécificité procédurale de l'arbitrage transnational, un facteur d'intégration chancelante des enjeux environnementaux

La nature de la procédure d'arbitrage du *Cirdi* laisse peu de place à l'intégration des enjeux environnementaux (I), même si un mouvement d'ouverture s'est opéré au cours des deux dernières décennies (II).

I. Un contentieux casuistique tributaire de la subjectivité des arbitres et de la rédaction des sources du droit international des investissements

L'incertitude du degré d'intégration des enjeux environnementaux ou du droit international de l'environnement tient, en premier lieu, aux modalités de désignation des arbitres. Les conditions de constitution des tribunaux autorisent un nombre incalculable de composition juridictionnelle. Les solutions des sentences arbitrales et les méthodologies d'appréciation des violations varieront en fonction des arbitres présents (A). Toutefois, les arbitres restent liés à la rédaction des traités qui organisent un contentieux économique visant l'obtention d'une réparation pécuniaire avant tout (B). Le caractère économique inhérent au droit des investissements exige une orientation des traités vers une intégration plus prononcée des enjeux environnementaux (C).

A. Les opinions dissidentes révélatrices de dissensus juridiques dans les différends environnementaux

Les arbitres, lorsqu'ils rendent leur sentence, ont la faculté d'ajouter des opinions dissidentes. Ces opinions peuvent présenter un certain intérêt pour se démarquer de la majorité lorsqu'une sentence n'a pas été adoptée à l'unanimité.

Au vu des opinions dissidentes émises par certains arbitres, il existe une réelle controverse sur la place à accorder au respect de la souveraineté de l'Etat et à la protection des investisseurs. En matière environnementale, certaines opinions dissidentes ont permis de mettre en évidence les discussions

juridiques sujettes à controverse. Dès lors, un arbitre se manifestera lorsqu'il estime être en désaccord avec l'approche pour laquelle a penché la majorité du tribunal.

Un arbitre pourra se signaler lorsqu'il estime que les intérêts publics protégés par les Etats n'ont pas été assez pris en compte dans la sentence rendue par le tribunal. Dans la sentence *Bear Creek*, le tribunal a refusé de procéder à une intégration systémique en considérant que la *Convention 169 de l'Organisation Internationale du Travail relative aux peuples indigènes et tribaux* du 27 juin 1989 ne créait pas d'obligations pour les investisseurs étrangers²¹⁸. Cependant, l'arbitre désigné par l'Etat défendeur a émis une opinion dissidente arguant que la convention produisait des effets légaux envers les entreprises privées²¹⁹. Ainsi, même s'il appartenait à l'Etat d'instituer un cadre légal garantissant une consultation efficace des communautés indigènes affectées par les activités, l'obligation d'obtenir l'acceptabilité sociale (*social license* en anglais) reviendrait aux entreprises privées en dernier lieu. L'arbitre dissident souhaite dès lors diviser l'indemnisation accordée par deux, car l'investisseur étranger avait contribué à la réalisation du dommage – la survenance de troubles sociaux – en n'adoptant pas les mesures appropriées pour prendre en compte les inquiétudes des communautés locales et acquérir leur confiance.

A l'inverse, lorsqu'un arbitre estime que ses collègues ont adopté une vision nuisible pour la protection des investisseurs étrangers, il le signalera également. Ce fût le cas dans le litige opposant *Phillip Morris* à l'Etat uruguayen avec l'arbitre nommé par le demandeur. Il considérait que la mesure litigieuse – l'obligation de recouvrir 80% d'un paquet de cigarettes par un avertissement sanitaire – était manifestement arbitraire et disproportionnée, et constituait donc un manquement à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable. Également, dans le différend *Burlington*²²⁰, l'arbitre désigné par l'investisseur estimait, contre l'avis de la majorité, que loi fiscale litigieuse était expropriatrice car elle diminuait la valeur de l'investissement total. La législation litigieuse portait sur une taxe d'un taux de 50% sur les profits extraordinaires réalisés par les compagnies exploitant le pétrole.

Bien que ce ne soit pas surprenant, l'émission d'opinions dissidentes ainsi que leur sens permet de confirmer le fait que les arbitres peuvent avoir une tendance à défendre davantage l'intérêt de la partie les ayant désignés. Cependant, le règlement du *Cirdi* prévoit l'hypothèse de récusation d'arbitres manquant à l'obligation d'impartialité et d'indépendance car ils sont dans une situation de conflits d'intérêts, comme ce fût le cas dans l'affaire *Burlington*.

En vertu des articles 37 à 40 de la *Convention de Washington*, à défaut d'accord des parties sur le nombre d'arbitres et le mode de nomination, le Tribunal est constitué de trois arbitres : un désigné par chaque partie, et le troisième, le président du Tribunal, est désigné sur accord des deux parties. Si ces derniers n'ont pas désigné de troisième arbitre au terme de 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général, c'est le président du Conseil Administratif du *Cirdi* qui est chargé de désigner le président du Tribunal sur la liste des arbitres de l'institution.

Ces exemples d'opinions dissidentes mettent en avant le fait que dans des tribunaux d'arbitrage constitués par défaut de trois arbitres, la subjectivité du Président pourrait avoir des chances de faire basculer le sens d'une sentence. Cette remarque reste à prendre avec des pincettes car de nombreux différends ayant une incidence sur l'environnement ont été réglés à l'unanimité.

Cependant, les questions environnementales prennent de plus en plus d'importance, tant en raison de l'augmentation quantitative du contentieux que du lien de plus en plus reconnu entre l'activité des

²¹⁸ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017

²¹⁹ Partial dissenting opinion of Philippe Sands: September 12, 2017

²²⁰ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award of February 7, 2017

opérateurs économiques et leurs impacts. Ainsi, l'opinion dissidente de Philippe Sands, dans laquelle il intègre davantage des questions environnementales en tentant d'élargir le champ de responsabilité des investisseurs, est plus compréhensible à la lumière de sa bibliographie²²¹.

La question des obligations de l'investisseur du fait de son investissement met en exergue le caractère fondamentalement indemnitaire du contentieux.

B. La subordination de l'intégration environnementale à l'objectif des règlements des différends entre investisseurs et Etats : l'octroi d'une réparation

Les sentences arbitrales présentant un lien avec le droit de l'environnement accordent une place considérable à la protection des investisseurs. M. Mahmoud Salah l'explique partiellement par les préjugés idéologiques des arbitres qui ont une vision positive de l'investissement internationale et de son rôle pour le développement dans un contexte d'économie de marché²²². Les tribunaux ont des méthodologies différentes pour se décider sur l'issue d'une sentence. En raison de la volonté de ne pas laisser impunies les atteintes financières subies par les investisseurs, les arbitres, dont la fonction principale est de protéger les droits de propriété des investisseurs étrangers, peuvent avoir des raisonnements inédits et circonstanciés. Or, il en résulte une confusion jurisprudentielle difficile à cerner.

Le manque de cohérence tient en partie à l'enchevêtrement des violations alléguées par les investisseurs, dont certaines servent de fondements pour caractériser d'autres violations. Lorsque les arbitres ne peuvent caractériser la violation d'une obligation précise alléguée par l'investisseur, il arrive qu'ils utilisent la constitution d'un autre manquement pour condamner l'Etat sur le fondement allégué. Ainsi, dans *Tecmed*²²³, les arbitres ont considéré être en présence d'une mesure équivalente à une expropriation du fait de la caractérisation de la violation du traitement juste et équitable. De même, la violation d'une clause parapluie peut servir de fondement à la violation du traitement juste et équitable portant atteinte aux attentes légitimes des investisseurs. En effet, une clause de stabilisation dans un contrat est assimilée à une promesse explicite donnant naissance à des attentes légitimes. La constatation d'une mesure discriminatoire est également susceptible de conduire à une violation du traitement juste et équitable²²⁴.

Il ne faut pas oublier que l'incertitude du degré d'intégration des enjeux environnementaux tient, à titre principal, aux objectifs et à la rédaction des traités d'investissement. En effet, les normes de droit international de l'investissement peuvent s'entremêler jusque dans les traités mais elles servent surtout l'objectif de réparation. Par exemple, le modèle conventionnel américain de TBI précise que l'interférence avec les attentes légitimes de l'investisseur figure parmi les critères permettant de caractériser une expropriation indirecte. Ceci accroît les confusions dans la différenciation entre l'expropriation indirecte et le traitement juste et équitable, mais également par rapport à

²²¹ R. L. Revesz, P. Sands, R. B. Stewart, *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development :the United States, the European Union and the International Community*, Cambridge University Press, 2000, 448 p.

²²² M.M. Mohamed Salah, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », *op. cit.*, p. 391

²²³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003

²²⁴ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

l'autonomisation du respect des attentes légitimes. Mais l'objectif des normes du droit international des investissements, et plus précisément du recours à l'arbitrage, ne change pas : indemniser les investisseurs lésés par les Etats.

La méthodologie de l'octroi des réparations représente l'enjeu économique du différend. La plupart des traités ne prévoit pas les principes gouvernant la quantification des dommages consécutifs à des violations autres que l'expropriation²²⁵. Il appartient aux tribunaux de déterminer la méthode d'évaluation des dommages.

La charge de la preuve du dommage pèse sur le requérant. L'existence du dommage doit être certain, mais il n'en est pas de même avec la quantification des dommages car les pertes futures sont inhéremment difficiles à prouver. La difficulté de prouver un dommage avec précision n'entraîne pas l'impossibilité de leur réparation.

En cas de condamnation, l'enjeu est, pour les Etats, de cantonner la réparation aux dommages subis par l'investisseur, le *damnum emergens*. A l'inverse, les demandeurs espèrent convaincre le tribunal de la nécessité d'obliger les Etats à couvrir le manque à gagner, ou *lucrum cessans*. La méthode d'actualisation des flux futurs de trésorerie (*discounted cash flow method* en anglais) est la plus appliquée pour indemniser le manque à gagner des investisseurs à cause de l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement.

La question s'était posée de savoir si une obligation du droit international de l'environnement vient limiter la réparation accordée à l'investisseur lésée. Aucune réponse certaine n'est venue sécuriser cette situation, avec des affaires aux issues opposées.

« Comme le reconnaissent de nombreux observateurs, les Etats ne gagnent jamais. Ils peuvent seulement ne pas perdre. Seuls les investisseurs obtiennent des dommages-intérêts ; les Etats bénéficient au mieux d'un remboursement des frais. »²²⁶ Bien qu'en théorie, cette remarque devrait être nuancée par la possibilité pour les Etats d'effectuer des demandes reconventionnelles, la pratique ne contredit pas cet acerbé constat. Le seul cas de demande reconventionnelle ayant donné lieu à une condamnation de l'investisseur en matière environnementale a seulement permis de réduire l'indemnisation due par l'Etat²²⁷. Un rééquilibrage de cette asymétrie entre Etats et investisseurs résiderait dans la réécriture des traités d'investissements.

C. La conciliation plus respectueuse de la souveraineté des Etats au sein des traités d'investissements de « nouvelle génération »

Le Canada et les Etats-Unis furent parmi les premiers à conclure des accords prenant mieux en compte les intérêts des Etats hôtes, à cause des sentences défavorables résultant de l'application de l'*Alena*²²⁸.

²²⁵ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s, op. cit.*, p. 53

²²⁶ H. Mann, « ISDS : Who Wins More, Investors or States ? », Investment Treaty News, June 2015, IISD. Disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf>

²²⁷ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award: February 7, 2017

²²⁸ Ces sentences arbitrales n'ont pas toutes été rendues par le *Cirdi*.

Ces types de traités de « nouvelle génération » accordent plus de place au développement durable, et donc à la protection de l'environnement, de la santé publique, ou plus généralement, à la « préservation du pouvoir normatif de l'Etat »²²⁹.

Les accords de nouvelle-génération contiennent des définitions plus précises des standards de protection et traitement des investisseurs afin de « mieux guider le travail interprétatif des arbitres »²³⁰. Il a été vu l'exemple de l'*Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les Etats-Unis d'Amérique et la République dominicaine* qui exclut du champ d'application de l'expropriation indirecte, sauf exceptions, les mesures élaborées et appliquées pour la protection de l'environnement²³¹. Les arbitres qui appliqueront cette norme à un différend seront liés par sa rédaction et ne pourront s'écarter de la doctrine des « pouvoirs de police ».

Cependant, l'objectif de développement durable ou le rappel de la nécessité de protéger l'environnement sont seulement mentionnés dans les préambules. Ainsi, s'ils sont susceptibles d'appuyer un renouvellement des interprétations téléologiques effectuées par les arbitres, il est peu probable qu'elles revêtent une effectivité fondant la reconnaissance de nouvelles obligations pour les investisseurs.

L'Institut International pour le Développement Durable - une ONG disposant d'une expertise en droit économique et cherchant à promouvoir le développement humain et la soutenabilité environnementale - a publié un modèle d'Accord international sur l'investissement pour le développement durable²³² offrant « l'exemple le plus abouti d'instrument conciliant les disciplines du droit des investissements avec les impératifs du développement durable »²³³. En plus de mettre des obligations à la charge des investisseurs pour rééquilibrer les relations entre investisseurs et Etats, le projet d'accord intègre même des concepts du droit de l'environnement ! Ainsi, l'article 12 prévoit que tout investissement ne pourra avoir lieu sans évaluation préalable des impacts environnementaux. L'article 20, quant à lui, dispose que l'Etat ne doit pas libéraliser les mesures de protection de l'environnement en vue d'attirer plus de capitaux étrangers.

Le mouvement d'ouverture aux intérêts extra-économiques opéré par les nouveaux traités d'investissements s'est perpétué par une réelle reconnaissance des tribunaux d'arbitrage d'ouvrir les procédures aux personnes défendant la protection de l'environnement.

²²⁹ M. M. Mohamed Salah, « Le droit des investissements au service du développement durable », dans A. Michelot (dir.), *Justice Climatique – Enjeux et perspectives*, édition Bruylant, 2016, pp. 293-310

²³⁰ S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *op. cit.*, p. 8-9

²³¹ Exemple de l'Annexe 10-C de l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les Etats-Unis d'Amérique et la République dominicaine : « *Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.* »

²³² Institut International pour le Développement Durable, *Modèle d'Accord International sur les Investissements pour le Développement Durable*, Avril 2005, Disponible sur : https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf

²³³ S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *op. cit.*, p. 13

II. La percée des exigences de démocratie environnementales au détriment de l'opacité procédurale propre à l'arbitrage transnational

L'opacité du système d'arbitrage du *Cirdi* a fait l'objet de virulentes critiques émanant de la société civile (A). C'est pourquoi les pressions exercées par les ONG a conduit à une ouverture critiquable des procédures d'arbitrage (B).

A. Un manque de transparence procédurale nuisible pour l'information environnementale

L'arbitrage des différends entre investisseurs et Etats s'inspire des arbitrages commerciaux dont la confidentialité est la clé de voûte. En effet, les parties aux arbitrages commerciaux sont chacune des personnes privées, et l'opacité de la procédure est l'une des raisons pour lesquelles elle est privilégiée, en plus de sa célérité. Elle garantit la préservation du secret des affaires, indispensables à la défense des intérêts économiques des entreprises dans un environnement concurrentiel.

L'absence de transparence se manifeste surtout par le fait que les procédures arbitrales ne sont pas publiques, et les sentences ne sont divulguées que si les parties y consentent. Cependant, tant l'investisseur étranger que l'Etat peuvent être tentés de ne pas ébruiter l'issue du différend auquel ils sont parties. Tandis que le demandeur ne voudra pas créer de mauvaise publicité ou détériorer son image de manière telle à avoir des conséquences négatives sur la consommation de ses produits, notamment dans l'Etat d'accueil, l'Etat défendeur ne souhaitera pas dissuader les détenteurs de capitaux de les exporter vers son territoire ou de les transférer vers un Etat offrant de meilleures garanties.

Cependant, l'opacité des procédures d'arbitrage des différends investisseurs- Etats a fait l'objet de sévères critiques de la part de la société civile, et plus particulièrement des ONG. Le principal reproche est que les arbitrages du *Cirdi*, contrairement aux arbitrages commerciaux, ne sont pas seulement relatifs à des intérêts privés car ils concernent également des intérêts publics, dont la protection de l'environnement.

Dès lors, l'absence de transparence remet en cause l'information des citoyens des matières ayant trait à l'intérêt public, indispensable dans une société démocratique. En effet, lorsqu'un Etat est partie à un différend avec un investisseur, les citoyens peuvent être directement concernés par l'intérêt général en question, à l'image de la protection de l'environnement qui implique la contribution de chaque individu à sa réalisation. Un exemple significatif est la plainte d'un investisseur consécutif à l'application d'une mesure de protection de l'environnement par une autorité nouvellement élue par la population locale afin de poursuivre cet objectif d'intérêt général. La participation des citoyens concernés dans la procédure d'arbitrage, par le biais d'organisations non-gouvernementales, semble donc légitime. Un document de travail de l'OCDE ajoute que « les sentences arbitrales [...] sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur le comportement futur d'un Etat, le budget national et le bien-être des habitants » donc « l'intérêt manifesté par le public pour les différends relatifs aux investissements est compréhensible... »²³⁴.

Le reproche de manque de transparence a été partiellement pris en compte par le *Cirdi*. Ainsi, l'article 32 du *règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du Cirdi* (ci-après « *règlement Cirdi* »)

²³⁴ Cité par E. Loquin, « La coexistence du droit de l'arbitrage d'investissement avec le droit de l'arbitrage commercial international : conflit ou complémentarité ? », dans F. Osman (dir.), *Vers une lex mediterranea des investissements*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 252

en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006 permet en principe à des personnes tierces d'assister à l'audience, sauf opposition des parties. Cette avancée s'inscrit dans la perspective plus large de vitrification des procédures d'arbitrage, comme le démontre l'adoption de la *Convention des Nations unies sur la transparence dans l'arbitrage conventionnel entre investisseurs et Etats* du 10 décembre 2014.

Plus spécifiquement, en matière de protection de l'environnement, l'opacité de l'arbitrage transnational entre en tension avec le droit conventionnel d'accéder aux informations environnementales reconnus notamment par la *Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière environnemental* du 25 juin 1998. Dès lors, il convient de s'intéresser au rôle que peuvent jouer les ONG pour obtenir un certain équilibre entre l'information du public et la préservation du secret des affaires.

B. L'ouverture dérisoire de l'arbitrage aux interventions des défenseurs de l'intérêt collectif de protection de l'environnement

La société civile, et plus particulièrement les ONG de protection de l'environnement, jouent un rôle prépondérant dans l'élaboration et l'application du droit international et national de l'environnement, comme le reconnaît la *Convention d'Aarhus* dans son préambule²³⁵. Par l'intérêt collectif qu'elles défendent, elles se trouvent concernées par les différends relatifs aux investissements ayant une incidence sur l'environnement ou afférents au droit de l'environnement. C'est pourquoi des associations internationales de protection de l'environnement sont progressivement intervenues dans des différends investisseurs-Etats depuis les modifications du *règlement Cirdi* visant à accroître la transparence des procédures, notamment en facilitant l'apport de contributions extérieures.

L'article 37 du *règlement Cirdi* tel que modifié en 2006 permet aux tribunaux du *Cirdi* d'accepter les contributions d'ONG en tant qu'*amicus curiae* (« parties non-contestantes » dans le *règlement Cirdi*). Il leur est ainsi autorisé de rédiger des mémoires sur les questions d'intérêt public soulevées par le différend. Les écritures des *amici curiae* éclairent les arbitres sur l'interprétation de certaines clauses du droit international des investissements. Elles portent aussi à la connaissance des arbitres les positions du public ou de certaines composantes de la société civile sur les questions de protection de l'environnement, lorsque ces perspectives diffèrent de celles des parties à l'arbitrage.

L'un des premiers exemples d'admission de contributions des ONG promouvant la protection de l'environnement est le différend opposant l'Etat tanzanien à la société *Biwater Gauff*²³⁶. L'Etat décida de révoquer un contrat d'assainissement, de distribution de l'eau et de traitement des eaux usées, avec un investisseur néerlandais car ce dernier ne remplissait pas ces obligations contractuelles. L'admission du droit d'associations de protection de l'environnement d'apporter des contributions permit au tribunal de consacrer l'intérêt public connexes aux différends entre investisseurs et Etats. En reconnaissant l'aspect transdisciplinaire du droit international des investissements, les tribunaux assurent une prise en compte élargie des problématiques tels que le développement durable, le respect des droits de l'Homme et la protection de l'environnement.

²³⁵ « Reconnaissant en outre le rôle important que les citoyens, les organisations non gouvernementales et le secteur privé peuvent jouer dans le domaine de la protection de l'environnement »

²³⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of July 24, 2008

La pratique démontre que l'influence des ONG demeure limitée, et n'a pas amorcé le revirement escompté en matière de prise en compte de l'intérêt public de protection de l'environnement²³⁷. Tout d'abord, il ne suffit pas que l'organisation démontre avoir un intérêt à agir, elle doit aussi justifier l'intérêt de sa contribution pour le règlement du litige. Il n'y a pas de conditions exhaustives et déterminées à propos de l'admission des ONG comme *amicus curiae*. L'article 37 prévoit seulement un faisceau d'indices des considérations que peut aborder le tribunal pour déterminer si la demande d'une ONG est admissible : point de vue distinct des parties, contribution portant sur une question soulevée par le litige, intérêt significatif de la contribution... La rédaction vague de l'article 37 confère une marge d'appréciation « quasi-discrétionnaire » aux arbitres pour décider qui est admissible ou non comme *amicus curiae*, en fonction des circonstances matérielles du différend²³⁸.

Lorsque les mémoires en intervention sont admis, la principale difficulté tient aux prérogatives limitées accordées par le statut de « partie non-contestante ». La qualité d'*amicus curiae* ne confère pas de droit d'assister aux audiences en l'absence du consentement des parties, ni d'accéder aux pièces du dossier. Les interventions éclairent ainsi le tribunal sur des considérations d'ordre général, mais les apports sur la spécificité du litige au regard de l'intérêt collectif défendu se trouvent limités.

Le contentieux du droit de l'environnement se distingue par son lien étroit avec la technicité scientifique des litiges. L'augmentation quantitative des différends entre Etats et investisseurs ayant un lien avec l'environnement oblige les arbitres à apprécier la matérialité des faits, et par conséquent, saisir la technicité du litige. Dès lors, la société civile, et plus particulièrement les ONG agissant pour la protection de l'environnement, auront un important rôle à jouer pour apporter leur expertise à des arbitres profanes. Un tribunal du *Cirdi* saisit sur le fondement de l'*Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les Etats-Unis d'Amérique et la République dominicaine* dût vérifier s'il était en présence d'une zone humide puis, si cette zone humide avait subi des dommages, afin de déterminer si l'Etat avait violé les clauses d'expropriation et de traitement juste et équitable²³⁹.

Les contributions des tiers à l'instance pourraient participer au décloisonnement des arbitrages du Centre, en garantissant une approche systémique du droit international des investissements. Cependant, il semblerait que seul un changement d'attitude des arbitres combiné à une évolution textuelle garantirait l'ouverture des règlements des différends relatifs aux investissements au droit international de l'environnement. Dans l'affaire *Pac Rim*²⁴⁰, le Centre du Droit International de l'Environnement a tenté d'apporter un mémoire dans lequel il indiquait que les obligations internationales du Salvador en matière de droits de l'Homme et de protection de l'environnement appuyaient les mesures de protection de l'environnement prises concernant un projet de mines. Cependant, les arbitres refusèrent d'admettre l'organisation comme *amicus curiae* car les parties n'avaient pas manifesté de consentement pour divulguer les pièces du dossier.

« L'impression qu'il est difficile de ne pas ressentir est que l'on a cédé pour donner une légère satisfaction aux associations et diminuer la pression qu'ils exercent, sans croire vraiment à l'utilité de

²³⁷ M.M. Mohamed Salah, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », *op. cit.*, p. 393

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID case n° UNCT/15/3, Award of September 18, 2018

²⁴⁰ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award of October 14, 2016

leur apport à l'administration de la justice arbitrale »²⁴¹. La subjectivité des arbitres, privilégiant le respect des intérêts économiques à l'intégration d'enjeux extra-commerciaux, semble être un obstacle difficile à surmonter pour les ONG. Cela amène certains auteurs à se questionner si les tribunaux ne manifestent pas un certain cynisme en admettant les contributions extérieures afin de mieux légitimer une compétence controversée²⁴².

Après avoir abordé la manière dont les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* appréhendent la finalité du droit de l'environnement dans leurs sentences, il convient de s'intéresser dans quelle mesure la jurisprudence arbitrale affecte l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement au sein des ordres juridiques internes.

²⁴¹ V. P. Mayer, « Les arbitrages CIRDI en matière d'eau » dans SFDI, colloque d'Orléans, *L'eau en droit international*, édition Pédone, 2011, p. 183, cité par M.M. Mohamed Salah, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », *op. cit.*, p. 394

²⁴² M.M. Mohamed Salah, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », *op. cit.*, p. 394

PARTIE 2 : L'« économisation » préoccupante du droit de l'environnement par le biais du droit international des investissements

Malgré la nécessité d'une action internationale coordonnée face aux problèmes environnementaux systémiques comme l'érosion de la biodiversité, le droit de l'environnement national constitue l'échelon privilégié de protection de la biosphère par les Etats, en raison de leur souveraineté sur les ressources naturelles localisés au sein de leurs territoires.

Dorénavant, il convient d'aborder comment la jurisprudence arbitrale du *Cirdi*, et plus largement le droit international des investissements, insère des considérations économiques globales dans l'élaboration et l'application du droit de l'environnement.

La jurisprudence arbitrale du *Cirdi* constituera la base de comparaison des rétroactions du droit international des investissements dans l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement. Cependant, en regardant sous l'angle du degré de protection de l'environnement, cette comparaison sert de plafond dans la souveraineté normative et opérationnelle des Etats. En effet, les tribunaux du *Cirdi* sont les juridictions d'arbitrage transnational qui garantissent la plus grande prise en compte de l'intérêt public poursuivi par l'Etat. Son taux de sentences favorables aux investisseurs (un peu plus de 50 %) est inférieur à celui de tous les arbitrages transnationaux confondus (60%)²⁴³, alors qu'il concentre une part importante des différends relatifs aux investissements. Les Etats ne peuvent donc adopter un droit de l'environnement plus ambitieux que ce que permet la jurisprudence du *Cirdi* concernant les effets économiques sur les investisseurs étrangers s'ils ne veulent pas voir leur responsabilité internationale engagée. Mais ils peuvent être condamnés devant d'autres juridictions arbitrales pour un exercice de leur souveraineté qui aurait été conforme à la jurisprudence du Centre.

Etant donné le caractère transnational des différends, et la multitude de droits de l'environnement nationaux impliqués, il sera effectué une analyse qui fera majoritairement référence au droit de l'environnement français. Ce choix apparaît d'autant plus pertinent qu'il applique en grande partie du droit européen dont l'application dans d'autres Etats membres a donné lieu à des différends relatifs aux investissements.

L'élaboration et l'application du droit de l'environnement se voit être grandement influencé par les investisseurs étrangers (Chapitre 1). Cette influence soulève la problématique rencontrée par les Etats dans la protection de l'environnement en raison de leur positionnement dans l'économie mondialisée, qui mène à l'assimilation du droit de l'environnement à un coût (Chapitre 2).

²⁴³ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2018, *op. cit.*, p. 20

Chapitre 1 : L'interférence des investisseurs étrangers dans les mécanismes de démocratie environnementale

Le principe 10 de la *Déclaration de Rio* consacre la nécessité « d'assurer la participation de tous les citoyens concernés » comme la « meilleure façon de traiter les questions d'environnement ». La qualité de l'environnement concerne tous les individus, et nécessite leur contribution pour ne pas être détérioré. C'est pourquoi, dans un contexte politique démocratique, les Etats doivent mettre en œuvre des mécanismes propres à assurer l'exercice par les citoyens de leurs droits dans l'élaboration du droit de l'environnement. L'accès aux informations relatives à l'environnement doit permettre aux citoyens d'être dûment renseignés sur la qualité de l'environnement dans lequel ils vivent, afin d'améliorer leur participation aux « processus de prise de décision »²⁴⁴. Le principe 10 ajoute que les citoyens doivent également disposer d'un « accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours ».

Le principe de participation connut quelques reconnaissances au sein de conventions sectorielles, à l'image de l'article 4 alinéa 1 de la *Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique*. La véritable consécration des mécanismes de démocratie environnementale intervint avec l'adoption de la *Convention d'Aarhus* mise au point par la Commission économique pour l'Europe des Nations-Unies. Ce traité vise à ce que les Etats parties garantissent les droits d'accès à l'information, de participation du public à la prise de décision et d'accès à la justice sur l'environnement. Le préambule permet d'éclairer l'objectif des droits procéduraux reconnus par le traité : « les citoyens doivent avoir accès à l'information, être habilités à participer au processus décisionnel et avoir accès à la justice en matière d'environnement » « afin d'être en mesure de faire valoir » « le droit de vivre dans un environnement propre à assurer sa santé et son bien-être ».

Aujourd'hui, les principes d'information, de participation et d'accès à la justice constituent des « principes clés »²⁴⁵ du droit international de l'environnement, ainsi que du droit interne de l'environnement des Etats signataires des traités de démocratie environnementale²⁴⁶. Il est par conséquent important d'aborder comment la situation juridique transnationale des investisseurs étrangers, et leur protection accordée par le droit international, interfèrent avec les droits des personnes concernées par les décisions ayant une incidence sur l'environnement.

Il sera vu dans un premier temps comment l'application du droit international des investissements par les tribunaux du *Cirdi* confère un poids particulier aux investisseurs étrangers dans l'élaboration et l'application du droit de l'environnement, au détriment des droits à l'information et à la participation des communautés locales (Section 1). Dans un second temps, il conviendra de s'intéresser sur la manière dont l'accès des investisseurs étrangers à une juridiction internationale exclusive nuit à l'accès à la justice en matière d'environnement, d'ores et déjà considéré comme le « parent pauvre »²⁴⁷ des principes de démocratie environnementale (Section 2).

²⁴⁴ Principe 10 de la *Déclaration de Rio*

²⁴⁵ J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, Droit international de l'environnement, *op.cit.*, p. 168

²⁴⁶ Comme l'illustre l'inscription des principes d'information et de participation du public dans le bloc de constitutionnalité français à la suite de leur reconnaissance au sein de l'article 7 de la *Charte de l'environnement*

²⁴⁷ J.-M. Lavieille, H. Delzangles, C. Le Bris, Droit international de l'environnement, *op.cit.*, p. 184

Section 1 : Le renforcement des droits environnementaux procéduraux des investisseurs étrangers au détriment des communautés locales

L'objet des droits à l'information et la participation du public est d'améliorer la qualité des processus décisionnels ayant une incidence sur l'environnement, « sensibiliser le public aux problèmes environnementaux » et lui donner « la possibilité d'exprimer ses préoccupations », tout en légitimant davantage les décisions des autorités publiques. A cet égard, le droit international des investissements complète les dispositions internationales et nationales en assurant une protection supplémentaire de ces droits à l'égard des investisseurs étrangers (I). Mais l'amélioration de la prise de décision doit servir la protection de l'environnement. Le privilège accordé à la prise en compte des intérêts des investisseurs étrangers dans l'élaboration et l'application du droit de l'environnement, en vertu du droit international des investissements, nuit à l'exercice des droits d'information et de participation des communautés locales (II).

I. La garantie d'une prise en compte des intérêts des investisseurs étrangers lors de l'élaboration et l'application du droit de l'environnement

Le droit international des investissements peut servir la démocratie environnementale en évitant que les droits à l'information et à la participation des investisseurs étrangers ne soient bafoués par les Etats (A). La veille du *Cirdi* sur le respect des droits procéduraux des investisseurs étrangers par les Etats n'est cependant pas motivée par la mise en œuvre du droit à un environnement sain, et découle donc sur des conséquences environnementales opposées en fonction de l'investissement protégé (B).

A. L'étroite convergence des exigences du droit international des investissements avec les obligations d'accès à l'information et de participation du public

Les investisseurs étrangers doivent être dûment informés par les autorités publiques des évolutions législatives ou réglementaires susceptibles d'affecter les revenus tirés de leurs activités. Une mauvaise information des évolutions du droit de l'environnement applicables à une activité peut entrer en confrontation avec les attentes légitimes d'un investisseur ou constituer une modification trop drastique du cadre juridique. Cela rentre dans l'obligation de transparence, inhérente au standard de traitement juste et équitable comme l'a rappelé le tribunal de l'affaire *Crystallex*²⁴⁸. La mise en œuvre de l'obligation de transparence contraint l'Etat à organiser la communication des décisions environnementales concernant directement les investisseurs étrangers – à l'image des décisions relatives à des autorisations ICPE en France -, notamment à travers un système de notifications, ce qui permet de respecter le droit des investisseurs étrangers d'être informés.

Les investisseurs étrangers doivent également disposer de tous les renseignements sur l'état de l'environnement et les risques pouvant toucher leurs activités, et au titre duquel ils ont droit à une protection en application du standard de pleine et entière protection et sécurité.

Au terme de l'affaire *Crystallex*, il ressortait que l'exigence de transparence est indispensable pour identifier si la décision ayant une incidence sur l'environnement et affectant un investisseur – en l'espèce, le refus du Ministère de l'environnement vénézuélien de délivrer une autorisation

²⁴⁸ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award of April 06, 2016

environnementale d'exploitation d'une mine d'or – est bien justifiée par des études scientifiques. A défaut, il constitue un comportement arbitraire de la part de l'Etat. Le droit d'accès à l'information et à la participation permet d'éviter les comportements arbitraires des Etats.

Les exigences étatiques en matière de participation du public impliquent l'obligation de laisser les investisseurs étrangers apporter leur contribution à l'élaboration du droit de l'environnement, ainsi qu'à son application. Une collaboration entre l'Etat et l'investisseur étranger dans l'élaboration et l'application du droit de l'environnement est un gage d'une décision respectueuse des intérêts de l'investisseur, conformément aux prescriptions du droit international des investissements. Cela permet à l'Etat d'anticiper quels sont les investisseurs étrangers concernés par les effets d'une mesure environnementale. Les investisseurs potentiellement affectés ne pourront se manifester que grâce à une information pleine et complète des évolutions juridiques pouvant survenir.

Ainsi lorsque le droit de l'environnement est élaboré en partenariat avec les investisseurs étrangers, ces derniers bénéficient de la faculté de faire connaître leurs intérêts. Il est ainsi possible de trouver des arrangements lorsqu'une norme ou une décision environnementale lèse la valeur de l'investissement, en violation avec les obligations internationales en matière d'investissements.

Historiquement, en droit français, avant la consécration en droit international, les premières procédures de participation concernèrent l'expropriation, avant d'inspirer le droit de l'environnement. Le transfert d'une propriété privée vers le domaine étatique exigeait, depuis la *loi du 08 mars 1810 sur l'expropriation*, la réalisation d'une enquête publique pour permettre au propriétaire de s'exprimer sur l'opportunité d'une expropriation et défendre son droit de propriété. Puis, à compter de la *loi du 07 juillet 1833 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*, une enquête publique dite de « *commodo et incommodo* » devait être effectué pour permettre au public d'être informé sur l'utilité de l'expropriation pour l'intérêt général.

Les questions de participation du public se retrouvent fortement liées aux procédures d'expropriations, c'est pourquoi les tribunaux du *Cirdi*, et plus généralement, le droit international des investissements, constituent une garantie supplémentaire du respect de la participation des investisseurs étrangers aux expropriations directes ou indirectes effectuées en vue de protéger l'environnement. En effet, l'expropriation doit être réalisée en respectant les garanties légales prévues par le droit interne²⁴⁹. De plus, il existe des accords d'investissement qui imposent le respect du traitement juste et équitable lors d'une expropriation, ce qui oblige l'Etat à agir de manière transparente en laissant l'exproprié défendre ses droits. Toute expropriation réalisée sans informer et laisser participer l'investisseur étranger concerné ne répondra pas aux conditions de licéité internationale de la mesure, et engagera la responsabilité internationale de l'Etat.

Tout manquement étatique aux obligations de démocratie environnementale peut être sanctionné par le *Cirdi*, s'il constitue une violation d'une clause d'un accord relatif aux investissements. Par conséquent la responsabilité internationale de l'Etat se retrouve engagée. C'est pourquoi la jurisprudence arbitrale des tribunaux du Centre assure la mise en œuvre des droits procéduraux environnementaux en faveur des investisseurs étrangers.

Cependant, les droits procéduraux que sont l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice n'ont pas de valeur universelle, et ne concernent pas tous les Etats. En effet, le principal traité international prescrivant les exigences de démocratie environnementale, la *Convention d'Aarhus* concerne principalement des pays européens parmi les 39 signataires, dont l'Union européenne. Malgré son ouverture multilatérale à tout Etat, elle n'a pas rencontré le succès escompté, même si certains pays

²⁴⁹ *Supra.*, p. 28

tel que le Kazakhstan ont décidé d'y adhérer. Un mouvement d'extension internationale de ces droits a été amorcé, entre autres, par l'*Accord régional sur l'accès à l'information, la participation publique et l'accès à la justice à propos des questions environnementales en Amérique latine et dans les Caraïbes du 04 mars 2018* (ci-après « Accord d'Escazú »), adopté par 24 Etats d'Amérique centrale et du Sud. Toutefois, de nombreux Etats, surtout en développement, ne demeurent pas liés par les traités relatifs à la démocratie environnementale. A cet égard, l'interprétation des clauses de droit international des investissements converge avec les obligations issues de la démocratie environnementale. Les tribunaux du *Cirdi* garantissent ainsi, de manière indirecte, l'octroi concret, par tous les Etats signataires de la *Convention de Washington*, des droits d'accès à l'information et de participation à l'élaboration des décisions ayant une incidence sur l'environnement.

Toutefois, la convergence des obligations étatiques de transparence avec les obligations étatiques d'octroi des droits environnementaux procéduraux doit être sérieusement nuancée par l'objectif de ces droits. Les premiers servent la protection de la propriété privée des investisseurs étrangers tandis que les seconds visent à mettre en œuvre le droit à un environnement sain. L'extension indirecte des droits environnementaux procéduraux ne doit pas occulter son application limitée aux investisseurs étrangers, ce qui ne va pas sans conférer des avantages pouvant être jugés excessifs à ces derniers lors de l'élaboration de décisions ayant une incidence sur l'environnement. La mise en œuvre, par les investisseurs étrangers, des droits procéduraux environnementaux dans l'objectif de protéger son investissement peut dès lors contrevenir au droit à un environnement sain des populations locales.

B. La contribution privilégiée des investisseurs étrangers à l'évolution du droit de l'environnement, un gage écologique ambivalent dépendant de l'orientation de l'investissement

La jurisprudence arbitrale du *Cirdi* oblige l'Etat à respecter les intérêts des investisseurs étrangers dans l'élaboration et l'application du droit de l'environnement, notamment en leur accordant la possibilité de participer à la décision environnementale et d'être informés. Lorsqu'un investisseur étranger est menacé d'être lésé par une évolution juridique diminuant l'intensité de protection de l'environnement, il a la possibilité d'appuyer le principe de non-régression grâce à des arguments économiques (1). A l'inverse, lorsqu'une amélioration du niveau de protection de l'environnement peut porter atteinte à ses intérêts, il défendra alors l'immobilisme de la législation environnementale (2). L'ambivalence de la situation des investisseurs étrangers sera illustrée par les politiques entreprises par les Etats pour assurer une transition énergétique conforme aux objectifs de lutte contre le changement climatique.

1. *La contribution des investisseurs étrangers à l'efficacité économique du principe de non-régression*

Le principe de non-régression est un principe relativement nouveau en droit de l'environnement, défini dans un premier temps par la doctrine, avant de reconnaître une consécration juridique en droit français notamment. L'article L. 110-1 du code de l'environnement dispose que « la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ». En théorie, l'application de ce principe mène à une prohibition des modifications juridiques réduisant le niveau de protection de l'environnement. Etant donné le caractère

parfois contradictoire des politiques économiques et environnementales, ce principe constituerait un garde-fou pour éviter une dégradation de l'environnement au profit de la croissance économique.

L'orientation progressive de l'économie vers la transition écologique et énergétique confère un rôle particulièrement intéressant aux investisseurs étrangers, affectés par une éventuelle régression environnementale, pour appliquer ce principe. Le droit international des investissements confère la possibilité pour les investisseurs étrangers de défendre des législations environnementales modifiées en défaveur de la protection de la nature. Ils contribuent ainsi à l'efficacité économique du principe de non-régression.

Cependant, ils doivent se trouver dans une situation où ils ont obtenu des avantages financiers ou effectuer leurs activités grâce à une législation favorable à la protection de l'environnement. Ainsi, lorsqu'une régression environnementale a lieu, tel que l'abaissement de seuils d'autorisation ou la fin d'aides publiques visant à promouvoir une économie « verte », la défense des intérêts des investisseurs étrangers et la protection de l'environnement convergent.

L'Espagne, l'Italie et la République tchèque, dépassés par le succès des politiques énergétiques mises en œuvre afin de promouvoir l'exploitation des sources d'énergies renouvelables, durent mettre fin aux avantages accordés aux entreprises en raison de la crise financière de 2008. Malgré la souveraineté de la décision et la nécessité d'adapter les finances publiques aux difficultés survenues, la fin de ces promotions marquait une régression dans la transition énergétique.

Le but des politiques de promotion des énergies renouvelables est de rendre leur exploitation plus attrayante pour les opérateurs économiques privés, parmi lesquels se trouvent des investisseurs étrangers, afin d'orienter les capitaux dans la production d'énergie « verte ». Les aides publiques et des avantages fiscaux furent accordés afin que les rendements des exploitations de sources d'énergies renouvelables soient compétitifs avec ceux des centrales utilisant des sources d'énergies fossiles. Les opérateurs économiques privés effectuant des investissements dans le but de maximiser leurs profits, les mécanismes incitatifs garantissent une orientation des capitaux de production vers des activités économiques compatibles avec les objectifs de protection de l'environnement poursuivis par les gouvernements, en l'espèce la lutte contre le changement climatique²⁵⁰.

Les trois Etats durent faire face à une vague de requêtes en arbitrage transnational de la part d'investisseurs étrangers effectuant leurs activités dans le domaine des énergies renouvelables. L'Espagne devint partie à 41 différends, parmi lesquels 28 devant un tribunal du *Cirdi*, l'Italie fit l'objet de 8 plaintes donnant lieu à un arbitrage, dont 6 devant le Centre, et la République tchèque 9 (mais aucune plainte auprès du *Cirdi*)²⁵¹.

L'exercice du troisième pilier du triptyque de la démocratie environnementale, l'accès à la justice, par les investisseurs étrangers, aurait pu être évité en associant activement les investisseurs étrangers à la prise de décision en matière de politiques énergétiques. Le droit international des investissements garantit ainsi l'obligation d'indemniser les investisseurs étrangers lésés en cas de régression juridique environnementale, procède à une certaine forme d'internalisation des coûts et constitue un facteur dissuasif.

²⁵⁰ Il ne faut pas pour autant passer sous silence les impacts écologiques des sources d'énergies renouvelables (les impacts des éoliennes sur l'avifaune par exemple), qui tendent principalement à lutter contre le changement climatique en réduisant les émissions de gaz à effet de serre.

²⁵¹ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s, op. cit.*, p. 16-17

Les activités économiques contribuant à l'amélioration de la qualité de l'environnement, tel que la dépollution (notamment le démantèlement des installations nucléaires de base), la gestion des déchets, le transport de mobilités douces ou encore l'assainissement et le traitement de l'eau sont amenés à connaître « une vive croissance » dans les années qui vont suivre²⁵². Dès lors, protéger les intérêts des investisseurs étrangers actifs dans ces domaines garantirait l'absence de régression environnementale, en les laissant participer à l'élaboration des décisions. A défaut, ils disposeraient toujours de la possibilité d'agir devant les arbitres transnationaux.

Cependant, les actions entreprises par les investisseurs étrangers, tel que *Eiser* contre l'Espagne²⁵³, visaient à protéger leurs investissements et obtenir le manque à gagner consécutif à la régression environnementale, et non à condamner l'Etat en raison de ses choix environnementaux. D'après l'étude empirique des sentences arbitrales du *Cirdi*, la protection des investissements étrangers contrevient majoritairement à une amélioration du niveau de protection juridique de l'environnement. Le Traité de la Charte sur l'Energie, qui a servi de fondement devant les tribunaux d'arbitrage contre l'Espagne, l'Italie et la République tchèque, exprime particulièrement bien cette ambivalence.

2. La contribution des investisseurs étrangers au verrouillage de l'amélioration du niveau de protection offert par le droit de l'environnement

Les investisseurs étrangers sont également en mesure d'accéder à des informations pertinentes et de participer à l'élaboration de décisions ayant une incidence sur l'environnement lorsqu'ils veulent empêcher tout changement qui contreviendrait à leurs intérêts, conventionnellement protégés. La modification de la loi n°2017-1839 du 31 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et l'environnement (ci-après « *loi Hulot* ») illustre les moyens dont disposent les investisseurs étrangers pour obtenir la protection de leurs intérêts lors de l'élaboration d'une législation visant à améliorer la protection de l'environnement.

Afin de mettre en œuvre les accords de Paris et l'objectif de limitation de l'augmentation des températures à 2°C, la France, et plus précisément le Ministre de la Transition écologique et solidaire, souhaite mettre un terme à l'exploitation des hydrocarbures sur son territoire d'ici 2040. Le nom du premier chapitre du projet de loi est on ne peut plus explicite à propos de l'objectif de protection de l'environnement : « arrêt de la recherche et de l'exploitation des hydrocarbures dans le cadre de la lutte contre les changements climatiques en application de la lutte contre les changements climatiques en application de l'Accord de Paris ». Le projet de loi mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et l'environnement fût transmis pour avis au Conseil d'Etat, conformément à l'article 39 de la Constitution du 04 octobre 1958.

C'est lors de la préparation de l'avis du 1^{er} septembre 2017 que le Conseil d'Etat reçut des contributions extérieures, parmi lesquelles l'une mandatée par un investisseur canadien²⁵⁴, la société Vermilion REP,

²⁵² J. Gadrey, « Réconcilier l'industrie et la nature », *Le Monde Diplomatique*, juillet 2019

²⁵³ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award of May 04, 2017

²⁵⁴ SCP Pivnica et Molinié, *Observations sur le projet de loi relatif à l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures*, voir en annexe, p.123-128

producteur principal d'énergie fossile dans le pays « avec une production qui représente près de 75% du pétrole national »²⁵⁵. La lettre en question affirmait que les dispositions relatives à l'interdiction de la prolongation des concessions de mines d'hydrocarbures ou gazeux violait les clauses du *Traité sur la Charte de l'énergie*.

Cependant, le Conseil d'Etat amenda le projet de loi au motif que les dispositions ne méconnaissaient que la Constitution. Dans l'*avis n° 393503 sur un projet de loi mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement*, la section des travaux publics amende les dispositions relatives à l'interdiction de la prolongation des concessions de mines dans un sens favorable aux producteurs d'hydrocarbures. Cette refonte se fonde sur la garantie des droits portant atteinte aux situations légalement acquises, à laquelle peuvent être portées les seules atteintes justifiées par un motif d'intérêt général suffisant, en vertu de l'article 16 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. L'avis du Conseil d'Etat, selon lequel la « limitation du réchauffement climatique », en tant qu'objectif d'intérêt général, n'est « pas suffisant pour justifier l'arrêt immédiat de toutes les exploitations en cours »²⁵⁶ est en lui-même discutable, car il appartient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'interprétation des normes constitutionnelles et de mettre en balance les atteintes à un droit avec sa protection.

Bien que la modification du projet de loi soit justifiée par les considérations constitutionnelles, il apparaît clairement que l'investisseur étranger ayant apporté une contribution insistait sur l'illicéité de la mesure au regard du *Traité sur la Charte de l'Energie*. Il n'est donc pas improbable qu'un maintien du texte en l'état par le Conseil des ministres auraient débouché sur le dépôt d'une plainte devant le *Cirdi* par la société Vermilion REP. En effet, le gouvernement n'est pas lié par l'avis du Conseil d'Etat, et il aurait pu attendre un éventuel mais plausible²⁵⁷ passage du texte devant le Conseil constitutionnel pour déterminer si l'atteinte aux droits acquis étaient disproportionnées ou non compte-tenu de l'objectif de lutte contre le changement climatique. Or, même une décision du Conseil constitutionnel validant cette mesure n'aurait pas été en mesure d'écarter le risque d'une condamnation par un tribunal d'arbitrage transnational. C'est pourquoi, étant donné le risque financier, il est difficile de penser que le gouvernement français n'a pas du tout pris en compte un potentiel arbitrage couteux pour les finances publiques²⁵⁸. En effet, le *Traité sur la Charte de l'énergie européenne* a constitué le fondement d'autres affaires ayant trait à un changement de la politique énergie d'un pays, comme l'illustre le différend entre l'Allemagne et Vattenfall, dont la réclamation d'une indemnisation de 6,1 milliards d'euros fait suite de la décision d'abandonner le recours à l'énergie nucléaire²⁵⁹.

Quand l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement porte atteinte aux intérêts des investisseurs étrangers, les mécanismes de démocratie environnementale que sont l'accès à l'information et la participation constituent des voies privilégiées pour la protection des investissements.

²⁵⁵ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 35

²⁵⁶ Section des travaux publics, Conseil d'Etat, *Avis n° 393503 sur un projet de loi mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement*, séance du 1^{er} septembre 2017, p. 3 et p. 4

²⁵⁷ A défaut d'un contrôle a priori du texte par le Conseil Constitutionnel, une société aurait toujours disposé de la possibilité d'effectuer une question prioritaire de constitutionnalité lors du refus de prolongation d'exploitation d'une concession d'hydrocarbures

²⁵⁸ *Infra.*, p. 92

²⁵⁹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No.ARB/12/12, pending ; Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 58

Il a été vu le large spectre de mesures environnementales susceptibles de fonder le dépôt d'une plainte devant le *Ciradi*²⁶⁰. La participation des investisseurs étrangers peut donc freiner le degré de protection de l'environnement à une multitude d'échelons, du national au local. L'exemple des contributions antérieures à l'amendement de la *loi Hulot* est devenu de notoriété publique grâce à l'exercice du droit à l'information environnementale par l'ONG Les Amis de la Terre France²⁶¹. Mais les informations relatives à l'application du droit de l'environnement et les contributions d'investisseurs étrangers demeurent plus difficiles à obtenir car elles sont détenues par des autorités locales ou spécialisées bien plus nombreuses – et donc plus difficiles à identifier-, et peuvent également revêtir le caractère d'information non-communicable car elles portent atteinte au « secret en matière commerciale et industriel »²⁶² de l'investisseur étranger.

Le principal point de la force argumentative des investisseurs étrangers est l'accès exclusif à une justice privée transnationale en cas d'absence de prise en compte de ces intérêts, ou d'une considération jugée insuffisante. La possibilité de recourir à une procédure de règlements des différends alternative aux juridictions nationales apparente les contributions des investisseurs étrangers à une forme de « menace »²⁶³. Lorsque les investisseurs étrangers soulignent l'atteinte à leurs propriétés comme des méconnaissances du droit international des investissements, ils sont clairement enclins à déposer des plaintes devant les tribunaux d'arbitrage transnationaux pour protéger leurs intérêts.

L'Etat peut se voir engager sa responsabilité internationale du fait de son droit de l'environnement, et être donc condamné à verser des sommes importantes nuisant à sa politique économique, sans compter le coût exorbitant des procédures d'arbitrage. L'incertitude relative aux sens des sentences arbitrales du *Ciradi*, qui adopte une approche particulièrement conciliante avec la protection des investisseurs étrangers, accroît le risque d'une indemnisation significative.

Le PNUE a identifié, parmi les causes des difficultés politiques rencontrées par la communauté internationale pour « s'attaquer au changement climatique », le fait que « les acteurs les mieux placés pour répondre au changement climatique sont ceux qui en sont principalement responsables – et qui ne sont guère incités à agir » comme « les entreprises qui détiennent des contrats d'extraction du charbon ou d'autres combustibles fossiles »²⁶⁴. Il est déploré l'« asymétrie » entre les entreprises aggravant le changement climatique, qui ont un « accès facilité aux informations pertinentes » et les personnes subissant les conséquences météorologiques du dérèglement²⁶⁵.

Ainsi, lorsqu'une réglementation visant à protéger l'environnement est élaborée ou appliquée, le droit international des investissements confère aux investisseurs étrangers des mécanismes supplémentaires de protection de leurs intérêts qui mettent en péril le droit à un environnement sain des personnes affectées par le projet d'investissement. Une réelle asymétrie procédurale transparait entre, d'un côté, les communautés locales subissant les incidences environnementales d'un investissement ou les personnes et instances promouvant la protection de la nature, et, de l'autre, les investisseurs étrangers.

²⁶⁰ *Supra.*, p. 35 et suivantes

²⁶¹ Voir Annexe p. 123-128

²⁶² Protégé par l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration et mentionné par le 1^o I. de l'article L. 124-5 du Code de l'environnement

²⁶³ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p.5/36

²⁶⁴ Rapport de l'ONU Environnement, « L'état du contentieux climatique », *Revue mondiale*, mai 2017 p. 8

²⁶⁵ *Ibid.* p. 8-9

Or au-delà de la démocratie environnementale, ce sont des problématiques relatives à la démocratie et à la justice au sens large qui sont soulevées.

II. La lésion des droits procéduraux environnementaux des communautés locales à cause du privilège accordé aux investisseurs étrangers

La jurisprudence du *Cirdi* ne protégeant que les investisseurs étrangers, les mécanismes de démocratie environnementale, qui doivent permettre à tous les individus de mettre en œuvre leur droit à un environnement sain, ne revêtent pas une efficacité aussi notoire pour les communautés locales (A). Ce problème est d'autant plus inquiétant en ce qui concerne la contribution des communautés autochtones dans la protection de l'environnement au sein des Etats en développement (B).

A. Le problème démocratique du délaissement des droits environnementaux procéduraux des communautés locales

L'Etat peut accepter un investissement étranger qui contrevient au respect de l'environnement des communautés locales. Lorsque les autorités nationales n'accordent pas de procédures de participation et d'information aux populations affectées par les incidences environnementales de l'investissement, les riverains subissant les dommages environnementaux seront enclins à exprimer leur mécontentement à travers des manifestations et des protestations. Le sentiment d'injustice peut facilement déboucher sur des troubles sociaux violents.

Ce scénario s'est particulièrement manifesté avec des projets d'investissements étrangers dans l'exploitation de concessions de mines. L'Etat, désireux d'attirer des capitaux et développer l'industrie nationale, acceptera ce type d'investissement en entrant en relation avec le propriétaire des fonds apportés. Au contraire, les communautés locales auront une perspective divergente car elles subiront directement les incidences environnementales, sans pour autant bénéficier des effets positifs escomptés par les autorités nationales.

Assurer la participation effective de la population locale dans l'élaboration d'une décision ayant une incidence sur l'environnement relève de la responsabilité de l'Etat, comme l'a rappelé le tribunal d'arbitrage constitué lors de l'affaire *Bear Creek*²⁶⁶. Par conséquent, en vertu du droit international des investissements, l'Etat se retrouve contraint de garantir les droits procéduraux environnementaux des seuls investisseurs étrangers, et ces derniers ne peuvent se voir blâmer l'absence de consultation des riverains. En raison du risque financier représenté par un arbitrage, l'Etat est d'autant moins incité à mettre en œuvre les droits d'information et de participation des communautés locales si leur droit à un environnement sain se retrouve en contradiction avec la protection du droit de propriété des investisseurs étrangers. Les manquements aux seconds sont susceptibles d'engager sa responsabilité internationale, au terme d'une sentence prise par une juridiction externe, alors que les violations du premier, s'il est du moins prévu par le droit national, ne peut être protégé que par les juridictions internes.

Les violations répétées des normes environnementales de *Tecmed* dans l'exploitation d'une décharge de déchets dangereux soulevèrent de vives inquiétudes auprès des riverains. C'est pourquoi les opposants locaux organisèrent des protestations tel que le blocage de l'accès à la décharge. En raison de cette pression communautaire et des multiples manquements aux conditions réglementaires d'exploitation de la part de l'investisseur, l'Etat mexicain refusa de renouveler l'autorisation. Le Tribunal a jugé que

²⁶⁶ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s, op. cit.*, p. 05

l'adoption d'une mesure environnementale en réponse à l'opposition communautaire à un projet constituait une violation du traitement juste et équitable. L'issue démocratique d'une telle sentence est délicate, car lorsque les mécanismes de démocratie environnementale mettent en exergue l'opposition ambiante du public à un projet d'investissement étranger, l'Etat ne peut tout de même pas suivre l'avis des communautés locales sans risquer de se voir engager sa responsabilité internationale.

Au-delà de la démocratie environnementale, c'est le système politique démocratique même qui s'est vu être remis en cause au cours de l'affaire *Bear Creek*. Le tribunal d'arbitrage jugea qu'était inopérante la circonstance selon laquelle le nouveau gouvernement péruvien révoqua le contrat d'exploitation d'une mine d'argent car il fût élu en partie pour répondre aux inquiétudes des communautés aymaras et quechuas quant aux incidences environnementales du projet d'investissement²⁶⁷.

Il peut être compréhensible, d'une perspective juridique, qu'un Etat n'ayant aucune obligation internationale de mettre en œuvre les droits procéduraux environnementaux ne permette pas une participation effective des communautés locales. Cependant, la remise en cause de l'effectivité des procédures d'information et de participation du public concerné par un projet d'investissement étranger ne se circonscrit pas aux Etats en développement, car certains pays de l'Union européenne, la Roumanie et la Croatie, ont également connu des manifestations populaires²⁶⁸.

Les opposants au projet de mine d'or à ciel ouverte de Roșia Montană effectuèrent une manifestation d'une ampleur que la Roumanie n'avait pas connue depuis la révolution de 1989 mettant fin à la dictature communiste de Nicolae Ceaușescu²⁶⁹. N'ayant pas pu s'exprimer dans un cadre réglementé, c'est à travers la pression sociale qu'ils convainquirent le gouvernement d'une part d'inscrire le site d'intérêt écologique et patrimonial menacé au patrimoine mondial de l'Unesco et, d'autre part de retirer le projet de loi « Roșia Montană » « censée accélérer le projet »²⁷⁰. Ces décisions politiques débouchèrent sur le dépôt d'une plainte devant le *Cirdi* par la compagnie minière *Gabriel Resources*, réclamant 5,7 milliards de dollars de dommages et intérêts.

A Dubrovnik, en Croatie, c'est le projet de complexe résidentiel et touristique de luxe qui a fédéré des résidents locaux contre cet aménagement en raison de son impact sur le paysage, l'eau et l'affluence d'une ville subissant les déboires du tourisme de masse²⁷¹. Cette décision d'acceptation d'un investissement étranger sans consultations préalables a exacerbé le sentiment de dépossession des riverains, menant à une mobilisation active de la société civile.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 06 ; voir également J.-L. Gasnier, « La victoire d'Ollanta Humala, un message d'espoir », 12 juin 2011 disponible sur : <https://blogs.mediapart.fr/jean-luc-gasnier/blog/120611/la-victoire-d-ollanta-humala-un-message-d-espoir>

²⁶⁸ La Roumanie et la Croatie ont toutes deux signé la convention d'Aarhus le 25 juin 1998, et l'ont respectivement ratifié le 11 juillet 2000 et le 27 mars 2007. La Roumanie a adhéré à l'Union Européenne le 1^{er} janvier 2007, et la Croatie le 1^{er} juillet 2013. La *directive n°85/337/CEE du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement*, abrogée par la suite par la *directive 2011/92/UE sur l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement*, qui accorde une place importante à l'information et la participation du public, étaient dès lors applicables.

²⁶⁹ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 16

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ L'Unesco a averti la municipalité de Dubrovnik et l'Etat croate que le bien patrimonial s'exposait à un déclassement en l'absence de mesures visant à réguler le tourisme de masse.

Les manifestations sociales roumaines et croates s'accompagnèrent d'actions en justice fructueuses de la part d'associations de protection de l'environnement et du patrimoine, sans pour autant désengager les Etats de l'arbitrage dont ils devinrent partie.

La gouvernance démocratique de la politique environnementale se retrouve affaiblie par le poids considérable accordée aux investisseurs étrangers, le plus souvent des entreprises multinationales, qui garantit une prise en compte excessive de leurs intérêts – la protection de leurs droits de propriétés – au détriment du droit de vivre dans un environnement sain des populations riveraines.

Dans la continuité de l'opinion dissidente de Phillippe Sands à l'issue de la sentence *Bear Creek*²⁷², la discussion s'oriente désormais sur la responsabilité des investisseurs étrangers vis-à-vis des droits de l'Homme et de l'environnement²⁷³. Le CESE préconise notamment, dans le cas de la France où la relance de l'exploitation minière suscite de plus en plus d'opposition²⁷⁴, que la poursuite des activités minières ne puisse avoir lieu qu'en intégrant un critère d' « autorisation sociale » calqué sur les modèles suédois ou finlandais²⁷⁵. « Il ne s'agit pas d'un accord ou d'un document officiel délivré par un gouvernement ou une autorité locale, mais d'acter la crédibilité, la fiabilité et l'acceptation réelle ou actuelle des compagnies minières et de leurs projets »²⁷⁶.

La responsabilité d'organiser des procédures informatives et participatives, plus respectueuses des droits procéduraux environnementaux du public concerné, ne reviendrait pas seulement à l'Etat, mais obligerait également les investisseurs étrangers, afin de rétablir un certain équilibre relationnel conciliant les différents intérêts en jeu. A défaut d'une réécriture des traités d'investissements, plus laborieuse temporellement et consensuellement, les Etats sont toujours libres d'inscrire ses obligations en droit national. Ainsi, lorsque les TBI exigent que l'investissement soit effectué conformément au droit interne, tout investisseur ne mettant pas en œuvre des procédures respectant les droits des riverains ne pourrait voir son investissement susceptible d'être protégé par le *Ciridi*.

Au-delà des communautés locales, ce sont les droits des communautés autochtones dans la gouvernance environnementale qui sont le plus souvent malmenés consécutivement au système d'arbitrage des différends relatifs aux investissements. La majorité de ces peuples sont localisés dans des Etats en développement où la démocratie environnementale est moins consolidée.

²⁷² Partial dissenting opinion of Phillippe Sands: September 12, 2017

²⁷³ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s*, op. cit., p. 05

²⁷⁴ Voir par exemple la mine de tungstène de Salau en Ariège (09), France

²⁷⁵ Préconisation n°5 de l'avis du 22 janvier 2019, Cese, *La dépendance aux métaux stratégiques : quelles solutions pour l'économie ?*, (rapporteur : P. Saint-Aubain), p. 85

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 38-39

B. La subordination systémique des droits des communautés autochtones aux intérêts des investisseurs étrangers dans la gouvernance environnementale

De plus en plus d'affaires de règlements des différends relatifs aux investissements concernent directement les droits des communautés indigènes²⁷⁷. En effet, la majorité des plaintes relatives à l'industrie minière et énergétique sont déposées contre des Etats composés d'un nombre significatif de peuples autochtones, car leur territoire comprend également une grande part de ressources minérales, énergétiques et forestières²⁷⁸.

En droit international, le droit des communautés autochtones découle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'affirmé dans l'article 1^{er} du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 adopté par l'Assemblée générale des Nations unies*. Le paragraphe 2 du même article ajoute que « pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturels », associant ainsi l'indépendance politique à la souveraineté économique. C'est pourquoi, lors du développement du droit international de l'environnement, le respect des droits des communautés autochtones est apparu comme un levier afin d'améliorer la protection de la nature, notamment en raison de « l'importance des connaissances traditionnelles pour la conservation de la diversité biologique »²⁷⁹. L'article 8, j) de la *Convention sur la diversité biologique* dispose que les Etats parties doivent respecter et préserver les « connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ». Le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation du 29 octobre 2010* est même allé plus loin en prévoyant, à l'article 6, des modalités d'exigences de l'obtention du consentement préalable des communautés autochtones concernées pour autoriser l'accès à des ressources génétiques.

La rapporteuse spéciale sur les droits des peuples autochtones, nommée par la Commission des droits de l'Homme des Nations unies, s'est intéressée plus particulièrement aux incidences des investissements internationaux sur les droits des communautés indigènes à cause du nombre croissant de cas où des conflits, parfois meurtriers, surviennent entre les locaux et les entreprises multinationales²⁸⁰. Elle en a conclu que « les clauses relatives à l'investissement contenues dans les accords de libre-échange et les traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, tels qu'elles sont actuellement conçues et appliquées, ont des incidences négatives, avérées ou potentielles, sur les droits des peuples autochtones, en particulier sur leurs droits à l'autodétermination, aux terres, aux territoires et aux ressources, à la participation et au consentement préalable, libre et éclairé »²⁸¹.

²⁷⁷ Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s, op. cit.*, p. 05 ; voir par exemple les affaires *Bear Creek, Border Timbers et Von Pezold*, ou encore *Alvarez y Marin*

²⁷⁸ V. Tauli-Corpuz, *Report to the Human Rights Council on the impacts of investments agreements on the rights of indigenous people*, adressé à la 33^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme (A/HRC/33/42), 11 août 2016, paragraphe 11

²⁷⁹ Préambule du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, relatif à la Convention sur la diversité biologique, du 29 octobre 2010*

²⁸⁰ V. Tauli-Corpuz, *Report to the Human Rights Council on the impacts of investments agreements on the rights of indigenous people, op. cit.*, paragraphe 27

²⁸¹ *Ibid.* p. 02

Dans l'affaire *Agro EcoEnergy*²⁸², un investisseur suédois a porté plainte contre la Tanzanie notamment sur le moyen que l'Etat n'a pas assuré une protection pleine et entière de l'investissement : une concession de 99 ans portant de vingt mille hectares de terres pour mettre en place des plantations sucrières. Cependant, l'investisseur n'avait pas consulté les communautés indigènes locales et encore moins obtenu leur consentement préalable²⁸³. Le gouvernement finit par révoquer le titre foncier, mais l'investisseur se plaint devant le *Cirdi* de la présence persistante des communautés indigènes n'ayant pas été consultée malgré la détention de droits coutumiers sur ces terres.

Les communautés autochtones voient leurs droits les plus élémentaires être bafoués par certains Etats, afin de favoriser les intérêts des investisseurs étrangers. Leur participation dans la gouvernance environnementale se retrouve ineffective, ce qui nuit à l'amélioration du niveau de protection de la biosphère étant donné la convergence d'intérêts telle que soulignée dans le préambule de la *Convention sur la diversité biologique*. Le système d'arbitrage du *Cirdi* exacerbe ce délaissement des droits des communautés indigènes, en refusant d'appliquer les droits de l'Homme aux différends²⁸⁴. Encore pire, les arbitres peuvent violer leurs droits, en ordonnant aux Etats d'expulser les communautés indigènes présentes sur des terrains protégés par le droit international des investissements, selon une conception « néocoloniale » du droit de propriété²⁸⁵. Le gel règlementaire, en droit de l'environnement notamment, découlant du régime du droit international des investissements a eu pour effet de subordonner le droit des peuples indigènes à la protection des investissements étrangers²⁸⁶.

De cette perspective, l'éclat de manifestations violentes, à l'image de celles des communautés aymaras et quechuas au Pérou qui déboucha sur le décès de cinq personnes, apparaît moins étonnant. Cela démontre la nécessité d'opérer un rééquilibrage urgent de l'expression des différends intérêts dans la gouvernance environnementale.

L'exacerbation principale de ce déséquilibre de fait entre les investisseurs étrangers et les communautés locales dans l'élaboration et l'application du droit de l'environnement découle de la possibilité, pour les premiers, d'accéder à une justice exclusive établie afin de défendre leurs intérêts.

²⁸² *Agro EcoEnergy Tanzania Limited, Bagamoyo EcoEnergy Limited, EcoDevelopment in Europe AB, EcoEnergy Africa AB v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/17/33, pending

²⁸³ War on Want, *ISDS Files : AGRO ECOENERGY V TANZANIA*, janvier 2019, disponible sur : <https://waronwant.org/sites/default/files/ISDS-files-EcoEnergy.pdf> [consulté le 17 septembre 2019]

²⁸⁴ V. Tauli-Corpuz, *Report to the Human Rights Council on the impacts of investments agreements on the rights of indigenous people*, *op. cit.*, paragraphe 66

²⁸⁵ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 41

²⁸⁶ V. Tauli-Corpuz, *Report to the Human Rights Council on the impacts of investments agreements on the rights of indigenous people*, *op. cit.*, paragraphe 5

Section 2 : La remise en cause de l'accès à la justice en matière d'environnement par la situation juridique transnationale des investisseurs étrangers

L'accès à la justice environnementale, supposée garantir la mise en œuvre du droit à un environnement sain par les mécanismes de l'Etat de droit ainsi que les droits à l'information et la participation, est vidé de sa substance (II) par l'option dont dispose les investisseurs étrangers dans l'exercice d'un recours judiciaire devant les juridictions internes ou internationales (I).

I. Le système d'arbitrage transnational, un obstacle dans l'application du droit de l'environnement

Les investisseurs étrangers privilégient le dépôt des plaintes devant le Centre plutôt que devant les juridictions internes lorsqu'ils estiment avoir été lésés par l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement (A). Tout recours à l'arbitrage transnational confère une approche de droit international au règlement du différend. Or, une prise en compte des enjeux environnementaux locaux requiert l'intervention d'un juge national face à l'interprétation autonome des tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* (B).

A. La dépossession des juridictions internes dans l'application du droit de l'environnement à un différend avec un investisseur étranger

En pratique, l'arbitrage offert par le *Cirdi* est un mécanisme judiciaire utilisé seulement par les investisseurs étrangers. Un Etat privilégiera le recours aux juridictions nationales pour sanctionner les manquements au droit interne de l'environnement d'un investisseur étranger. Le dépôt d'une plainte par un Etat devant le Centre aurait peu de chance d'aboutir s'il invoque la violation du droit de l'environnement national par l'investisseur dans l'exercice de son activité. L'exigence selon laquelle un investissement doit avoir été réalisé conformément au droit interne, bien prévue par certains traités d'investissements, est différente car elle tient à la création de l'investissement, mais n'impose pas d'obligations consécutivement²⁸⁷.

La méfiance ambiante historique des investisseurs étrangers, à l'égard des juridictions internes des Etats parties à un différend, a mené à l'augmentation du nombre de plaintes devant le *Cirdi* sans saisine des juges nationaux. Les Etats ont tenté de préserver une part de souveraineté dans l'application des règles de droit interne, avec l'introduction de clauses de recours préalable aux juridictions interne dans certains traités d'investissement. Cependant, les tribunaux du *Cirdi* ont entrepris une interprétation restrictive de ces clauses d'épuisement préalable des voies de recours internes permettant aux investisseurs étrangers de les détourner²⁸⁸.

De nombreux différends entre investisseurs étrangers et Etats résultent de l'application, par l'Etat, de mesures visant à protéger l'environnement mais affectant les droits de propriété sur les investissements. Cependant, les effets du droit de l'environnement à l'origine du différend font pénétrer le droit interne dans le champ du droit international des investissements. Les investisseurs étrangers seront disposés à court-circuiter les juridictions internes car ces dernières appliquent des règles conciliant les différents intérêts présents au cours d'un litige, dont la protection de l'environnement. Elles seront dès lors plus

²⁸⁷ *Infra.*, p.103

²⁸⁸ Voir *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of November 13, 2000

enclines à équilibrer la protection des droits de propriété des investisseurs étrangers avec d'autres objectifs nationaux. A l'inverse, le droit international des investissements est dédié à la protection des investisseurs étrangers et de leurs intérêts, notamment en recourant à un système transnational de règlement des différends. Leurs intérêts sont plus susceptibles de primer sur la souveraineté de l'Etat au terme d'une jurisprudence de tendance plus favorable, bien qu'incertaine, donc le recours aux tribunaux du *Cirdi* apparaît cohérent. Cependant, les arbitres du Centre ne sont pas obligés d'avoir de considérations pour les enjeux environnementaux locaux et nationaux retranscrit en droit de l'environnement, ce qui nuit particulièrement à la réalisation de sa finalité.

Enfin, l'option dont dispose les investisseurs étrangers de recourir à l'arbitrage du Centre vient appuyer également leur contribution dans l'élaboration du droit de l'environnement. Une prise en compte insuffisante de leurs intérêts – d'après la perspective des investisseurs- peut déboucher directement sur le dépôt d'une plainte et un éventuel arbitrage coûteux. La possibilité d'agir devant une juridiction internationale sans recours devant les juges nationaux, est un argument non négligeable pour les autorités publiques chargée d'élaborer ou appliquer le droit de l'environnement.

En transférant les litiges relatifs aux investissements et ayant une incidence sur l'environnement à la compétence du *Cirdi*, l'élévation du différend au droit international nuit à une prise en compte adéquate des enjeux environnementaux locaux.

B. Une discordance scalaire nuisible pour la protection de l'environnement

Les activités liées aux investissements peuvent avoir des incidences sur l'environnement local, à l'image des exploitations de mines qui engendrent des problèmes de pollution des eaux, de santé public et d'incidences sur le patrimoine culturel et naturel local. Les normes environnementales sont prises par les autorités locales ou spécialisées compétentes afin d'appliquer une réglementation spécifique à l'activité de l'investisseur en fonction de ces effets sur l'environnement, mais également sa localisation. Le juge national doit les appliquer lorsqu'il est saisi afin de régler un litige survenu avec un investisseur étranger. Il peut tant être saisi par l'autorité publique, que par l'investisseur étranger ou, dans certaines conditions, des tiers ayant un intérêt à agir tels qu'une association de protection de l'environnement ou des riverains affectés par. En appliquant le droit de l'environnement, mais également le droit national visant à protéger les investisseurs étrangers, le juge national peut être en mesure de concilier les différents intérêts. De plus, les parties au différend sont en mesure de défendre leurs droits à travers les garanties procédurales nationales. La spécialisation de l'autorité administrative concernée, ou la connaissance des préjudices environnementaux subis par les personnes dont l'environnement est affecté à cause de l'activité, permettent aussi une défense de l'enjeu environnemental appropriée par rapport au territoire.

Cependant, lorsqu'un investisseur étranger engage une procédure d'arbitrage transnational, la mise à l'écart des juges nationaux aboutit au délaissement du droit de l'environnement dans son application. Les différentes parties potentielles au litige ne peuvent plus défendre leurs intérêts, à l'exception des investisseurs. Les autorités publiques s'assimilent à l'Etat, et ne peuvent plus faire valoir l'objet de leur existence spécifique.

L'allégation d'un préjudice subi par un investisseur étranger élève le conflit émergent à une échelle globale. L'assimilation d'une autorité décisionnaire ou judiciaire à l'Etat découle du glissement du différend du droit national vers le droit international. L'Etat, en tant que sujet de droit international, voit

sa responsabilité potentiellement engagée devant un tribunal du Centre. Or, l'objet de la constitution d'un tribunal pour régler un différend entre investisseur et Etat est de promouvoir la libéralisation des flux de capitaux en protégeant les investissements lésés par le comportement d'un Etat, en l'occurrence l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement. Le premier considérant du préambule de la *Convention de Washington* est clair : les investissements privés internationaux doivent être protégés par un système d'arbitrage transnational car ils permettent de maintenir la coopération internationale nécessaire pour le développement économique.

Cependant, les arbitres du *Cirdi* ne disposent pas de la compétence juridique adéquate pour intégrer les enjeux environnementaux locaux dans leurs sentences. De nombreuses sentences rappellent que le droit national n'a pas vocation à régler les différends transnationaux relatifs aux investissements, et ne lient pas les tribunaux du *Cirdi*²⁸⁹. Le champ des règles de droit applicables au litige relève du droit international, et plus précisément la convention sur les investissements ratifiée par l'Etat partie au différend et l'Etat dont l'investisseur possède la nationalité. La grande majorité des cas est portée par les investisseurs en raison d'un traité prévoyant le recours systématique de l'arbitrage au règlement des différends émergents entre un Etat et une personne privée. Les clauses d'arbitrage précisent que seules les dispositions du traité sont applicables, à l'image de l'article 26 (6) du *Traité sur la Charte européenne de l'énergie* qui dispose que les tribunaux d'arbitrage « statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international ». Les dispositions prévues par le traité en question seront donc les règles applicables pour protéger les investissements en vue de réaliser l'objectif global de développement économique des Etats. Toute conciliation ne pourra s'effectuer qu'au regard des principes de droit international de l'environnement – si les arbitres adoptent une approche d'intégration systémique -, délaissant *de facto* les enjeux écologiques locaux retranscrits en droit national de l'environnement.

L'affaire *Burlington Resources* est la seule dans laquelle un tribunal d'arbitrage a appliqué le droit national de l'environnement, au cours de la demande reconventionnelle de l'Equateur consécutive au dommage environnemental subi. Cependant, le droit de l'environnement équatorien était applicable seulement car le demandeur n'avait pas contesté la compétence du Centre pour juger la demande reconventionnelle. Les parties ne s'étaient pas accordées sur le droit applicable à la demande reconventionnelle. Les arbitres ont donc décidé d'appliquer la disposition de l'article 42 (1) de la *Convention de Washington* qui prévoit qu'à défaut d'accord sur les règles de droit applicables aux parties, le droit national doit servir de base juridique pour régler le différend.

Toutefois, le caractère global de l'objectif protégé par l'arbitrage transnational constituerait une opportunité pour tenter d'amoinrir les problèmes environnementaux systémiques tel que le changement climatique ou encore la préservation de la biodiversité. La particularité de ces menaces réside dans le fait qu'elles sont la conséquence des effets cumulés d'un grand nombre d'actions d'apparence anodine isolément. Face à un mécanisme juridique transnational aussi efficace et internationalement reconnu, l'intégration des objectifs environnementaux en droit international des investissements garantirait une prise en compte globale des problèmes environnementaux systémiques.

Une première étape a été effectuée à travers la reconnaissance de valeurs extra-commerciales internationales avec l'intégration de la *Convention Unesco* dans le champ du droit applicable à certains différends. La nécessité de préserver le patrimoine présentant un intérêt exceptionnel pour l'héritage

²⁸⁹ Par exemple, paragraphe 270 de *Bear Creek v. Peru*, ; ce paragraphe fait lui-même référence à la sentence *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/97/3, Award of Aug. 20, 2007 ou encore *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003

commun de l'humanité s'est trouvée renforcée. Il convient dorénavant d'attendre l'issue des affaires *Gabriel Resources*²⁹⁰ et *Razvog Golf*²⁹¹ pour confirmer cette tendance d'applicabilité de la *Convention Unesco* aux différends relatifs aux investissements.

La rétroaction de la différenciation d'échelle du droit applicable est la sur-intégration de l'objectif global de promotion des investissements internationaux dans l'élaboration du droit de l'environnement, au détriment des enjeux écologiques locaux. La menace d'un arbitrage transnational affecte les intérêts économiques de l'Etat partie au différend, et obligent les autorités décisionnaires en matière de droit de l'environnement à prendre davantage en compte le positionnement de l'Etat dans l'économie mondialisée.

L'élévation du différend à une échelle globale a pour conséquence d'entraver les communautés locales dans la défense de leurs intérêts en justice.

II. La dénaturation de l'accès à la justice en matière d'environnement pour les communautés locales

Les personnes dont les droits environnementaux sont affectés par l'activité d'un investisseur étranger ne sont pas en mesure de défendre leurs intérêts correctement lorsque le différend est exporté vers les tribunaux du Centre (A). Le risque financier encouru par l'Etat s'immisce dans la vérification du respect des droits environnementaux par les juges nationaux (B).

A. L'entrave à la défense des intérêts environnementaux des communautés locales

Au regard de l'esprit de la *Convention d'Aarhus*, l'accès à la justice en matière d'environnement doit permettre de mettre en œuvre les droits d'information et de participation qui ne sont pas respectés par les autorités publiques d'un Etat, afin de garantir le droit de chacun à vivre dans un environnement propre à assurer le respect de sa santé. C'est pourquoi il est important d'autoriser les personnes vivant l'expérience de la dégradation de l'environnement à être parties aux litiges afin qu'ils puissent bénéficier de toutes les prérogatives procédurales judiciaires et ainsi défendre leurs droits.

L'exportation du différend à l'échelle globale du droit international, ou du moins d'une partie du différend lorsque des actions judiciaires ont également été entreprises en droit interne, restreint l'accès à la justice des communautés locales. L'affaire *Border Timbers*²⁹² illustre l'impossibilité pour des communautés locales de faire valoir leurs droits en fonction des enjeux environnementaux spécifiques à un territoire et une culture.

Les terres ancestrales de peuples indigènes ont été appropriées par la *British South Africa Company* pendant la colonisation britannique, à laquelle a succédé la société *Border Timbers* lors de l'indépendance du Zimbabwe. L'Etat zimbabwéen mit en place un « système de gestion commune des forêts » dans les années 2000 pour permettre aux communautés autochtones de jouir de leurs droits sur

²⁹⁰ *Gabriel Resources Ltd. And Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, pending

²⁹¹ *Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/32, pending

²⁹² *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/25, Decision on Stay of Enforcement of the Award of April 24, 2017

leurs terres ancestrales, ce qui suscite l'ire de la compagnie - possédant un peu plus de 78 000 hectares - et son actionnaire majoritaire germano-helvète²⁹³. Une plainte est déposée devant le *Cirdi* pour expropriation illicite au regard des TBI Allemagne-Zimbabwe et Suisse-Zimbabwe. Quatre communautés autochtones, en partenariat avec l'*European Center for Constitutional and Human Rights*, se voient refuser l'admission au différend en tant qu'*amicus curiae*, au motif que les droits internationaux des peuples indigènes ne s'appliquaient pas au différend. Les communautés locales se retrouvèrent dans l'incapacité de faire valoir des droits coutumiers de jouissance de leurs terres ancestrales élaborées en fonction de la spécificité socio-environnementale de leur pays.

Même lorsque les personnes concernées par les incidences environnementales d'un investissement sont admises comme parties intervenantes, elles ne peuvent soulever de réclamations liées à leur préjudice. Leur statut est seulement participatif, et le tribunal d'arbitrage demeure libre d'ignorer leurs arguments.

L'accès à la justice du public concerné en matière d'environnement se retrouve dès lors vidé de sa substance à cause de la situation transnationale du litige. Les communautés locales, quand l'accès à la justice est respecté en droit interne, se voit alors accorder un recours dont le jugement va être pénétré par des considérations politico-économiques. Ce délaissement des droits environnementaux des personnes affectées par les investisseurs étrangers motive la position d'Ellen Hey selon laquelle il faudrait rendre obligatoire l'épuisement des voies de recours internes pour les investisseurs étrangers²⁹⁴. Elle considère que seuls les tribunaux nationaux sont en mesure de faire un lien entre les contextes et enjeux locaux et globaux.

La méconnaissance du droit de l'environnement par les investisseurs étrangers, dont les incidences environnementales locales sont immédiatement perceptibles, doit faire l'objet d'une conciliation avec le risque financier de l'Etat.

B. Le poids considérable du risque économique de l'arbitrage pour l'Etat dans l'application du droit de l'environnement

Il est important de préciser que le recours d'un investisseur devant le *Cirdi* n'exclut pas la possibilité pour l'Etat partie au différend de faire appliquer le droit de l'environnement, quitte à affecter les intérêts des demandeurs à l'arbitrage. Il n'est pas fait obstacle à l'application du droit de l'environnement au sens juridique du terme, mais bien à la réalisation de sa finalité, privant ainsi les règles de droit de leur caractère prescriptif sur l'ordre social exigé.

Les investisseurs étrangers dont les droits de propriétés sont préjudiciés par une décision judiciaire disposent de la possibilité de les intégrer comme preuve du comportement illicite de l'Etat au regard de ses engagements internationaux en matière d'investissements. Un jugement prenant en compte la défense des droits environnementaux des communautés locales est lui-même susceptible de constituer une violation du droit international des investissements. L'accès à la justice en matière d'environnement peut être sanctionné par le *Cirdi* et justifier une indemnisation.

L'exemple le plus fameux – ne relevant pas de la jurisprudence du Centre - est celui de l'Equateur, qui a condamné l'entreprise américaine Chevron-Texaco à versé la compensation de 9,5 milliards de dollars

²⁹³ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p.40

²⁹⁴ E. Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 144

à cause des problèmes de pollution résultant de son activité et les conséquences sanitaires sur les populations indigènes de la forêt d'Amazonie. Cependant, la CPA de La Haye a condamné l'Etat équatorien au motif que ce jugement contrevenait au droit des investissements²⁹⁵. Cette sentence arbitrale est la plus caricaturale mais reflète comment les tribunaux d'arbitrage ont la possibilité de priver un Etat de sa souveraineté judiciaire pour faire appliquer le droit de l'environnement, ce qu'Ellen Hey nomme « *disempowerment of local courts and local populations* »²⁹⁶.

De même, dans l'affaire *Eco Oro*²⁹⁷, la société requérante reproche à l'Etat colombien, et plus précisément la Cour constitutionnelle de Colombie, d'avoir déclaré inconstitutionnelle les dispositions d'une loi qui prévoyait des exceptions à l'interdiction d'exploiter des mines au sein des páramos, des écosystèmes humides qui constituent une « source vitale d'eau douce » car alimentant environ deux millions de personnes²⁹⁸. L'investisseur estima être en présence d'une expropriation indirecte, ainsi que face à un traitement injuste et inéquitable²⁹⁹.

Dans l'affaire de la mine d'or de *Gabriel Resources*, la justice roumaine a mis un terme au projet d'exploitation car, sur saisines d'ONG locales, les tribunaux ont jugé à plusieurs reprises que les permis accordés étaient illicites au regard de la législation environnementale nationale et européenne. Les tribunaux roumains ont annulé entre autres le certificat d'urbanisme, le plan général d'urbanisation de Roşia Montană ainsi qu'une autorisation relevant du droit du patrimoine (*archaeological discharge certificate* en anglais). Cependant, le projet contesté était toujours poursuivi. La situation amena la fondation France Libertés à affirmer dans un exposé adressé au Conseil des Droits de l'Homme lors d'une Assemblée Générale des Nations Unies que les « droits d'accès à l'information, à la participation publique à la prise des décisions et à l'accès à la justice pour les questions d'environnement ont été violés en Roumanie, dans le cadre de l'affaire *Roşia Montană* »³⁰⁰.

Néanmoins, les multiples obstacles procéduraux rencontrés par les investisseurs étrangers, notamment du fait de la participation active des opposants au projet de mine, l'incitèrent à porter le contentieux devant le *Cirdi*, réclamant une indemnisation de 5,7 milliards de dollars, soit 2,7% du PIB roumain en 2017. Ainsi, *Gabriel Resources* reproche à l'Etat d'avoir bloqué le projet de mine et porté atteinte à ses attentes légitimes concernant la planification urbaine favorable à ses activités, alors que la décision judiciaire annulant le plan général d'urbanisation avait été demandé par une ONG locale³⁰¹. Dorénavant, bien que le projet semble définitivement enterré, la Roumanie s'expose à une condamnation particulièrement lourde. De plus, les communautés locales subiraient les incidences du recours judiciaire indirectement, à travers le versement des deniers publics aux investisseurs à fin d'indemnisation.

Beaucoup de décisions judiciaires peuvent concerner un investisseur étranger. Le découpage des différentes autorisations environnementales donnant lieu à de multiples procès, débouchent sur des

²⁹⁵ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23, Second partial award on track II of August 30, 2018

²⁹⁶ E. Hey, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, *op. cit.*, p. 144

²⁹⁷ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, pending

²⁹⁸ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 61

²⁹⁹ *Eco Oro Minerals Corp.*, *Request on arbitration*, December 8, 2016

³⁰⁰ France Libertés : Fondation Danielle Mitterrand, *Les violations des droits de l'homme dans l'affaire Roşia Montană*, Exposé écrit présenté le 20 février 2014 lors de la 25^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme (A/HRC/25/NGO/24), disponible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/111/32/PDF/G1411132.pdf?OpenElement> [consulté le 02 septembre 2019]

³⁰¹ *Gabriel Resources Ltd. And Gabriel Resources (Jersey)*, *Claimants memorial*, 30 juin 2017, paragraphe 187, p. 70-71

jugements parfois favorables, d'autres fois défavorables pour les investisseurs. Malgré les annulations judiciaires de certaines autorisations d'urbanisme dans l'affaire *Gabriel Resources*, la justice nationale ordonna la délivrance d'autres autorisations, tel que le permis de sécurisation du barrage (*dam safety permit* en anglais)³⁰². L'épuisement des voies de recours internes garantirait entre autres une certaine cohérence pour comprendre la position de l'Etat à l'égard de l'investissement qu'il accueille. En effet, les garanties offertes par le pouvoir exécutif, tel que l'octroi de décrets et d'autorisations, peuvent être annulées par le pouvoir judiciaire. Or, l'investisseur étranger, dans ces circonstances, peut estimer faire l'objet d'un traitement injuste et inéquitable car l'Etat, en tant que sujet de droit international, manque à son obligation de cohérence³⁰³.

L'enjeu financier des arbitrages du Centre peuvent avoir des répercussions sur les jugements des juridictions internes, notamment via la versatilité permise par les multiples degrés de juridictions, mais aussi lorsqu'une autorité redélivre une autorisation environnementale alors que la précédente avait fait l'objet d'une annulation judiciaire.

Dans l'affaire *Razvoj Golf*, les tribunaux croates, à la suite d'un recours engagé par les citoyens de Dubrovnik, avaient jugé que les permis d'emplacement et les études d'impact environnemental du projet de complexe touristique étaient illégaux. Cependant, l'investisseur décida de porter l'affaire devant le *Cirdi*, et demanda 500 millions de dollars d'indemnisation. Les permis nécessaires à la réalisation du projet furent par la suite redélivrés sans que ce dernier ne subisse « la moindre retouche concrète »³⁰⁴. Lors d'une nouvelle saisine des juges par les citoyens, les autorisations furent cette fois-ci déclarées légales.

Malgré la séparation des pouvoirs, la perspective d'une condamnation internationale des Etats semble lisser l'indépendance fonctionnelle des différentes branches – surtout judiciaire et exécutive dans le cas ci-dessus –, solidairement reliés par le risque financier. Les fonctions exécutive, législative et judiciaire se retrouvent chacune confrontés à la possibilité d'être à l'origine d'une violation du droit international des investissements aux répercussions considérables pour l'économie nationale. Il apparaît moins étonnant, lorsqu'un différend survient, que l'option d'autoriser la réalisation de l'activité soit privilégiée, car elle débouchera sur quelques avantages pour l'économie nationale, tel que la réalisation d'emplois. Interdire l'activité pour des raisons environnementales expose un Etat à devoir indemniser l'investisseur, et donc perdre des sommes importantes, sans bénéficier des avantages économiques que l'apport de capitaux étrangers aurait créé.

Le risque économique induit par l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement entraîne la perception de cette législation comme un « coût », car l'Etat, en tant que sujet de droit international, peut être condamné à verser des sommes non négligeables. La probabilité d'indemnisation des investisseurs rétroagit sur l'élaboration du droit de l'environnement.

³⁰² *Gabriel Resources Ltd. And Gabriel Resources (Jersey), Claimants memorial*, 30 juin 2017, paragraphe 300, p. 119

³⁰³ L'obligation de cohérence fait partie intégrante du standard de traitement juste et équitable au terme de la sentence arbitrale *Crystallex v. Venezuela*

³⁰⁴ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p.27

Chapitre 2 : L'intrication du droit interne de l'environnement dans les relations d'investissements internationaux, un obstacle à son renforcement

L'adoption de mesures nationales de protection de l'environnement implique un risque financier en raison d'un potentiel arbitrage si un différend survient (Section 1). Mais les conséquences du droit national de l'environnement en matière d'investissements peuvent dépasser le cadre du différend, et affecter l'attractivité financière d'un Etat (Section 2).

Section 1 : L'intégration des potentiels coûts d'arbitrage dans l'appréciation de l'opportunité d'une politique environnementale

Le droit de l'environnement, lorsqu'il est à l'origine d'un différend entre un investisseur et un Etat, engage ce dernier dans un litige dont les répercussions pour les dépenses publiques peuvent être considérables (I). Les sommes en jeu lors des arbitrages deviennent des critères pris en compte par les Etats lors de l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement (II).

I. Le potentiel coût faramineux d'un différend transnational consécutif au développement du droit de l'environnement

L'élaboration ou l'application du droit de l'environnement sont susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage dès qu'il porte atteinte aux droits des investisseurs tels qu'ils sont protégés par les procédures d'arbitrage transnational. Or l'arbitrage se révèle être une procédure onéreuse (A) pouvant déboucher sur de lourdes condamnations financières (B).

A. Le caractère onéreux des procédures de règlement des différends relatifs aux investissements devant les tribunaux d'arbitrage

Les arbitres des tribunaux constitués sous l'égide du *Cirdi* sont rémunérés à hauteur de 3000 dollars par jour³⁰⁵. Face à la complexité des affaires et leur longévité de plusieurs années, le montant total atteint facilement l'ordre du million de dollars (1 122 460,54 de dollars pour l'affaire *Bear Creek* par exemple)³⁰⁶. D'ores et déjà apparaît un éventuel conflit d'intérêts pour des arbitres qui n'ont aucune incitation à limiter l'écoulement d'une procédure, étant donné que leurs revenus augmenteront proportionnellement à la durée du différend.

Des sommes importantes doivent ensuite être engagées par l'Etat en vue d'assurer sa défense, en recourant à des firmes juridiques spécialisées. Dans le cas *Bear Creek*, l'Etat a dû dépenser 6 357 384,05 de dollars en frais de défense et il ne pouvait prétendre à un remboursement en raison de sa

³⁰⁵ CIRDI, *Barème des frais (en vigueur au 1^{er} janvier 2019)*, disponible sur :

<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/icsiddocs/Schedule-of-Fees.aspx> [consulté le 10 septembre 2019]

³⁰⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017, paragraphe 717

condamnation³⁰⁷. Mais la sentence peut prévoir que la partie condamnée prennent en charge les frais engagés par la partie adverse. Par exemple, l'Etat péruvien a été condamné à rembourser 5 986 183,29 dollars à Bear Creek, au titre des frais de dépens, soit 75% des sommes engagées par la société requérante pour sa demande³⁰⁸. Les fonds publics engagés dans la procédure de règlement des différends à la suite de l'adoption d'une mesure environnementale font l'objet d'une complète incertitude quant à leur remboursement à l'issue de la sentence. Ils représentent dès lors un coût considérable en amont pour les Etats, à l'image du différend opposant l'Allemagne à Vattenfall qui a déjà coûté 16,6 millions d'euros à l'Etat défendeur en avril 2019³⁰⁹.

Les montants abordés ne concernent qu'un litige devant le *Cirdi*. Cependant, la modification de normes environnementales peut affecter un grand nombre d'investisseurs étrangers, qui sont chacun susceptibles de porter le différend devant le Centre. Ainsi, la loi colombienne prohibant les forages miniers au sein des páramos, sans prévoir de dérogations, donna lieu au dépôt de trois plaintes de la part de compagnies minières³¹⁰. Mais toute loi entreprenant la réorganisation de l'ensemble d'un secteur économique polluant afin d'améliorer la protection de l'environnement (à l'image de la volonté française initiale d'interdire l'exploitation des hydrocarbures sur son territoire avec le projet de *loi Hulot*) pourrait fonder la violation du droit international des investissements à l'égard de tous les opérateurs économiques étrangers investis dans les activités modifiées. A la suite de la modification de son régime juridique applicable aux énergies renouvelables, l'Espagne est devenue partie à 41 différends avec des investisseurs devant des tribunaux d'arbitrage, soit autant de litiges où des frais procéduraux distincts devaient – et doivent encore – être engagés.

Le tribunal constitué pour régler un différend transnational dispose d'une grande marge d'appréciation pour décider à qui incombe la prise en charge des frais engagés lors de l'arbitrage, en vertu des articles 61 (2) de la *Convention de Washington* et l'article 47(1) du *Règlement d'arbitrage Cirdi*³¹¹. En fonction des circonstances, prévaudra le principe du « perdant paie » (« *loser pays* » en anglais)³¹² ou la prise en charge respective de ses frais de défense par chaque partie, mais dégager une tendance générale constitue une tâche ardue.

Une asymétrie de tendance générale transparait avec les sommes supérieures engagées par les investisseurs étrangers. Mais le déséquilibre pécuniaire semble catalysé par un mécanisme de spéculation favorable aux investisseurs : le financement par un tiers (ou *third party founding* en anglais). Les différends entre les investisseurs et les Etats deviennent des objets de spéculation quant à la

³⁰⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017, paragraphe 725

³⁰⁸ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017, paragraphe 736

³⁰⁹ Bundesministerium für Wirtschaft & Energie, *Schriftliche Frage an die Bundesregierung im monat märz 2019. Fragen Nr. 482* (Ministère fédérale des affaires économiques et de l'énergie, Question écrite au gouvernement fédéral au mois de mars 2019, question n° 482), cité par Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 58, à propos de *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, pending

³¹⁰ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, pending ; *Red Eagle Exploration Limited. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/12, pending ; *Galway Gold Inc. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/13, pending

³¹¹ Voir par exemple : *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award of May 04, 2017, paragraphe 480 ; ou *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of November 30, 2017, paragraphe 728

³¹² *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of July 8, 2016, paragraphe 586

conformité des mesures environnementales avec le droit international des investissements. Lorsqu'un opérateur économique multinational devient partie à un différend avec un Etat, un tiers peut prendre en charge ses frais de procédure en contrepartie d'une part de l'indemnisation obtenue. Les financeurs sont souvent des fonds spéculatifs d'investissement, des banques d'investissements ou des compagnies d'assurance.

Pour les investisseurs étrangers, la perspective d'une prise en charge de leurs frais de procédure est une incitation supplémentaire pour recourir aux mécanismes d'arbitrage transnationaux, éliminant ainsi le « risque financier inhérent à une longue procédure »³¹³. Cependant, les financements par des tiers sont motivés par la réalisation de profits pouvant être obtenus si l'Etat est condamné. L'objet de la spéculation est bel et bien, pour les différends concernés, la conformité ou non, du droit de l'environnement national avec le droit international des investissements au regard de la jurisprudence arbitrale du *Cirdi*.

B. L'indemnisation des investisseurs étrangers, le socle du risque financier encouru par les Etats lors de l'adoption de mesures de protection de l'environnement

Quelques affaires portées devant le *Cirdi* impliquent des financements par des tiers et font suite à des mesures adoptées pour la protection de l'environnement. Les frais des parties demanderesse des affaires *Crystallex*³¹⁴, *Gabriel Resources*³¹⁵ et *Eco Oro*³¹⁶ ont été pris en charge par un fonds d'investissement spéculatif de Wall Street, Tenor Capital Management. Au terme de la sentence arbitrale *Crystallex* condamnant le Venezuela a versé 1,4 milliard de dollars à l'investisseur, Tenor Capital Management a pu obtenir 70,5% de la sentence « nette »³¹⁷. Bien que cette société semble se spécialiser dans le financement des frais procéduraux des investisseurs étrangers partie à des différends transnationaux faisant suite à l'application du droit de l'environnement, elle n'en est pas la seule pour autant. La société Harbour prend en charge les frais de *Rockhopper*³¹⁸, actuellement partie à un différend avec l'Italie car l'Etat n'a pas accordé le droit d'exploiter une concession de forage pétrolier en application d'un moratoire voté par le Parlement italien « interdisant tout projet pétrolier et gazier à moins de douze milles marins des côtes italiennes »³¹⁹, dans un souci de protection du littoral.

La prise de risque des tiers financeurs constitue un pari sur la non-conformité du droit de l'environnement interne vis-à-vis du droit international des investissements. L'objet de ces affaires est d'obtenir de lourdes condamnations de l'Etat visant à indemniser le dommage subi et surtout le manque à gagner au vu des bénéfices futurs attendus. Comme il l'a été vu plus tôt, les Etats ne peuvent pas

³¹³ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 64

³¹⁴ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award of April 06, 2016

³¹⁵ *Gabriel Resources Ltd. And Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, pending

³¹⁶ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, pending

³¹⁷ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 64

³¹⁸ *Rockhopper Italia S.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration PLC v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, pending

³¹⁹ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 57

gagner, ils peuvent au mieux ne pas perdre dans ce type de procédure. Il ne peut être réalisé de profit pour l'Etat. Pour cette raison, les financements par un tiers des frais judiciaires des Etats défendeurs ne présentent aucun intérêt lucratif. Le financement par un tiers devient un instrument qui permet aux demandeurs de rendre la longévité des procédures économiquement viable, tout en incitant les Etats à transiger pour mettre un terme au différend. Les Etats se trouvent pécuniairement déséquilibrés par cette stratégie d'épuisement des ressources financières, et sont donc plus enclins à trouver un arrangement conciliatoire visant à mettre un terme à cette dilapidation d'argent public.

C'est là où réside le coût principal du droit national de l'environnement au regard de l'objet du droit international des investissements : l'indemnisation des investisseurs étrangers lésés. Si le tribunal d'arbitrage estime qu'en vertu du droit international des investissements, l'Etat a manqué à ses obligations envers les investisseurs étrangers dans l'exercice de sa souveraineté normative en matière de protection de l'environnement, il sera condamné à indemniser les dommages subis par les plaignants. Or ces condamnations peuvent s'élever à plusieurs centaines de millions de dollars, voire des milliards de dollars.

Le *Cirdi* admet des situations où la protection de l'environnement peut être un objectif légitimement poursuivi sans obligations d'indemnisation, mais sa jurisprudence relativement incohérente par son caractère circonstancié rend difficilement prévisible l'issue d'un différend au regard de ses particularités. L'incertitude relative aux sentences arbitrales constitue un pari risqué pour les Etats, d'autant plus qu'ils doivent répondre, en théorie, de l'utilisation de l'argent public vis-à-vis de leurs citoyens. L'imprévisibilité des sentences combinée aux coûts significatifs des procédures peut inciter les Etats à trouver des arrangements avec les plaignants afin de minimiser les pertes de fonds publics.

Le droit international des investissements hiérarchise les modes de règlements des différends, en plaçant la priorité sur les règlements à l'amiable, comme l'illustre l'article 26 (1) du *Traité sur la Charte européenne de l'énergie* qui dispose que « les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante [...] sont, dans la mesure du possible, réglés à l'amiable ». Cependant, les règlements à l'amiable ne font l'objet d'aucune régulation institutionnalisée. Face à la très forte probabilité qu'une norme de droit de l'environnement lèse les intérêts d'un investisseur étranger³²⁰, il peut être déduit que lorsqu'un différend survient, l'absence du dépôt d'une plainte devant un tribunal d'arbitrage résulte de la conclusion d'un arrangement. Or, si un accord conciliatoire est trouvé, l'investisseur étranger doit y trouver son compte et avoir été indemnisé adéquatement, étant donné qu'il se résigne à ne pas utiliser un mécanisme international façonné pour la protection de ces droits.

Les règlements à l'amiable, dont il est relativement ardu de connaître l'existence et la teneur du fait d'une grande opacité, constituent un coût inconnu mais certain pour les Etats, consécutif à l'adoption de mesures environnementales. Un effort de transparence de la part des gouvernements nationaux permettrait de mieux saisir les coûts des politiques environnementales, et plus largement des politiques d'intérêt public, en matière d'indemnisation des investisseurs étrangers lésés. L'exercice accru du droit à l'information environnementale de la part des ONG ou des associations de protection de l'environnement, permettraient également de mieux saisir les dépenses publiques engagées pour indemniser les investisseurs. Mais les relations entre Etats et investisseurs étrangers relèvent du domaine contractuel. Par conséquent, les demandes fondées sur le droit d'accès à l'information en matière d'environnement pourraient facilement se voir opposer la confidentialité requise pour protéger les intérêts commerciaux des personnes privées.

³²⁰ *Supra.*, p. 33 et suivantes

A travers les dépenses d'arbitrage et les indemnités nécessaires au respect du droit international des investissements, l'élaboration ou l'application d'un droit de l'environnement ambitieux mais susceptible de léser les intérêts des investisseurs étrangers se trouvent obstruées par la perte de fonds publics permise par un tel système. A l'heure où un consensus politique tend à s'établir sur la nécessité d'augmenter la part des dépenses publiques accordées à la protection de l'environnement³²¹, une portion de l'argent public nécessaire à la transition énergétique et écologique est perdue par la collectivité au bénéfice d'investisseurs étrangers actifs dans des secteurs économiques particulièrement nocifs pour l'environnement, à l'image de l'exploitation des énergies fossiles. Cette allocation d'une part des fonds publics à la préservation des avantages économiques des principaux responsables des problèmes environnementaux constitue, pour les Etats, un obstacle au développement d'un droit de l'environnement ambitieux.

II. La restriction de la marge de manœuvre des Etats dans la protection de l'environnement

Le risque financier inhérent aux procédures d'arbitrage transnational produit un effet dissuasif lorsqu'un Etat souhaite améliorer le niveau de protection de l'environnement (A), ce qui a pour conséquence de remettre en cause leur indépendance dans la menée de politiques environnementales (B).

A. Le découragement des Etats à légiférer de manière ambitieuse face à l'effet paralysant du droit international des investissements

Le droit international des investissements produit un effet paralysant sur l'élaboration et l'application du droit de l'environnement. La perspective d'un arbitrage décourage les Etats à adopter des mesures ambitieuses opérant des changements profonds écologiquement viables. C'est un effet collatéral des sentences arbitrales des tribunaux du *Ciridi*, qui en plus d'être coûteuses, ont d'ores et déjà mené à la condamnation d'Etat à la suite d'adoption de mesures de protection de l'environnement. L'asymétrie procédurale issue de la possibilité pour les plaignants, d'obtenir un financement par un tiers participe à décourager les Etats de s'engager dans une procédure de règlement des différends.

Il se produit également une dissuasion d'une application du droit de l'environnement susceptible de porter atteinte aux intérêts des investisseurs étrangers, et ce même dans les situations où ils contreviennent aux normes nationales et internationales, notamment en matière de respect des droits de l'Homme. Les décisions judiciaires sont susceptibles de fonder la violation du droit international des investissements et mener à la condamnation d'un Etat.

La prise en compte du droit international des investissements dans l'élaboration du droit de l'environnement reste supposée, et surtout informelle. Cependant, plusieurs ONG, à l'image des Amis de la Terre ou l'International Institute for Sustainable Development (ci-après « IISD »), et certaines institutions internationales comme le Conseil des Droits de l'Homme des Nations unies³²², dénoncent le

³²¹ <https://www.connaissancedesenergies.org/tribune-actualite-energies/transition-energetique-quel-cout-et-queelles-mesures-prioritaires>

³²² Voir par exemple V. Tauli-Corpuz, Rapporteuse spéciale sur le droit des peuples autochtones, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, adressé à l'Assemblée générale (A/70/301), 07 août 2015, ou encore D. Pūras, *Rapport du*

problème de l'effet paralysant du droit international des investissements et de son application par les tribunaux d'arbitrage, dont le *Cirdi*, dans un sens favorable aux personnes privées. Une ONG a estimé que les requérants obtenaient gain de cause dans 81 % des cas où la violation du traitement juste et équitable était invoquée³²³.

Les relations entre les investisseurs étrangers et les Etats demeurent relativement opaques, afin de préserver le secret des affaires des premiers. Obtenir une vue d'ensemble de la mesure dans laquelle les risques de contentieux d'arbitrage découragent les Etats, dans l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement, relève de la gageure.

Il y a des exemples de situations où des Etats, et plus précisément les autorités et institutions publiques chargées d'adopter des normes environnementales, ont abandonné la poursuite d'une politique environnementale ambitieuse à cause du risque financier que faisait peser sur les dépenses publiques les probabilités de recours à l'arbitrage transnational. Mais les documents attestant que la prise en compte des risques financiers paralyse le développement du droit de l'environnement n'ont pu être obtenus que grâce aux lois de transparence de la vie publique ou à l'exercice du droit à l'information en matière environnementale. Une loi relative à la liberté d'information a permis d'obtenir les documents internes attestant que la perspective d'un arbitrage coûteux a convaincu le gouvernement guatémaltèque de ne pas s'opposer à un projet de mine porté par un investisseur canadien et controversé en raison de ses effets environnementaux³²⁴.

En France, la contribution de la société Vermilion REP³²⁵ lors de la préparation de l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de *loi Hulot*³²⁶ a été transmis à une association de protection de l'environnement en application du droit d'accès à l'information relative à l'environnement codifié à l'article L. 124-3 du code de l'environnement³²⁷. L'obtention de l'apport documentaire de la société invoquant un éventuel grief de droit international met en lumière la modification du projet de loi ainsi que la considération pour les investisseurs étrangers dans l'étude d'impact de la *loi Hulot* : « pour ce qui concerne l'absence de discrimination et la mise en œuvre d'un traitement juste et équitable de l'ensemble des pétitionnaires ou titulaires de titres miniers, la grande progressivité du projet de loi et la prévisibilité apportée par la fixation d'une échéance à 2040 font qu'il ne constitue pas une remise en cause générale ou disparate des conditions clés des investissements effectués ou envisagés par les opérateurs dans les années à venir »³²⁸.

rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental, adressé à l'Assemblée générale (A/69/299), 11 août 2014

³²³ Public Citizen, « Memorandum », 5 septembre 2012

³²⁴ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, op. cit., paragraphe 48

³²⁵ SCP Piwnica et Molinié, *Observations sur le projet de loi relatif à l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures*, voir en annexe p. 123-128

³²⁶ Section des travaux publics, Conseil d'Etat, *Avis n° 393503 sur un projet de loi mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement*, séance du 1^{er} septembre 2017

³²⁷ Voir Annexe p. 123-128

³²⁸ *Etude d'impact du projet de loi mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement*, 5 septembre 2017, p. 20, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000035518975&type=general&legislature=15> [consulté le 06 septembre 2019]

D'autres exemples révèlent l'abandon de la poursuite de politiques de santé publique par les Etats en matière de réduction de la consommation de cigarettes. Lorsque dans l'affaire *Philip Morris*³²⁹, le tribunal constitué a estimé être compétent pour juger si les mesures anti-tabac contrevenaient au droit international des investissements, le Costa-Rica, la Nouvelle-Zélande et le Paraguay renoncèrent à adopter des mesures semblables³³⁰. Malgré la sentence favorable pour l'Etat uruguayen, ces exemples démontrent comment les Etats peuvent être dissuadés de poursuivre une politique d'intérêt public du fait des seuls coûts des procédures d'arbitrage.

Le large spectre de mesures environnementales susceptibles de porter atteinte aux droits des investisseurs étrangers révèle l'ampleur des autorités publiques devant prendre en considération le risque financier de l'arbitrage et l'obligation d'indemnisation. Il est cependant nécessaire d'accroître les efforts afin de déterminer la mesure dans laquelle les perspectives d'atteintes aux investisseurs affectent la prise de décision en matière environnementale et nuit à l'objectif de préservation de la biosphère. Un travail institutionnel, du PNUE notamment, visant à déterminer comment le droit international des investissements affecte le droit de l'environnement et la réalisation de sa finalité, serait le bienvenu à cet égard. D'autres institutions, tel que le Conseil des Droits de l'Homme, se sont déjà penchés sur la question à travers des rapporteurs spéciaux. Leurs travaux ont mis en exergue les rétroactions du droit international des investissements sur les mesures visant à protéger l'environnement, mais en se focalisant sur le respect des droits de l'Homme. La mobilisation de la société civile à plusieurs échelles, du local au national, surtout dans les Etats en développement où le droit de l'environnement est moins consolidé, participerait à éclairer les influences hypothétiques des firmes multinationales sur la prise de décision environnementale. L'exercice du droit d'accès à l'information environnementale est une ressource non-négligeable qui pourrait permettre de mieux saisir l'ampleur du gel réglementaire opéré par le droit international des investissements.

Malgré quelques exemples, l'effet paralysant du droit international des investissements est hypothétique, mais son explication théorique démontre les avantages dont disposent les investisseurs étrangers pour bloquer le développement d'un droit améliorant la protection de l'environnement. Le pouvoir normatif de l'Etat est entravé d'une manière telle que c'est sa souveraineté qui se trouve être remise en cause.

B. Les conséquences sur la souveraineté des Etats en matière de protection de l'environnement

L'effet paralysant du recours à l'arbitrage transnational affecte la capacité des Etats à édicter des normes et les appliquer en vue de renforcer la protection de l'environnement. Le caractère potentiellement onéreux de la norme environnementale, à cause de la volonté de personnes privées étrangères de protéger leurs intérêts, influe sur la décision des autorités publiques internes. Or les normes de droit de l'environnement visent à remplir un objectif d'intérêt public envers les citoyens, en vertu du contrat social liant l'Etat à ses ressortissants. La protection des droits de chacun à un environnement sain, mais

³²⁹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of July 8, 2016

³³⁰ C. Olivet et A. Villareal, « Who really won the legal battle between Philip Morris and Uruguay ? », *The Guardian*, 8 juillet 2016, disponible sur : <https://www.theguardian.com/global-development/2016/jul/28/who-really-won-legal-battle-philip-morris-uruguay-cigarette-adverts> [consulté le 06 septembre 2019]

également à la santé ou d'accès à l'eau, se trouve inégalement limitée par le système d'indemnisation des investisseurs étrangers.

La souveraineté normative de l'Etat en matière de protection de l'environnement est limitée par des éléments d'extranéités de droit privé. « L'Etat se trouve affaibli dans sa capacité à agir dans l'intérêt public car soucieux d'éviter d'avoir à payer des frais d'arbitrage et de règlement de différends pouvant atteindre plusieurs milliards de dollars »³³¹. Les clauses de traitement juste et équitable avec le concept d'attentes légitimes, ou les « clauses parapluies » combinées à une clause contractuelle de stabilisation, appuient ce gel législatif dans l'intérêt des investisseurs étrangers.

A travers la réduction de la marge de manœuvre de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir normatif, il voit sa souveraineté économique substantiellement réduite, car il n'est plus « maître de règlementer et de contrôler les activités économiques menées sur [son] territoire »³³². Les prérogatives fiscales de l'Etat, domaine régalién par excellence, sont restreintes par l'interprétation large des traités d'investissement faite par les arbitres transnationaux. L'Equateur s'est ainsi fait condamner pour l'adoption d'un impôt, qui prélevait jusqu'à 75 % des profits extraordinaires réalisés par les exploitants d'hydrocarbures³³³. Le tribunal estima être en présence d'une expropriation indirecte.

Or la réorientation de l'économie dans l'objectif de tendre vers une société écologiquement viable fait consensus, et la réaffectation des richesses produites dans ce but, notamment à travers l'usage de l'écofiscalité, semble être une condition *sine qua non* à sa réalisation. En matière de transition énergétique par exemple, « une priorité des relations internationales »³³⁴, il est indispensable d'orienter les richesses produites par l'exploitation des sources d'énergie fossile vers des nouveaux modes de production compatibles avec les objectifs de lutte contre le changement climatique. Cependant, les Etats se heurtent à l'opposition des opérateurs économiques actifs dans les domaines les plus émetteurs de gaz à effet de serre, qui comptent bien leur « faire payer [...] le coût qui résulte pour eux de cette transition »³³⁵, entre autres en recourant au mécanisme de règlement des différends du *Cirdi*, permis par le *Traité sur la Charte européenne de l'énergie*.

La perte de souveraineté induite par la conclusion d'accords d'investissements affecte surtout les Etats en développement, en limitant leur contribution pourtant indispensable dans la protection de l'environnement. En effet, il est prédit que le développement des Etats les moins industrialisés affecte considérablement la qualité de l'environnement, comme en matière de changement climatique avec l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre résultant d'une augmentation de la consommation d'énergie³³⁶, afin d'augmenter le niveau et la qualité de vie des populations. Or, la majorité des plaintes devant les tribunaux d'arbitrage émanent de firmes multinationales ressortissantes d'Etats développés, et

³³¹ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, op. cit., paragraphe 46

³³² P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit International Public*, LGDJ, 8^e édition, p. 1158, cité par S. Lavallée, « Quelques réflexions sur l'Accord de Paris et la souveraineté économique des États », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Volume 18 numéro 1 | mai 2018, disponible sur: <http://journals.openedition.org/vertigo/19408> [consulté le 13 septembre 2019]

³³³ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award: February 7, 2017

³³⁴ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, op. cit., p. 566

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ Agence Internationale de l'Energie, *World Energy Outlook 2017*, p. 33, disponible sur : https://www.iea.org/media/weowebiste/2017/Chap1_WEO2017.pdf [consulté le 10 septembre 2019]

sont dirigés contre des Etats en développement³³⁷. Les Etats en voie de développement sont plus vulnérables aux condamnations arbitrales et aux obligations d'indemnisation, car ils disposent d'un budget public moins important, et leurs droits de l'environnement nationaux requièrent d'être renforcés³³⁸. Le rôle primordial qu'ils ont à jouer dans la protection de l'environnement est obstrué par la restriction accrue de leur souveraineté opérée par le droit international des investissements et son interprétation arbitrale.

En ce qui concerne les accaparements de terre, phénomène se manifestant dans les pays en développement, la souveraineté des Etats sur leur territoire se retrouve économiquement réduite par la protection des droits de propriété des investisseurs. Le droit international des investissements rentre en tensions avec des « politiques foncières progressistes » en augmentant leurs coûts à travers les exigences d'indemnisation, alors que leur objet est de satisfaire les intérêts des communautés rurales exclues par le modèle absolu de la propriété terrienne³³⁹. Il est difficile de satisfaire les intérêts des communautés rurales ou autochtones, exclues par la propriété privée du sol ; cette dernière est défendue efficacement par le droit international des investissements grâce à l'exigence de compensation. Or, tacler les accaparements de terres est indispensable à la lutte contre l'érosion de la biodiversité, d'autant plus que les pays sujets au « *land grabbing* » sont des réservoirs de diversité biologique, dont l'érosion est due en partie à la déforestation résultant des contrats d'aliénation foncière³⁴⁰.

La « restriction de l'espace législatif » et de l'espace « d'élaboration de politiques dans lequel agissent les gouvernements »³⁴¹ est problématique sous l'angle de la légitimité démocratique, car la souveraineté d'un Etat émane du peuple. Lors des élections, les citoyens désignent les représentants en fonction de leurs programmes, dans l'objectif de répondre aux problèmes d'intérêt public rencontrés par la population. La liberté dont dispose l'Etat de réguler les problèmes d'intérêt public rencontrés sur son territoire constitue sa souveraineté interne. L'exercice de la liberté normative de l'Etat sur la protection de l'environnement s'effectue avec la gestion des ressources naturelles. Mais sa teneur se trouve être substantiellement vidée par sa souveraineté externe.

La restriction de l'espace législatif, et la perte de souveraineté conséquente, résultent de la volonté même des Etats de conclure des accords d'investissements contenant des clauses de règlements des différends par les procédures d'arbitrage. L'adoption de tels traités visent à favoriser l'attraction des capitaux étrangers, jugés indispensables au développement d'un Etat et à sa croissance économique.

³³⁷ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, *op. cit.*, paragraphe 56

³³⁸ K. Fauchald, « International Investment Law and Environmental Protection », *op. cit.*, p. 9

³³⁹ L. Cotula, *Land rights and investment treaties : exploring the interface*, IIED, London, 2015, p. 43

³⁴⁰ M. Drousseau, « Courses aux terres sans biodiversité : à marché mondial, solutions mondiales ? », *op. cit.*

³⁴¹ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, *op. cit.*, paragraphe 46

Section 2 : La motivation économique d'une perte de souveraineté volontaire au détriment de la protection de l'environnement

L'amélioration du niveau de protection offert par le droit interne de l'environnement est verrouillée par les accords d'investissements conclus par les Etats (I). Les firmes multinationales se voient conférer, par le biais du droit international des investissements, des avantages considérables, dont l'exercice nuit à la souveraineté de l'Etat et son rôle primordial dans la protection de l'environnement (II).

I. L'évolution du droit de l'environnement tributaire de la dépendance des Etats aux capitaux étrangers

La situation transnationale des différends relatifs aux investissements, à la suite de l'adoption d'une mesure de protection de l'environnement, place la question de la souveraineté au cœur du sujet. L'élaboration ou l'application du droit national de l'environnement relèvent de la compétence normative interne de l'Etat, mais contreviennent à ses obligations engagées envers d'autres Etats dont bénéficient, par extension, les investisseurs étrangers (A). Il en résulte une paralysie, voire une régression, du niveau de protection de l'environnement par le droit (B).

A. La contradiction du désir étatique d'attraction des investissements étrangers avec la protection juridique de l'environnement

Il peut paraître paradoxal et juridiquement erroné d'indiquer que la conclusion d'accords d'investissements par un Etat vide substantiellement la souveraineté interne de sa teneur³⁴². En effet, « la faculté de contracter des engagements est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat »³⁴³. Cependant, lorsque la dichotomie est effectuée entre la souveraineté interne d'un Etat et sa souveraineté externe, respectivement calquées sur les modèles de la liberté individuelle et de l'obligation de respecter ses engagements, il est aisé de voir comment la seconde restreint la première. La souveraineté interne de l'Etat trouve son fondement dans la légitimité démocratique, ou par extension, dans l'accord tacite de la population. C'est en vertu de la souveraineté interne que les représentants sont en mesure d'effectuer des engagements internationaux. Mais, en théorie, les obligations internationales acceptées par les représentants de l'Etat doivent servir les raisons de leur élection.

La protection de l'environnement est un enjeu d'intérêt public dont la prise de conscience croissante peut inviter les citoyens à choisir des représentants dont le programme politique pro-environnemental serait susceptible de répondre à leurs inquiétudes. Or, les alternances politiques marquent une volonté démocratique de revirement des objectifs poursuivis par le pouvoir élu, mais elles se heurtent à la continuité conventionnelle des engagements internationaux.

Les accords d'investissement ont la particularité d'engager la facette externe de la souveraineté de l'Etat lorsqu'un différend survient avec des personnes privées étrangères, normalement subordonnées au pouvoir issu de sa souveraineté interne. L'Etat engage sa responsabilité internationale, donc c'est une

³⁴² S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *op. cit.*, p. 3

³⁴³ Cour permanente de justice internationale, *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, *Rec. Série A*, p. 25, cité par S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *op. cit.*, p. 3

relation de droit international qui est établi avec tous les investisseurs. Cette mise-en-œuvre de la souveraineté externe de l'Etat, librement consentie, vient limiter l'exercice de sa souveraineté interne.

Certes, les Etats ont la faculté de dénoncer les conventions internationales auxquelles ils ont librement souscrit afin de ne plus être engagés internationalement. Mais il convient dès lors d'adopter la perspective des relations internationales pour mettre en exergue la difficulté des désengagements relatifs aux traités économiques, à cause de la dépendance des économies nationales aux investissements étrangers, notamment celui des Etats en développement à l'égard des exportateurs de capitaux. « Dans les faits, la pratique des relations internationales dément ce que la théorie juridique enseigne au sujet de la souveraineté nationale »³⁴⁴. Le risque de marginalisation d'une économie nationale devient prépondérant lorsque l'Etat n'apporte plus les garanties dont bénéficiaient les investisseurs étrangers. Par conséquent, l'Etat s'expose à des obstacles dans sa politique de développement.

Les accords relatifs aux investissements ont été conclus entre les pays développés et les Etats en développement afin de sécuriser la situation des investisseurs ressortissants du premier groupe et de favoriser le développement économique des seconds. « La conclusion des accords de promotion et de protection des investissements, le plus souvent dans un cadre bilatéral, est extrêmement tributaire du rapport de force, économique et politique, qui existe entre les Etats partenaires, de sorte que la marge de manœuvre de certains s'en trouvent très largement affaiblie »³⁴⁵.

La restriction de la marge de manœuvre des Etats opérée par le droit international des investissements demeure applicable au droit de l'environnement. « C'est un *droit de correction à la marge* des régulations publiques opérantes dans nos sociétés de marché »³⁴⁶. En effet, les législations environnementales ont une fonction régulatrice, visant à corriger les excès du marché, c'est-à-dire les incidences environnementales nuisibles à la collectivité. Or ces excès sont le résultat d'une priorité accordée par les opérateurs privées à la maximisation des profits³⁴⁷, dans un contexte d'économie mondiale concurrentielle. Lorsque l'objet d'une réglementation est de mettre un terme aux pratiques nuisibles pour l'intérêt public opérées en raison des bénéfices monétaires attendus, les acteurs économiques sont dans l'obligation d'adopter des comportements licites plus coûteux, et donc susceptibles d'affecter leur compétitivité.

La revue à la baisse des exigences du droit interne de l'environnement devient un facteur de compétitivité entre les Etats pour attirer les investissements d'entreprises étrangères³⁴⁸. Par son caractère régulateur et contraignant, le droit de l'environnement rentre parmi les critères de « bonne gouvernance »³⁴⁹ déterminants dans le choix de l'investisseur quant au pays accueillant l'investissement. Un droit de l'environnement national établissant un niveau de protection supérieur à un droit d'un Etat tiers affecte le rendement d'un investissement, notamment car il génère davantage d'obligations à l'égard de l'opérateur économique qui doit en supporter les coûts. Des normes environnementales plus flexibles incitent les firmes multinationales à investir davantage car les coûts visant à limiter les incidences environnementales seront moins élevés³⁵⁰.

³⁴⁴ S. Lavallée, « Quelques réflexions sur l'Accord de Paris et la souveraineté économique des États », *op. cit.*

³⁴⁵ S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *op. cit.*, p. 4

³⁴⁶ R. Romi, « La transversalité, caractéristique, moteur et frein du droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 917

³⁴⁷ R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, 2002, p. 41

³⁴⁸ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 05

³⁴⁹ R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, *op. cit.*, p. 35

³⁵⁰ S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, *op. cit.*, p. 05-06

La volonté étatique d'attirer des investissements résulte du projet de développement économique. Mais le souhait d'importer des capitaux étrangers a des répercussions sur l'objectif d'amélioration de la protection de l'environnement lorsqu'il a été dégradé.

B. Les conséquences défavorables de l'attraction volontaire des investissements étrangers sur le niveau de protection juridique de l'environnement

Les économies nationales, et plus particulièrement celles des pays en voie de développement, dépendent des capitaux étrangers. Ils ne disposent pas des fonds et de la technologie nécessaires au développement d'activités productives au sein de leur territoire. Par conséquent, ils doivent attirer les investissements étrangers afin de répondre aux besoins de la population, notamment en matière de droits sociaux et économiques. Or, la dépendance aux investissements étrangers constitue un obstacle à la protection de l'environnement à deux égards. La nécessité d'attirer les investissements décourage les Etats à améliorer le niveau de protection juridique de l'environnement (1), mais les incite également à le baisser (2).

1. *La dissuasion de l'amélioration du niveau de protection juridique de l'environnement du fait de la dépendance économique*

En Arménie, le développement économique est complètement dépendant des investissements étrangers dans l'industrie minière, car plus de 50% des exportations sont des métaux non-ferreux et de l'or³⁵¹. Le projet d'exploitation d'une mine d'or a été remis en cause par des mobilisations locales en faveur de la protection de la qualité de l'eau et de la biodiversité³⁵². En vertu du traité britannique-arménien d'investissement, l'exploitant, une société minière britannique, a notifié le gouvernement arménien de son intention de déposer une plainte devant un tribunal d'arbitrage si l'Etat ne mettait pas un terme aux manifestations qui empêchent la réalisation du projet. Le premier ministre, nouvellement élu à la suite d'une mobilisation sociale d'ampleur nationale en 2018, a affirmé que le pays risquait « de graves problèmes » si étaient adoptées des « mesures qui peuvent sembler licites » aux yeux des arméniens « mais qui ne le sont pas du point de vue des relations internationales »³⁵³. Les « graves problèmes » potentiellement soulevés font référence au risque financier inhérent aux procédures d'arbitrage, mais aussi l'encouragement consécutif des investisseurs étrangers « à chercher d'autres destinations pour leurs capitaux »³⁵⁴. La paralysie du gouvernement arménien, dans la réglementation environnementale des activités minières demandée par une part de la population, résulte de sa dépendance aux investissements étrangers et le risque de fuite des capitaux.

Une politique d'amélioration de la qualité de l'environnement pour les citoyens nationaux aura pour corollaire une défiance des investisseurs étrangers dans la capacité économique de l'Etat à assurer un retour sur investissement des plus rentables. Les Etats, en améliorant la protection de l'environnement

³⁵¹ J. Mallin, « Les Arméniens contre la fièvre minière », *Le Monde Diplomatique*, février 2019, p. 21

³⁵² War on Want, *ISDS Files : LYDIAN V ARMENIA*, juillet 2019, disponible sur :

https://waronwant.org/sites/default/files/ISDS_files_Lyidian_Armenia_final_web.pdf [consulté le 12 septembre 2019]

³⁵³ J. Mallin, « Les Arméniens contre la fièvre minière », *op. cit.*, p. 21

³⁵⁴ *Idem.*

à travers le droit, craignent envoyer un signal négatif aux investisseurs étrangers. Ces derniers risquent de choisir d'investir dans un pays où le droit de l'environnement est moins développé car l'investissement aura de meilleurs rendements. L'effet paralysant du droit international des investissements sur les politiques environnementales se manifeste par « le refus des pouvoirs publics d'édicter des normes [environnementales] plus contraignantes, de crainte de nuire à la compétitivité nationale »³⁵⁵.

2. *Le risque d'incitation à la régression du niveau de protection juridique de l'environnement*

Dans le contexte d'économie mondialisée concurrentielle, les Etats, surtout ceux en développement – mais pas exclusivement -, se livrent une compétition acharnée afin d'être le lieu de destination privilégié des investisseurs étrangers. Effectivement, les investisseurs étrangers déterminent l'Etat d'accueil de leurs capitaux en fonction d'une multitude de critères qui garantissent la rentabilité de l'opération. « La compétition que se livrent les États hôtes pour attirer les investissements étrangers conduit souvent à un nivellement par le bas en termes de protection sociale et de l'environnement »³⁵⁶. Comme il l'est souligné dans un rapport du Sénat, « les entreprises minières, lorsqu'elles ont le choix entre plusieurs localisations, tiennent compte de multiples éléments, parmi lesquels la réglementation environnementale peut jouer un rôle »³⁵⁷. « Il apparaît que la réduction des normes environnementales a pu être un instrument utilisé par les pays en développement pour attirer les investissements étrangers »³⁵⁸.

C'est pourquoi l'article 20 du *Modèle d'Accord international sur l'investissement pour le développement durable* prévoit que « les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement au moyen d'une libéralisation des mesures nationales liées [...] à l'environnement » et « en conséquence, une Partie ne devra pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien d'un investissement sur son territoire »³⁵⁹.

Pas moins de onze traités contiennent d'ores et déjà des clauses qui établissent explicitement que « les parties ne sauraient abaisser les niveaux de vie en matière [...] d'environnement afin d'attirer les investissements »³⁶⁰. L'article 1114 (2) de l'*Alena* est l'exemple le plus fameux ayant servi de référence pour l'écriture de l'article 20 du modèle de l'IIDD. Cependant, l'emploi du conditionnel³⁶¹ dans la totalité des clauses de ce type, au sein des traités d'investissement, leur ôte tout caractère contraignant. Même dans l'hypothèse où une norme prohibant la régression juridique de la protection de l'environnement revêtait une force obligatoire, « en pratique sont exécution [demeurerait] difficile »³⁶².

³⁵⁵ S. Lepeltier, « Mondialisation, une chance pour l'environnement ? », *Rapport d'information n° 233 (2003-2004) fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification*, déposé le 03 mars 2004, p. 64

³⁵⁶ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, *op. cit.*, paragraphe 64

³⁵⁷ S. Lepeltier, « Mondialisation, une chance pour l'environnement ? », *op. cit.*, p. 61

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ Institut International pour le Développement Durable, *Modèle d'Accord International sur les Investissements pour le Développement Durable*, Avril 2005, p. 41-42

³⁶⁰ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, *op. cit.*, paragraphe 69

³⁶¹ « Les Parties reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'encourager l'investissement en adoucissant les mesures nationales qui se rapportent à la santé, à la sécurité ou à l'environnement. En conséquence, une Partie ne devrait pas renoncer ni déroger, ou offrir de renoncer ou de déroger, à de telles mesures dans le dessein d'encourager l'établissement, l'acquisition, l'expansion ou le maintien sur son territoire d'un investissement effectué par un investisseur. »

³⁶² IIDD, *Modèle d'Accord International sur les Investissements pour le Développement Durable*, *op. cit.*, p. 42

Un éventuel soulèvement de ce moyen par les défendeurs devant un tribunal du *Cirdi* n'empêcherait pas les arbitres de regarder si l'investisseur étranger a subi une atteinte dans ses droits de propriété. Il apparaît peu probable que cette clause puisse justifier une réglementation environnementale préjudiciant les investissements. Bien que prohibant la régression environnementale, elle n'autorise pas pour autant l'amélioration de la protection de l'environnement au détriment des intérêts des investisseurs étrangers.

De plus, ce n'est que dans le contexte où un investisseur serait lésé par une régression de la protection de l'environnement qu'il pourrait engager la responsabilité internationale de l'Etat. Mais comme le soulignent les différents articles conventionnels précités, l'adoucissement des mesures nationales se rapportant à l'environnement a bel et bien pour objet de favoriser l'attraction des capitaux. Or, les principaux bénéficiaires des « clauses de non-régression » sont les citoyens des Etats qui désirent abaisser le niveau juridique de protection de l'environnement. Les citoyens affectés par les régressions normatives ne disposent d'aucune voie juridique pour défendre leur droit à un environnement sain par le biais de ce type de clause.

La marge de manœuvre des Etats, pour développer un droit de l'environnement ambitieux, se retrouve limitée à cause des craintes relatives aux décisions des firmes multinationales quant à la localisation de leurs activités.

II. La remise en cause de la souveraineté étatique par les firmes multinationales en matière de droit de l'environnement

Le droit international des investissements, tel que généralement rédigé et interprété par les arbitres, instaure une relation dissymétrique entre les Etats et les investisseurs étrangers. Les corporations transnationales savent tirer avantage des prérogatives qui leur sont accordées pour faire valoir leurs intérêts, au détriment de l'objectif de préservation de l'environnement (A). Seulement, elles demeurent libres de toutes obligations internationales visant à protéger l'environnement, accentuant le déséquilibre relationnel avec les Etats (B).

A. L'asymétrie relationnel entre les Etats et les firmes multinationales dans le cadre du droit international des investissements

Initialement, le droit international des investissements conférait la possibilité pour les investisseurs étrangers de recourir à l'arbitrage transnational au cas où l'Etat hôte avait échoué à garantir la protection des investissements. Le préambule de la *Convention de Washington* reconnaît que les « différends doivent normalement faire l'objet de recours aux instances internes » ; ce n'est que dans « certains cas » que « des modes de règlement internationaux de ces différends peuvent être appropriés ». L'esprit d'élaboration de la *Convention de Washington* concevait l'arbitrage transnational comme un mode de règlement des différends d'exception, en fonction des circonstances. Cependant, la profusion des plaintes émanant de la part des investisseurs étrangers constitue une réelle « utilisation offensive »³⁶³ du droit international des investissements à l'encontre des Etats. Ainsi, les investisseurs étrangers, soumis

³⁶³ S. Robert-Cuendet, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *op. cit.*, p. 6

au droit national du pays où ils exercent leurs activités, ont su user de leurs « privilèges exorbitants »³⁶⁴ afin de se placer dans une situation de sujet de droit international capable d'infléchir les décisions étatiques.

D'ores et déjà, les accords d'investissements avaient pour but de conférer aux personnes de droit privé une protection internationale de leurs droits de propriété sur les investissements réalisés dans un Etat tiers. L'objet de la protection est plus étendu que le droit interne, car la définition d'investissement inclut les contrats de concessions ou les autorisations administratives. Ainsi, les clauses d'expropriation peuvent voir leur champ d'application élargi par rapport à ce que prévoient les ordres juridiques internes. L'accès à l'arbitrage transnational sans exigence préalable d'épuisement des voies de recours internes, et ce même dans des circonstances où les traités prévoyaient des clauses à de tels effets, constitue un privilège pour les investisseurs étrangers. Le court-circuitage des juridictions nationales délaisse l'Etat de sa compétence souveraine d'application du droit. L'interprétation téléologique des tribunaux d'arbitrage relativement favorable aux demandeurs vient accentuer l'asymétrie procédurale entre les parties aux différends, menant à une importante augmentation des plaintes de firmes multinationales contre les Etats.

Cependant, la jurisprudence du *Cirdi* a su intégrer les questions de souveraineté, et, plus timidement, de l'intérêt public de protection de l'environnement, dans ses sentences arbitrales. Au demeurant, l'incertitude relative au sens des sentences, en raison du caractère casuistique de ces différends, est une source d'inquiétudes pour les Etats désireux d'améliorer la protection de l'environnement à travers leur compétence normative. En effet, les conséquences financières des indemnisations parfois accordées aux investisseurs peuvent sérieusement impacter les finances publiques, et *a fortiori* les économies nationales. De plus, les procédures d'arbitrage sont elles-mêmes onéreuses, et peuvent requérir la mobilisation d'une somme considérable de fonds publics, tandis que les demandeurs ont la possibilité de recourir à un mécanisme de financement par un tiers en vue de ne pas être affecté par le risque financier de la procédure elle-même.

Les avantages que les firmes multinationales tirent des traités d'investissement a conduit à leur utilisation comme une « véritable arme de dissuasion à l'adresse des Etats »³⁶⁵ contre l'évolution d'un droit national améliorant la protection de l'environnement. En plus des avantages procéduraux tirés du droit international des investissements leur conférant une part de prérogatives réservées aux sujets de droit international, telle que la possibilité d'engager la responsabilité internationale d'un Etat, le caractère de personne privée facilite l'utilisation des TBI afin de menacer un Etat contre l'adoption de mesures environnementales lésant l'investissement.

Dans l'affaire *Aguas del Tunari*³⁶⁶, l'entreprise dont l'actionnaire majoritaire était une société sise aux Îles Caïmans, ne pouvait saisir le *Cirdi* car le TBI entre le Royaume-Uni et la Bolivie excluait les investisseurs des territoires britanniques d'outre-mer. Par le biais d'une opération complexe, postérieure à l'émergence d'un différend relatif au contrat de distribution et de traitement des eaux, l'entreprise *Aguas del Tunari* passa sous le contrôle d'une entreprise néerlandaise. Il fût ainsi possible d'invoquer le TBI entre le Pays-Bas et la Bolivie, ce qu'admit le tribunal constitué pour juger de sa compétence.

³⁶⁴ *Ibid.* p. 5

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 6

³⁶⁶ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of October 21, 2005

L'argument de la Bolivie, selon lequel la « migration » de l'actionnaire majoritaire était frauduleuse, fut jugé inopérant³⁶⁷.

La mobilité des capitaux entre les pays, permise par le mouvement de libéralisation globale des flux, est essentielle pour les firmes multinationales car elle « crée une autonomie par rapport au cadre juridique national, qu'elles pourront exploiter au mieux de leurs intérêts »³⁶⁸. Le droit international des investissements protège les multinationales des risques inhérents à la mobilité des capitaux en leur conférant le privilège de pouvoir assigner des Etats en justice devant des tribunaux internationaux. Une forme de « personnalité internationale » recouvre ainsi les sociétés transnationales³⁶⁹, au point que « l'entreprise privée peut être considéré comme un sujet du droit international public »³⁷⁰. Mais elles peuvent également jouer du caractère privé de leur situation transnationale pour être en mesure de menacer d'arbitrage un Etat susceptible d'adopter des mesures environnementales lésant leurs intérêts. Il en découle « une dangereuse accumulation de pouvoirs dans les mains des acteurs internationaux du monde de l'entreprise, laquelle entrave les capacités de l'État dans son rôle de régulateur et de protecteur efficace des droits de l'homme »³⁷¹.

Les avantages conventionnels des investisseurs étrangers contre les Etats sont accentués par l'absence d'obligations internationales auxquelles ils pourraient être tenus.

B. L'absence d'obligations internationales de protection de l'environnement à l'égard des investisseurs étrangers

Le droit international des investissements et son interprétation par les arbitres du *Cirdi* ne confèrent aucune obligation à l'égard des investisseurs étrangers, malgré l'octroi de droits avantageux. Les firmes multinationales, dont les activités ont des incidences certaines sur l'environnement et les droits de l'Homme³⁷², ne sont liées par aucune clause conventionnelle, notamment du fait qu'elles ne soient pas parties aux traités.

L'Etat d'accueil a la possibilité de soumettre les sociétés transnationales à des obligations de droit interne servant la finalité de protection de l'environnement, comme la réalisation d'une étude d'impact, la délivrance d'une autorisation préalable ou encore la remise en état lors de la cessation d'activité. A défaut, les autorités publiques peuvent toujours engager des actions judiciaires contre les investisseurs étrangers. Les différentes sentences arbitrales abordées ont démontré comment les avantages conventionnels des sociétés multinationales pouvaient servir à contourner les obligations environnementales de droit interne leur incombant mais lésant leurs intérêts. Devant un tribunal d'arbitrage transnational, il ne pourra leur être reproché de manquements à leurs obligations nationales car ces devoirs ne trouvent pas de fondement conventionnel.

³⁶⁷ A. R. Hippolyte, « ICSID's Neoliberal Approach to Environmental Regulation in Developing Countries – Lessons from Latin America », *International Community Law Review* 19 (2017), p. 432

³⁶⁸ M. Delmas-Marty, « Préface – Le défi du droit face aux multinationales », dans W. Bourdon, *Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens?*, Editions La Découverte, Paris, 2010, p. 05

³⁶⁹ D. Carreau, P. Julliard, R. Bismuth, A. Hamann, *Droit international économique*, Dalloz, *op. cit.*, p. 47

³⁷⁰ P.-M. Dupuyt, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 796

³⁷¹ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, *op. cit.*, paragraphe 45

³⁷² *Supra.*, Introduction, p. 23-24

Le décalage entre la multiplicité de droits accordés aux firmes multinationales dans leurs investissements et l'absence d'obligations subséquentes résulte du rapport de force économique au sein des relations internationales. Les Etats exportateurs de capitaux défendirent l'adoption d'instruments incitatifs non-contraignants³⁷³. A l'inverse, les pays en développement arguèrent en faveur d'une convention régissant le comportement des investisseurs.

Les investisseurs étrangers ne font pas l'objet de normes de droit international contraignantes, mais seulement de textes de droit dit « souple ». C'est dans ce registre que s'inscrit la promotion de la « responsabilité sociale des entreprises »³⁷⁴, notamment avec l'édition des *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*³⁷⁵. Ces textes de droit souple invitent les investisseurs étrangers à effectuer des activités dans le respect de la protection de l'environnement notamment, mais également en conformité avec les droits de l'Homme et l'intérêt public poursuivis par les Etats. Plus généralement, il leur est demandé d'adopter des comportements et pratiques « éthiques »³⁷⁶.

Cependant, ces normes de *soft law* ne lient pas les investisseurs, et elles ne seront appliquées que par les seuls opérateurs économiques décidant de prendre en compte l'impact environnemental de leurs investissements. Bien que la CNUCED se félicite d'un fléchissement des investissements internationaux effectués dans une perspective de développement durable³⁷⁷, la liberté accordée aux sociétés multinationales continuent de produire des incidences considérables sur l'environnement et les droits de l'Homme³⁷⁸. La priorité accordée à la maximisation du profit semble nuire aux enjeux socio-environnementaux. L'opposition à l'adoption de normes environnementales de droit international contraignantes pour les investisseurs étrangers est la conséquence du souci d'« efficacité économique », qui repose sur un encadrement juridique flexible.

L'une des pistes évoquées est l'introduction de « principes relatifs à la responsabilité civile adaptés au droit international de l'environnement » au sein des accords d'investissements³⁷⁹. La responsabilité des investisseurs étrangers pourrait être engagée devant une juridiction internationale en raison des dommages environnementaux causés par leurs activités sur le territoire de l'Etat hôte. L'Etat disposerait de recours pour obliger l'investisseur étranger à remettre en état la zone affectée. De plus, ce modèle, inspiré par les mécanismes d'indemnisation internationale dans des secteurs économiques spécifiques³⁸⁰, conférerait aux victimes des incidences environnementales de l'activité une voie juridique pour obtenir

³⁷³ P.-M. Dupuyt, Y. Kerbrat, *Droit International Public*, *op. cit.*, p. 775

³⁷⁴ « Responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » d'après Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM (2011) 681 final, p. 07, 25 octobre 2011

³⁷⁵ OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, édition 2011, disponible sur : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf> [consulté le 13 septembre 2019]

³⁷⁶ R. Charvin, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, 2002, p. 86

³⁷⁷ CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2018, *op. cit.*, p. 24

³⁷⁸ *Supra.*, Introduction, p. 23-24

³⁷⁹ 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 », *Investment Treaty News*, 23 avril 2019, disponible sur : https://www.iisd.org/itn/fr/2019/04/23/enhancing-environmental-protection-in-international-investment-law-through-the-integration-of-international-civil-liability-principles-alessandra-mistura/#_ftn9 [consulté le 14 septembre 2019]

³⁸⁰ A l'image du Protocole de Londres modifiant la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution* du 29 novembre 1969, instaurant les Fonds d'indemnisation internationaux pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dit *Fipol*

une réparation consécutive aux dommages subis. Ainsi, l'enjeu global se reconnecterait aux conséquences locales.

La principale difficulté pour obtenir la conclusion d'accords relatifs aux investissements contenant de telles clauses demeure la volonté des Etats d'intégrer ces dispositions de responsabilité civile des investisseurs. Ont été abordés de nombreux exemples où l'intention étatique de protéger l'environnement était incompatible avec la défense des intérêts des investisseurs étrangers. Cependant, ces conflits de normes nécessitent la volonté de l'Etat hôte de protéger l'environnement. Or, lorsque les intérêts de l'Etat hôte et l'investisseur convergent, surtout d'un point de vue économique, aucun différend ne surviendra.

Dans le contexte westphalien des relations internationales, lors des négociations d'investissements internationaux, chaque Etat tentera d'obtenir le moins de contraintes pour ses entreprises multinationales, car elles participent à la bonne santé de l'économie nationale. D'autant plus que les activités exercées par certaines firmes transnationales sont indispensables à la sécurité et au bon fonctionnement d'un Etat. Ainsi, en juillet 2019, c'est le Ministre français de l'économie lui-même qui a effectué un déplacement au Kazakhstan en vue d'obtenir un décret autorisant l'exploitation d'une mine d'uranium à l'entreprise multinationale française Oreno (ex-Areva), au détriment d'une forêt protégée³⁸¹. D'une perspective de sécurité nationale, dans un pays où la part du nucléaire représente plus de 70% de la production totale d'électricité³⁸², il apparaît indispensable de sécuriser l'approvisionnement en uranium afin de servir l'intérêt général de la population à travers le service public de l'électricité et sa mise en œuvre³⁸³. La conclusion de l'*Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la république du Kazakhstan sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements* du 03 février 1998 paraît dès lors nécessaire afin de garantir la protection des « concessions relatives à la prospection, la culture, l'extraction ou l'exploitation des richesses naturelles » au terme de l'article 1^{er}.

La souveraineté de l'Etat, menacée par les firmes multinationales, se trouve aussi étroitement intriquée dans l'intérêt de ces corporations en raison du cadre westphalien ultra-concurrentiel de l'économie mondiale. Mais la protection de l'environnement semble bel et bien avoir été délaissée par la complexité économique-politique du droit international des investissements. Il appartient désormais aux défenseurs de la protection de l'environnement d'éveiller les « forces imaginantes du droit »³⁸⁴ pour écologiser davantage les différentes disciplines juridiques en vue de répondre aux menaces environnementales locales, et surtout, globales.

³⁸¹ La rédaction, « Orano va raser une forêt protégée pour exploiter une mine d'uranium au Kazakhstan », *Novastan*, 23 août 2019, disponible sur : <https://www.novastan.org/fr/kazakhstan/orano-va-raser-une-foret-protgee-pour-exploiter-une-mine-duranium-au-kazakhstan/> [consulté le 14 septembre 2019]

³⁸² 71,7% en 2018 d'après Réseau de transport d'électricité (RTE), *Bilan électrique 2018*, disponible sur : https://www.connaissancedesenergies.org/sites/default/files/pdf-actualites/bilan_electrique_2018.pdf [consulté le 14 septembre 2019]

³⁸³ *Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité*

³⁸⁴ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, vol. III, *La refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris, 2007

CONCLUSION

La finalité du droit de l'environnement n'est pas suffisamment prise en compte par les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* lorsqu'elle motive l'adoption de mesures étatiques. L'objectif principal de cette juridiction demeure la protection des investissements internationaux, ce qui laisse peu de place à l'intégration des droits portant des valeurs extra-commerciales, notamment le droit de l'environnement.

Ce n'est que dans l'hypothèse où le droit de l'environnement soulève des tensions avec le droit international des investissements qu'il sera connu du Centre. L'acception élargie du Centre sur sa compétence induit la possibilité qu'un large panel de normes environnementales entre en contradiction avec les obligations conventionnelles du droit des investissements. Chaque Etat, en vertu de sa souveraineté, peut légiférer comme il le souhaite en matière environnementale, et le *Cirdi* ne peut nullement remettre en cause la compétence normative des défendeurs. D'autant plus que la préservation de l'environnement est reconnue par le Centre comme un intérêt public légitimement poursuivi. Toutefois, l'Etat devra indemniser les investisseurs à la hauteur des dommages subis du fait du droit de l'environnement. Les accords d'investissements internationaux deviennent un carcan subordonnant la normativité environnementale. Ce cloisonnement prend une dimension économique avec l'obligation d'indemniser les investisseurs en cas de manquement aux clauses des traités d'investissement. Les exigences de compensation peuvent se révéler facilement dissuasives dans l'élaboration ou l'application du droit de l'environnement car les sommes des prétentions représentent des parts significatives des fonds publics.

Affirmer que les arbitres du *Cirdi* ne tiennent pas compte de la protection de l'environnement est trop manichéen. A certaines occasions, le droit international de l'environnement a été intégré dans le raisonnement des arbitres de manière à justifier la licéité internationale d'un acte adopté en vue de préserver le patrimoine naturel ou culturel. L'appréciation du respect des droits des investisseurs a aussi fait l'objet d'une conciliation avec les enjeux d'intérêt public, notamment par le biais d'un contrôle de proportionnalité en matière d'expropriation indirecte. Ce mouvement de plus grande déférence des arbitres pour la souveraineté de l'Etat a été amorcé par une rédaction des traités d'investissements de nouvelle génération intégrant davantage les questions relatives à l'intérêt général.

Les issues des sentences arbitrales oscillent de manière imprévisible entre la protection des investisseurs et le respect de la souveraineté de l'Etat dans sa poursuite de l'intérêt public. L'interprétation du traitement juste et équitable, nouveau cœur du contentieux opposant les investisseurs aux Etats, illustre l'incertitude inhérente aux procédures d'arbitrage. Mais les contours flous de ce standard mènent à une interprétation le plus souvent avantageuse pour les investisseurs en raison des effets pécuniaires qu'ils ont subis.

L'absence de jurisprudence arbitrale cohérente tient au caractère casuistique du contentieux, à l'hétérogénéité des traités applicables et à la diversité de composition des tribunaux d'arbitrage. L'imprévisibilité de l'issue des sentences constitue une source d'insécurité juridique quant à la conformité des normes de droit de l'environnement avec les conventions d'investissements. Le risque financier des condamnations d'arbitrage hante les Etats dans leur normativité environnementale.

Le concept d'état de droit est malmené par les privilèges exorbitants dont bénéficient les investisseurs étrangers, surtout l'accès exclusif à une justice dont la vocation est de protéger leurs intérêts. Les différends portés devant les tribunaux d'arbitrage déconnectent les enjeux environnementaux locaux de l'ambition globale de promotion des investissements. Les citoyens affectés ne peuvent exercer des

recours efficaces devant les juridictions adéquates pour faire valoir leurs droits. Les autorités publiques nationales ne disposent pas des moyens juridiques et financiers suffisants pour contraindre les entreprises transnationales derrière les investissements à respecter le droit de l'environnement. Un Etat peut au maximum condamner la filiale exerçant au sein de son territoire, mais il s'expose à une lourde condamnation financière par les tribunaux d'arbitrage. Condamner la société accueillant l'investissement ne permet pas pour autant d'engager la responsabilité de l'investisseur étranger lui-même, car ce dernier ressort d'un autre droit national. Pourtant, l'investisseur étranger, quant à lui, dispose des modes de règlements des différends relatifs aux investissements pour satisfaire ces intérêts au détriment de l'Etat.

Les enjeux d'intérêts publics représentés par certains litiges ne font aucuns doutes, comme l'a attesté l'admission d'associations de protection de l'environnement en tant qu'*amicus curiae*. Mais là encore, aucune tendance générale ne peut être dégagée quant à la possibilité des ONG d'intervenir dans un différend en apportant leurs contributions. De plus, le caractère secret des procédures ne permet pas aux parties non-contestantes d'accéder aux pièces du dossier ou d'assister aux audiences. Or, la volonté de certaines contributions est de faire entendre la voix de personnes directement concernées par le différend en question à cause des répercussions environnementales des activités de l'investisseur.

Les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* manifesterait-il un certain cynisme dans l'admission quasi-discrétionnaire de seulement quelques associations de protection de l'environnement, pour asseoir leur légitimité ? Car c'est bien de légitimité dont manque les tribunaux d'arbitrage, une forme de justice privée, au regard des enjeux d'intérêt publics des différends entre investisseurs et Etats, tels que la protection de l'environnement.

L'issue des différends peuvent affecter les droits environnementaux des communautés locales, particulièrement ceux des peuples autochtones, du fait de la force exécutoire de la décision. Mais les sentences arbitrales sont prononcées sans que les victimes des dommages environnementaux ne puissent accéder aux tribunaux d'arbitrage pour défendre leurs droits. En effet, la défense de l'environnement des communautés locales, ou la préservation des droits des peuples autochtones, ne convergent pas obligatoirement avec les intérêts de l'Etat partie au différend.

Contrairement aux juridictions nationales issues d'un processus de maturation des systèmes politiques démocratiques, les tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* ne présentent pas les caractéristiques de l'état de droit³⁸⁵. « Le manque de processus d'appel, [...] l'opacité des procédures et le manque d'informations complètes et disponibles sur la place publique concernant les décisions »³⁸⁶, et, surtout, l'absence de garanties d'impartialité fonctionnelle et subjective des arbitres, nuisent à l'acceptabilité des sentences. Les décisions des arbitres sont prises sans considérations – ou très peu – pour les droits de l'Homme, mais elles produisent à leurs égards des effets pourtant certains.

Les arbitres ne sont pas financièrement indépendant, car leurs revenus reposent sur la capacité des investisseurs étrangers à les saisir. De plus, ils ne présentent pas les garanties d'indépendance fonctionnelle indispensable à une justice impartiale, car ils peuvent exercer « les fonctions d'avocat, d'arbitre et de conseiller auprès d'un investisseur ou pour le compte d'un Etat à des moments différents »³⁸⁷. Enfin, concernant l'impartialité subjective, « de nombreux arbitres ont des liens étroits

³⁸⁵ V. Tauli-Corpuz, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, op. cit., paragraphe 52 et suivants

³⁸⁶ *Ibid.*, paragraphe 54

³⁸⁷ *Idem.* reprenant la citation de D. Pūras, *Rapport du rapporteur spécial sur le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental*, op. cit.,

avec les milieux d'affaire »³⁸⁸, grâce auxquels ils se sont enrichis. Leurs sentences sont enclines à être orientées de manière à promouvoir un système économique ayant permis leur réussite.

Le *Cirdi* est une institution constituée sous l'égide du *Groupe de la Banque mondiale*. Dans le cadre de ces politiques de développement, cette dernière conclut également des partenariats publics-privés avec des investisseurs étrangers où elle finance une part des fonds requis pour réaliser des projets de développement. Des situations de conflits d'intérêts peuvent survenir lorsque le *Cirdi* doit juger un différend relatif à un projet portée par la *Banque Mondiale* ou une de ses divisions, à l'image de l'affaire *Eco Oro*³⁸⁹ où la *Société financière internationale*³⁹⁰ « comptait parmi les actionnaires de la mine »³⁹¹. Or, le Président de la *Banque Mondiale*, qui est le Président de plein-droit du Conseil administratif du *Cirdi*, dispose du pouvoir de nommer le Président du Tribunal, sous réserve que les parties n'aient pas trouvé de terrain d'entente. La dépendance structurelle du Centre autorise à penser que les tribunaux d'arbitrage participent également à la promotion du néolibéralisme tel que l'entend la *Banque Mondiale*³⁹². Cette dernière mène ses politiques de développement et d'ajustement structurels dans un sens favorable au libre-échange, à l'ouverture des marchés, à la dérégulation, et à la réduction de la taille des secteurs économiques publics via les privatisations, effectuées notamment par l'apport de capitaux étrangers³⁹³.

Sous l'impulsion de politiques internationales de paradigme néolibéral menées entre autres par la *Banque Mondiale* et le *Fonds Monétaire International*, les faits économiques ont mené à une autonomisation de la volonté des opérateurs économiques privées en droit international. La théorie économique néolibérale, selon laquelle les marchés doivent faire l'objet du strict minimum en matière de régulation étatique, a « fortement encouragé » « la libéralisation du commerce international, l'ouverture des marchés aux investisseurs internationaux et le développement des mécanismes juridiques internationaux de développement »³⁹⁴. Le droit international des investissements s'inscrit partiellement dans ce paradigme néolibéral : le marché est le seul facteur de développement, indépendamment de la volonté des Etats, donc, il faut inciter les opérateurs économiques à effectuer des investissements afin de catalyser la croissance économique des Etats en développement.

Le néolibéralisme a surtout permis d'asseoir la puissance financière des firmes multinationales, qui, en l'absence de régulations plus fermes, peuvent dorénavant imposer la loi du marché aux gouvernements et aux Etats. C'est ainsi qu'ils verrouillent l'amélioration du niveau de protection de l'environnement offert par les droits nationaux, notamment en brandissant le spectre d'un arbitrage transnational auquel ils peuvent plus facilement se permettre de recourir d'un point de vue pécuniaire. En effet, hormis les frais de procédure, ils n'ont rien à perdre, contrairement aux Etats dont les condamnations peuvent atteindre des sommes colossales impactant sévèrement les finances publiques. De plus, les frais de procédures des demandeurs peuvent être financés par des tiers, ce qui minimise le risque de l'investisseur partie au différend. Comble du néolibéralisme économique, les différends, dans lesquels

³⁸⁸ *Idem*.

³⁸⁹ *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, pending

³⁹⁰ Organisation du Groupe de la Banque Mondiale dont le rôle est de faciliter l'expansion des entreprises dans les Etats en développement

³⁹¹ Les Amis de la Terre, « Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales », *op. cit.*, p. 63

³⁹² A. R. Hippolyte, « ICSID's Neoliberal Approach to Environmental Regulation in Developing Countries – Lessons from Latin America », *op. cit.*, p. 405

³⁹³ *Idem*.

³⁹⁴ V. Tauli-Corpus, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, *op. cit.*, paragraphe 62

les Etats règlementent l'activité des investisseurs dans un souci de protection de l'environnement, peuvent eux-même faire l'objet d'une spéculation lucrative appuyant leurs condamnations.

Une vision d'intégration systémique des normes inviterait le droit de l'environnement et le droit international des investissements à s'éclairer l'un l'autre en vue de poursuivre une transition écologique et énergétique respectueuse des droits des investisseurs, et inversement, réaliser des investissements internationaux dans une perspective de développement durable. Mais la pratique démontre comment la primauté accordée au droit international des investissements subordonne et conditionne le droit de l'environnement au point de nuire à la réalisation de sa finalité, à cause des privilèges procéduraux accordés aux investisseurs.

Le propos n'est pas de diaboliser la totalité des investisseurs étrangers et sociétés transnationales. Au contraire, il a été vu comment les investissements responsables pourraient appuyer l'efficacité économique du principe de non-régression en droit de l'environnement, par le biais des systèmes de règlements des différends transnationaux. De plus, les investissements internationaux seront indispensables pour opérer une transition écologique dont l'innovation technologique est l'un des piliers. Cependant, la critique se focalise sur les droits conventionnels exceptionnels garantis par le droit international des investissements qui contribuent à perpétuer de manière systémique l'exercice des activités les plus nocifs pour la biosphère.

En utilisant les prérogatives exorbitantes accordées aux investisseurs dans leur intérêt, les sociétés transnationales nuisent au développement du droit de l'environnement et à l'avènement d'une politique environnementale ambitieuse à la hauteur des enjeux écologiques actuels. Ce n'est que dans la perspective où le droit de l'environnement ne compromet pas leurs plans d'affaires qu'elles n'exprimeront pas d'animosité à son égard. Tout projet normatif de protection de l'environnement qui a des répercussions négatives, en terme de coûts, sur les activités d'une compagnie multinationale fait l'objet d'une défiance de sa part. Cette opposition se manifestera par une contribution préalable active visant à protéger ses intérêts, et, en cas d'échec, un recours aux mécanismes d'arbitrage des différends entre investisseurs et Etats. Inversement, l'aptitude à agir devant les tribunaux d'arbitrage vient ainsi appuyer le poids des arguments en amont d'un projet de décision ayant des incidences sur l'environnement.

L'étude empirique des affaires du *Cirdi* a mis en avant le penchant des investisseurs particulièrement actifs dans les secteurs extractifs et dans l'exploitation des sources d'énergie fossile, à défendre leurs intérêts économiques afin de préserver leurs droits acquis. Leur implication toujours importante dans les secteurs économiques aux effets les plus néfastes pour l'environnement global résulte de l'avantage comparatif obtenu en matière de retour sur investissement, et donc de maximisation du profit. Cependant, cette vision des avantages individuels à court-terme vient se heurter aux répercussions collectives à long-terme, à travers les externalités environnementales. Paradoxalement, le temps de planification des investissements dans un souci de maximisation des rendements à long-terme, juridiquement protégé par les normes tant nationales qu'internationales de sécurisation des situations des individus, obstrue l'urgence d'agir rapidement face à la crise écologique.

Les scientifiques ne cessent d'alerter l'humanité sur la nécessité d'adopter des changements structurels. L'urgence de la situation implique de ne plus laisser les modifications systémiques requises soumises à la libre-volonté des entreprises. La globalisation économique se traduit par l'impuissance des Etats. Dès lors, un rééquilibrage paraît nécessaire pour rétablir un rapport de force ne laissant plus les Etats délaissés dans la menée des politiques environnementales ambitieuses.

L'évolution du droit international des investissements démontre comment la mondialisation, et plus spécifiquement la libéralisation des flux de capitaux, a bouleversé les catégories juridiques. La situation transnationale des investisseurs étrangers rend mal aisée la distinction classique entre droit international et droit national, du fait de leur capacité à agir en justice directement contre un Etat et ainsi engager leur responsabilité internationale.

Les Etats ont la particularité, contrairement aux investisseurs étrangers et aux entreprises multinationales, de construire leur légitimité au travers de « l'autorité du droit »³⁹⁵. La rhétorique juridique a le mérite d'appliquer des règles et procédures selon des critères universels et équitables dont le pouvoir ne peut s'extraire. Bien qu'il serve une forme de domination économique, « si le droit est trop visiblement injuste et partial, alors il ne masquera et ne légitimera rien, et ne contribuera en rien à une quelconque hégémonie de classe »³⁹⁶. Le droit consolidant les intérêts des investisseurs étrangers, il doit également renforcer le contrôle exercé sur leurs activités. La valeur universelle des Droits de l'Homme est aujourd'hui mondialement reconnue, et les citoyens subissant des dommages environnementaux du fait d'investisseurs étrangers ont conscience de l'atteinte portée à leurs droits.

Alors que l'absence de garanties procédurales d'indépendance entache déjà l'impartialité des arbitres, le défaut de légitimité du *Cirdi* semble accru par la prise en compte incomplète de l'ensemble des intérêts présents aux différends, notamment les intérêts environnementaux. Les sentences arbitrales présentent un caractère de dernier ressort en raison de leur force exécutoire de droit international. L'incapacité des individus affectés par les activités des investisseurs à se faire entendre au cours des procédures d'arbitrage alimente les sentiments d'injustice et de dénégation des droits élémentaires, dont l'exercice est conditionné par un environnement sain. Les recrudescences de mobilisations sociales parfois violentes³⁹⁷ contre des projets d'investisseurs étrangers invitent à ce que « la globalisation économique devienne compatible avec un état de droit »³⁹⁸.

Une réponse juridique coordonnée aux échelles nationales et internationales paraît indubitablement nécessaire pour pallier la négation de l'accès à la justice environnementale des communautés locales affectés par les activités d'investissement. Mais toute action entreprise à cette fin semble conditionnée par une réelle volonté politique ainsi qu'un contexte favorable de coopération internationale.

Un renforcement du droit d'accès à la justice environnementale ne passerait que par une limitation du privilège exclusif des investisseurs étrangers à saisir les tribunaux d'arbitrage. L'application effective des clauses d'épuisement des voies de recours devant les juridictions nationales serait la bienvenue à cet égard. Les juges de droit interne sont les mieux placés pour opérer une intégration systémique du droit international des investissements, conformément à la hiérarchie des normes. Ils disposent de la compétence adéquate pour appliquer les droits internationaux portant des valeurs extra-commerciales aux litiges ayant une incidence sur l'environnement.

Une consolidation de la marge de manœuvre des Etats, actuellement restreinte par les privilèges dont bénéficient les investisseurs étrangers, renforcerait leur rôle souverain de protection des ressources naturelles sur son territoire. L'amélioration de la protection offerte par le droit de l'environnement, au sein des ordres juridiques internes, devrait passer par un encadrement plus stricte de l'activité des sociétés transnationales et leurs investissements internationaux. Les responsabilités civile, mais aussi

³⁹⁵ E.P. Thompson, *La guerre des forêts – Lutte sociale dans l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle*, op. cit., p. 117

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 110

³⁹⁷ V. Tauli-Corpuz, *Report to the Human Rights Council on the impacts of investments agreements on the rights of indigenous people*, op. cit., paragraphe 27

³⁹⁸ M. Delmas-Marty, « Préface – Le défi du droit face aux multinationales », op. cit., p. 12

pénale, des sociétés mères pourraient être engagées en cas d'atteinte environnementale commise par une filiale sur le territoire d'un Etat tiers accueillant l'investissement³⁹⁹.

Bien que son bilan soit « plus que mitigé »⁴⁰⁰, l'*Alien Torts Claim Act*⁴⁰¹ aux Etats-Unis constitue un exemple de loi autorisant des citoyens étrangers à intenter des actions civiles devant les tribunaux fédéraux, contre des entreprises américaines du fait de la commission de délits contrevenant au droit international sur un territoire étranger. L'ouverture des juridictions nationales aux citoyens étrangers victimes d'atteinte à l'environnement ou de violations des droits de l'Homme, consécutivement à la réalisation d'un investissement, marquerait une reconnexion des incidences environnementales locales avec l'activité globale des sociétés transnationales. En effet, les juridictions de l'Etat dont ressort l'investisseur auraient la possibilité de prononcer des injonctions ou des sentences prenant en compte le respect du droit de l'environnement ou des droits de l'Homme, contrairement aux tribunaux d'arbitrage du *Cirdi* dont la compétence se limite à l'application du droit international des investissements. Territorialement, les sentences ne s'appliqueraient qu'aux sociétés mères, et non aux filiales dépendantes du droit de l'Etat hôte, mais elles pourraient se révéler dissuasive à la vue du contrôle avéré des investisseurs étrangers sur la réalisation de leurs investissements. De plus, contrairement aux juridictions de l'Etat accueillant l'investissement, les juges de l'Etat de l'investisseur ne pourraient pas faire l'objet d'une menace d'arbitrage transnational. Demeurerait tout de même l'éventuelle prise en compte de l'influence économique de la firme assignée.

Les victimes des opérations d'investissement devraient démontrer l'existence d'un dommage, et d'un lien de causalité entre l'activité de l'investisseur et la société mère, notamment à travers le contrôle et l'influence que cette dernière exerce sur la première grâce à la détention de capitaux. Une responsabilité de plein-droit participerait à une meilleure prise en compte des intérêts des demandeurs, car elle obligerait la société mère à démontrer qu'elle ne pouvait empêcher la réalisation des atteintes litigieuses ou qu'elle n'en avait pas connaissance⁴⁰². A l'opposé, une responsabilité pour faute exigerait un niveau de preuve que les victimes d'atteintes à l'environnement ne pourrait raisonnablement fournir, notamment à cause de l'opacité inhérente aux relations d'affaires entre les sociétés mères et leurs filiales.

En France, l'obligation d'établir un plan de vigilance, instauré par la *loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, marque un premier pas dans la reconnaissance du rôle des firmes multinationales dans la protection de l'environnement à l'échelle mondiale⁴⁰³. Lorsque le manquement à l'obligation d'établir un plan de vigilance a causé un préjudice, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut exercer une action en responsabilité pour faute⁴⁰⁴. Il convient dorénavant de patienter pour voir comment va évoluer ce type de responsabilité qui semble adapter aux dommages subis par des étrangers du fait d'investisseurs

³⁹⁹ W. Bourdon, *Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, op. cit., p. 295

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 39

⁴⁰¹ *Alien Torts Claim Act*, Judiciary Act of 1789

⁴⁰² W. Bourdon, *Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, op. cit., p. 295

⁴⁰³ Article L. 225-102-4 I. du code de commerce : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle [...], directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »

⁴⁰⁴ Article L. 225-102-5 du code de commerce

français répondant aux critères d'application du devoir de vigilance⁴⁰⁵. Les associations Sherpa et le Comité Contre la Faim et Pour le Développement – Terre Solidaire, ont mis en place une plate-forme internet, « Le radar du devoir de vigilance »⁴⁰⁶ où sont identifiées les entreprises françaises soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance. Le lien entre droit des investisseurs internationaux et multinationales apparaît clair, avec la présence de sociétés ayant été parties à des différends devant le *Cirdi*, tel que la SAUR, Total, Veolia, Lafarge ou encore Engie.

Bien entendu, l'efficacité de telles mesures supposerait une réciprocité d'action de la part des Etats, où chacun se porterait ainsi garant de la réalisation d'investissements respectueux du droit de l'environnement de l'Etat d'accueil. Dans le cadre d'une économie concurrentielle à l'échelle des nations, une coopération internationale à cette fin demeure indispensable pour que les Etats ne se contentent pas de beaux mots sans actes, sous peine de voir leurs économies nationales respectives pénalisés par une application unilatérale des règles encadrant l'activité des firmes multinationales.

Sur le plan international, les traités d'investissement pourraient inclure l'obligation, pour chaque Etat, de répondre des activités d'investissements effectués par leurs ressortissants. L'encadrement national des firmes multinationales serait agrémenté du devoir étatique de veiller à ce qu'elles effectuent leurs activités dans un Etat tiers conformément à sa législation environnementale en vigueur et dans le respect des droits de l'Homme. A défaut, les Etats devraient prendre les mesures appropriées pour sanctionner les comportements délictueux de leurs ressortissants investisseurs, sous peine de se voir engager leur responsabilité internationale par l'Etat ayant accueilli l'investissement.

Certes, cette solution présenterait l'inconvénient de faire peser les coûts de réparation des dommages environnementaux aux Etats plutôt qu'aux investisseurs eux-mêmes. Or, l'objectif des investisseurs étrangers, dans la réalisation de leurs opérations, est de maximiser leur profit. Le changement de leurs comportements ne seraient donc pas directement tributaire d'une telle évolution juridique, car elles ne verraient pas leurs activités financières directement impactés. Cependant, les dépenses occasionnées par les Etats du fait de personnes privées constitueraient une incitation efficace pour mieux encadrer, en droit interne, les incidences environnementales des activités internationales des investisseurs, tout en offrant un recours juridique approprié aux communautés affectées par les investissements internationaux.

Enfin, le rôle prépondérant des firmes multinationales dans la mondialisation invite à leur conférer le statut juridique de sujet de droit international, comme premier pas vers un rééquilibrage de leurs relations avec les Etats. Elles devraient ainsi répondre, devant une juridiction internationale et éventuellement devant des juridictions des droits de l'Homme, des conséquences socio-environnementales de leurs activités. Leur détachement progressif des cadres juridiques nationaux les obligerait à justifier toute atteinte environnementale commise au détriment des droits de l'Homme.

La question de l'effet paralysant et du gel règlementaire, consécutifs aux privilèges exorbitants des investisseurs étrangers, demeure plus délicate à résoudre en raison de son caractère éminemment politique. Une restriction d'accès aux arbitres internationaux par l'épuisement préalable des voies de recours interne, combinée à l'engagement potentiel de la responsabilité de l'investisseur devant les juridictions de sa nationalité, diminuerait le risque de menace d'arbitrage qui a déjà découragé des Etats à légiférer dans l'intérêt public. Mais face au verrouillage normatif du droit de l'environnement, il

⁴⁰⁵ En vertu de l'article L. 225-102-4 I., le devoir de vigilance s'applique à « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger »

⁴⁰⁶ Disponible sur : <https://plan-vigilance.org/> [consulté le 19 septembre 2019]

appartient surtout à la société civile de se mobiliser pour exercer davantage de pression sur les décideurs. Les droits à l'information environnementale et les règles de transparence de la vie publique sont des ressources précieuses à cette fin, qu'il convient d'utiliser pour que les personnes concernées, directement ou indirectement, par les questions environnementales puisse faire valoir leurs droits lors de l'adoption de décisions ayant une incidence sur l'environnement.

Références bibliographiques

Ouvrages

BEURIER Jean-Pierre, *Droit international de l'environnement*, Pédone, 4^{ème} édition, 2010, 588 p.

BOURDON William, *Face aux crimes du marché – Quelles armes juridiques pour les citoyens ?*, Editions La Découverte, Paris, 2010, 336 p.

CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick, BISMUTH Régis, HAMANN Andrea, *Droit international économique*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2017, 942 p.

CHARVIN Robert, *L'investissement international et le droit au développement*, L'Harmattan, 2002, 204 p.

DI BENEDETTO Saverio, *International Investment Law and the Environment*, Elgar International Investment Law, 2013, 272 p.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit International Public*, Dalloz, 13^{ème} édition, 920 p.

LAVIEILLE Jean-Marc, DELZANGLES Hubert, LE BRIS Catherine, *Droit international de l'environnement*, 4^{ème} édition, Ellipses, 375 p.

HEY Ellen, *Advanced Introduction to International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, 200 p.

Thèses et mémoires

RUFFIE Sacha, MAKOWIAK Jessica (dir.). *L'intégration et l'articulation des normes environnementales dans le cadre du contentieux international de l'investissement*. Mémoire de recherche de Master, Droit. Limoges : Université de Limoges, 2016.

Articles

FAUCHALD Ole Kristian, « International Investment Law and Environmental Protection », pp. 03-47, in *The Yearbook of International Environmental Law*, Volume 17, Issue 1, 2006, 870 p.

HIPPOLYTE Antonius Rickson, « ICSID's Neoliberal Approach to Environmental Regulation in Developing Countries – Lessons from Latin America », *International Community Law Review* 19, 2017, pp. 401-442

MAYRAND Hélène, « Déconstruire et repenser les fondements du droit international de l'environnement », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série septembre 2018 - Terre à terre : Environnement et approches critiques du droit, pp. 35-59

McCARTHY James, PRUDHAM Scott, « Neoliberal Nature and the Nature of Neoliberalism », *Geoforum*, Volume 35, Issue 3, 2004, pp. 275-283

MOHAMED SALAH Mohamed Mahmoud, « Le droit international économique est-il ouvert aux enjeux environnementaux ? », pp. 363-396 in COLLECTIF, *Pour un droit économique de l'environnement, Mélanges en l'honneur de G.J. Martin*, éd. A. Frison-Roche, 2013, 718 p.

MOHAMED SALAH Mohamed Mahmoud, « Le droit des investissements au service du développement durable », pp. 293-310, dans A. Michelot (dir.), *Justice Climatique / Climate Justice – Enjeux et perspectives / Challenges and perspectives*, Bruylant, 2016, 374 p.

ROBERT-CUENDET Sabrina, « Accords d'investissements et développement durable. Comment concilier la protection des investissements étrangers avec la promotion du développement durable ? », *La Note de Convention*, n° 14/2014

ROMI Raphaël, « La transversalité, caractéristique, moteur et frein du droit de l'environnement », pp. 913-923, in *Confluences : Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Devillier*, Paris : Montchrestien. DL 2007, 968 p.

VIÑUALES Jorge Enrique, « Conflits normatifs en droit international : normes environnementales vs. Protection des investissements », dans Société Française pour le Droit International, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Pédone, Paris, 2010, 490 p.

WOOD Mary Christina, « Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part I): Ecological Realism and the Need for a Paradigm Shift », *Environmental Law (Northwestern School of Law)*, 39/43, March 2009, pp. 43-89

Rapports

Bernasconi-Osterwalder, N. & Bauch, M. D. (Eds.). (2018, October). *International investment law and sustainable development – Key cases of 2010s*, Geneva : IISD. Disponible sur : <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2010s>

Bernasconi-Osterwalder, N. & Johnson, L. (Eds.). (2011, July). *International investment law and sustainable development: Key cases from 2000–2010*. Geneva: International Institute for Sustainable Development (IISD). Disponible sur : <https://www.iisd.org/library/international-investment-law-and-sustainable-development-key-cases-2000-2010>

CIRDI, *Affaires du Cirdi – Statistiques (Numéro 2019-1)*, p.7, disponible sur : [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1\(French\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202019-1(French).pdf) [consulté le 22 juillet 2019]

CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2018*, disponible sur : https://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2018_overview_fr.pdf

Institut International pour le Développement Durable, *Modèle d'Accord International sur les Investissements pour le Développement Durable*, Avril 2005, Disponible sur : https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_fr.pdf

Les Amis de la Terre France, Europe et International, le Transnational Institute (TNI) et Corporate Europe Observatory (CEO), *Tribunaux VIP : 10 histoires de détournement de la justice par les riches et les multinationales*, juillet 2019, rédigé par Lora VERHEECKE, Pia EBERHARDT, Cecilia OLIVET et Sam COSSAR-GILBERT. Disponible sur : http://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/tribunaux_vip_10casids_amis_de_la_terre.pdf

SENAT, *Mondialisation, une chance pour l'environnement ?*, présenté par LEPELTIER Serge, Rapport d'information n° 233 (2003-2004) fait au nom de la délégation du Sénat pour la planification, déposé le 03 mars 2004. Disponible sur : <https://www.senat.fr/rap/r03-233/r03-233.html>

TAULI-CORPUZ Victoria, Rapporteuse spéciale sur le droit des peuples autochtones, *Rapport sur les incidences des investissements internationaux et du libre-échange sur les droits de l'homme des peuples autochtones*, adressé à l'Assemblée générale (A/70/301), 07 août 2015

TAULI-CORPUZ Victoria, *Report to the Human Rights Council on the impacts of investments agreements on the rights of indigenous people*, adressé à la 33^{ème} session du Conseil des Droits de l'Homme (A/HRC/33/42), 11 août 2016.

Sites Internet

LAVALLEE Sophie, « Quelques réflexions sur l'Accord de Paris et la souveraineté économique des États », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Volume 18 numéro 1 | mai 2018, disponible sur : <http://journals.openedition.org/vertigo/19408> [consulté le 13 septembre 2019]

MANN Howard, « ISDS : Who Wins More, Investors or States ? », *Investment Treaty News*, June 2015, disponible sur : <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf> [consulté le 14 août 2019]

MISTURA Alessandra, « 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*, 23 avril 2019, disponible sur : https://www.iisd.org/itn/fr/2019/04/23/enhancing-environmental-protection-in-international-investment-law-through-the-integration-of-international-civil-liability-principles-alessandra-mistura/#_ftn9 [consulté le 14 septembre 2019]

Jurisprudence

- Sentences arbitrales du *Cirdi* (Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements) :

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award of May 20, 1992

Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa-Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of February 17, 2000

Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of August 30, 2000

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of November 13, 2000

Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, decision on jurisdiction of July 23, 2001

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003

The Loewen Group, Inc. v. U.S.A., ICSID Case No. ARB(AF)/93/3, Award of June 26, 2003

Conorzio Groupement Lesi Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case, No. ARB/03/08, Award of January 10, 2005

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of October 21, 2005

CMS Gas Transmission Co. v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of September 01, 2006

Malaysian historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction of May 17, 2007

Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/97/3, Award, Aug. 20, 2007

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of September 11, 2007

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of July 24, 2008

Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/01, Award of December 07, 2011

Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/08/1, Award of May 16, 2012

Metal-Tech Ltd. v. The Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award of October 04, 2013

Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Final award of December 11, 2013

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award of April 06, 2016

Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award of July 8, 2016

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Award of October 14, 2016

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award of December 08, 2016

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Reconsideration and Award of February 7, 2017

Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36 , Final Award of May 04, 2017

Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/25, Decision on Stay of Enforcement of the Award of April 24, 2017

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/2, Partial dissenting opinion of Philippe Sands, September 12, 2017 ; Award of November 30, 2017

Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus van Noordenne, Cornelis Willem van Noordenne, Estudios Tributarios AP S.A. et Stichting Administratiekantoor Anbadi v. Republic of Panama, ICSID case n° ARB/15/14, Award of September 12, 2018

David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID case n° UNCT/15/3, Award of September 18, 2018

- Différends en cours de règlement devant le Cirdi :

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, pending

Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/17/32, pending

Gabriel Resources Ltd. And Gabriel Resources (Jersey) v. Romania, ICSID Case No. ARB/15/31, pending

Galway Gold Inc. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/13, pending

Red Eagle Exploration Limited. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/12, pending

Rockhopper Italia S.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration PLC v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, pending

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, pending

- Sentences arbitrales de la Cour Permanente d'Arbitrage (CPA) :

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Final Award of July 18, 2014

Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II), PCA Case No. 2009-23, Second partial award on track II of August 30, 2018

Table des matières

Remerciements	2
Abréviations	3
INTRODUCTION	5
PARTIE 1 : L'illustration de l'« écologisation » insuffisante du droit international des investissements au sein de la jurisprudence du <i>Cirdi</i>	26
Chapitre 1 : L'engagement potentiel de la responsabilité internationale de l'Etat consécutif à l'édiction ou l'application de normes environnementales.....	26
Section 1 : Le droit de l'environnement, une cause de dommage aux investisseurs étrangers	26
I. Les normes de droit international des investissements invoquées par les investisseurs contre les Etats.....	27
A. Les expropriations, nationalisations ou mesures équivalentes : le cœur historique du contentieux opposant les investisseurs étrangers aux Etats	28
B. Le traitement juste et équitable : une notion élargissant la base du contentieux des investissements	29
C. Le respect des attentes légitimes de l'investisseur : une déclinaison progressivement autonome du traitement juste et équitable	30
D. Le principe de non-discrimination : une garantie contre l'arbitraire étatique faussant les marchés concurrentiels	31
E. Les « clauses parapluies » : des mécanismes d'extension de la responsabilité contractuelle d'un Etat à sa responsabilité internationale.....	32
II. L'ensemble des mesures environnementales susceptibles de léser les investisseurs étrangers	33
A. Le préjudice financier consécutif à la seule finalité environnementale de la mesure étatique litigieuse.....	33
B. Le spectre juridique étendu des mesures environnementales à l'origine des différends relatifs à l'investissement	35
Section 2 : L'émergence de différends environnementaux entre investisseurs et Etats favorisée par le jugement des tribunaux du <i>Cirdi</i> sur leur compétence	38
I. L'élargissement procédural du spectre de mesures environnementales susceptibles de tensions avec le droit international des investissements.....	38
A. La manifestation quasi-systématique du consentement étatique en raison du contexte d'économie mondialisée.....	38
B. Le droit de l'environnement à l'épreuve de l'interprétation extensive du <i>Cirdi</i> sur sa compétence	39
II. Vers la fin de l'indifférences arbitrale à l'égard des enjeux environnementaux inhérents aux investissements ?	41
A. Une définition de l'investissement exempte de toute considération environnementale	41
1. L'opportunité délaissée d'écologisation des investissements indemnisables.....	42
2. <i>L'exigence exclusivement conventionnelle de la conformité de l'investissement avec le droit interne de l'environnement</i>	43
B. L'incertitude de la compétence du <i>Cirdi</i> sur les demandes reconventionnelles relatives à des manquements aux obligations environnementales des investisseurs étrangers	44
Chapitre 2 : L'intégration laborieuse de l'objectif de protection de l'environnement par les tribunaux d'arbitrage du <i>Cirdi</i>	46

Section 1 : Le décloisonnement timide du droit international des investissements aux enjeux environnementaux	46
I. La prise en compte limitée des considérations environnementales par le biais de l'interprétation évolutive des normes du droit international des investissements	46
A. L'admission progressive de la spécificité environnementale dans le régime de l'expropriation	46
B. L'écologisation complexe du large standard de traitement juste et équitable	49
1. <i>L'intégration des enjeux environnementaux grâce à la déférence des arbitres pour la souveraineté de l'Etat</i>	50
2. <i>Une interprétation extensive du standard de traitement juste et équitable excluant les préoccupations environnementales nationales</i>	51
C. Les traitements discriminatoires autorisés dans l'objectif de protection de l'environnement.....	52
II. Une interprétation téléologique répulsive pour les obligations étatiques issues du droit international de l'environnement.....	54
A. Les hypothèses de tensions normatives entre le droit international des investissements et le droit international de l'environnement	54
B. Les tendances émergentes en matière de règlement des conflits normatifs malgré une jurisprudence instable.....	55
1. <i>Une approche hermétique du système de protection internationale des investisseurs entraînant une répulsion des normes environnementales internationales</i>	55
2. <i>L'éclosion d'une intégration systémique à portée limitée des normes de droit international de l'environnement</i>	56
Section 2 : La spécificité procédurale de l'arbitrage transnational, un facteur d'intégration chancelante des enjeux environnementaux	58
I. Un contentieux casuistique tributaire de la subjectivité des arbitres et de la rédaction des sources du droit international des investissements	58
A. Les opinions dissidentes révélatrices de dissensus juridiques dans les différends environnementaux	58
B. La subordination de l'intégration environnementale à l'objectif des règlements des différends entre investisseurs et Etats : l'octroi d'une réparation.....	60
C. La conciliation plus respectueuse de la souveraineté des Etats au sein des traités d'investissements de « nouvelle génération »	61
II. La percée des exigences de démocratie environnementales au détriment de l'opacité procédurale propre à l'arbitrage transnational.....	63
A. Un manque de transparence procédurale nuisible pour l'information environnementale	63
B. L'ouverture dérisoire de l'arbitrage aux interventions des défenseurs de l'intérêt collectif de protection de l'environnement.....	64
PARTIE 2 : L'« économisation » préoccupante du droit de l'environnement par le biais du droit international des investissements	67
Chapitre 1 : L'interférence des investisseurs étrangers dans les mécanismes de démocratie environnementale	68
Section 1 : Le renforcement des droits environnementaux procéduraux des investisseurs étrangers au détriment des communautés locales	69
I. La garantie d'une prise en compte des intérêts des investisseurs étrangers lors de l'élaboration et l'application du droit de l'environnement	69

A.	L'étroite convergence des exigences du droit international des investissements avec les obligations d'accès à l'information et de participation du public.....	69
B.	La contribution privilégiée des investisseurs étrangers à l'évolution du droit de l'environnement, un gage écologique ambivalent dépendant de l'orientation de l'investissement.....	71
1.	<i>La contribution des investisseurs étrangers à l'efficacité économique du principe de non-régression.....</i>	71
2.	<i>La contribution des investisseurs étrangers au verrouillage de l'amélioration du niveau de protection offert par le droit de l'environnement.....</i>	73
II.	La lésion des droits procéduraux environnementaux des communautés locales à cause du privilège accordé aux investisseurs étrangers.....	76
A.	Le problème démocratique du délaisement des droits environnementaux procéduraux des communautés locales	76
B.	La subordination systémique des droits des communautés autochtones aux intérêts des investisseurs étrangers dans la gouvernance environnementale.....	79
	Section 2 : La remise en cause de l'accès à la justice en matière d'environnement par la situation juridique transnationale des investisseurs étrangers.....	81
I.	Le système d'arbitrage transnational, un obstacle dans l'application du droit de l'environnement.....	81
A.	La dépossession des juridictions internes dans l'application du droit de l'environnement à un différend avec un investisseur étranger	81
B.	Une discordance scalaire nuisible pour la protection de l'environnement	82
II.	La dénaturation de l'accès à la justice en matière d'environnement pour les communautés locales.....	84
A.	L'entrave à la défense des intérêts environnementaux des communautés locales	84
B.	Le poids considérable du risque économique de l'arbitrage pour l'Etat dans l'application du droit de l'environnement	85
	Chapitre 2 : L'intrication du droit interne de l'environnement dans les relations d'investissements internationaux, un obstacle à son renforcement	88
	Section 1 : L'intégration des potentiels coûts d'arbitrage dans l'appréciation de l'opportunité d'une politique environnementale	88
I.	Le potentiel coût faramineux d'un différend transnational consécutif au développement du droit de l'environnement	88
A.	Le caractère onéreux des procédures de règlement des différends relatifs aux investissements devant les tribunaux d'arbitrage	88
B.	L'indemnisation des investisseurs étrangers, le socle du risque financier encouru par les Etats lors de l'adoption de mesures de protection de l'environnement	90
II.	La restriction de la marge de manœuvre des Etats dans la protection de l'environnement	92
A.	Le découragement des Etats à légiférer de manière ambitieuse face à l'effet paralysant du droit international des investissements.....	92
B.	Les conséquences sur la souveraineté des Etats en matière de protection de l'environnement.....	94
	Section 2 : La motivation économique d'une perte de souveraineté volontaire au détriment de la protection de l'environnement.....	97
I.	L'évolution du droit de l'environnement tributaire de la dépendance des Etats aux capitaux étrangers.....	97

A.	La contradiction du désir étatique d'attraction des investissements étrangers avec la protection juridique de l'environnement	97
B.	Les conséquences défavorables de l'attraction volontaire des investissements étrangers sur le niveau de protection juridique de l'environnement	99
1.	<i>La dissuasion de l'amélioration du niveau de protection juridique de l'environnement du fait de la dépendance économique</i>	99
2.	<i>Le risque d'incitation à la régression du niveau de protection juridique de l'environnement</i>	100
II.	La remise en cause de la souveraineté étatique par les firmes multinationales en matière de droit de l'environnement.....	101
A.	L'asymétrie relationnel entre les Etats et les firmes multinationales dans le cadre du droit international des investissements	101
B.	L'absence d'obligations internationales de protection de l'environnement à l'égard des investisseurs étrangers	103
	CONCLUSION.....	106
	Références bibliographiques	114
	Ouvrages.....	114
	Thèses et mémoires	114
	Rapports	115
	Sites Internet.....	116
	Articles	114
	Jurisprudence.....	116
	Annexe	123

Annexe

Les Amis de La Terre France, Contributions de Vermilion REP au Conseil d'Etat sur le projet de *loi Hulot*, disponible sur :

https://www.amisdelaterre.org/IMG/pdf/loi_hulot_contributions_lobbies_au_conseil_etat.pdf



La secrétaire générale

Réf. : SA - 18 - 01951 - D

Paris, le

19 JUL. 2018

Monsieur le Président,

Vous avez demandé le 18 mai 2018 au vice-président du Conseil d'Etat, sur le fondement de la loi du 17 juillet 1978, la communication de l'ensemble des contributions extérieures adressées au Conseil d'Etat dans le cadre de la préparation de l'avis rendu le 1^{er} septembre 2017 sur le projet de loi mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement. Cette demande porte aussi, au titre de l'article L. 124-3 du code de l'environnement, sur les informations relatives à l'environnement qui seraient contenues dans ces documents.

Cette demande, qui pose des questions juridiques nouvelles, appelle les réponses suivantes.

Selon l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, aujourd'hui codifié à l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, les avis du Conseil d'Etat ne sont pas communicables. Cette disposition fait obstacle à la communication du dossier de l'avis sur le fondement du régime juridique général de l'accès aux documents administratifs.

En revanche les articles L. 124-1 à L. 124-4 du code de l'environnement, qui constituent un régime spécial, peuvent s'appliquer à des informations relatives à l'environnement qui seraient contenues dans le dossier d'un avis du Conseil d'Etat, à condition que la communication ne porte pas atteinte au secret des délibérations du Gouvernement.

La notion d'information relative à l'environnement est définie par l'article L. 124-2 du code de l'environnement. Le 2° de cet article mentionne les décisions, activités et facteurs susceptibles d'avoir une incidence sur l'état de l'environnement. Le 4° mentionne les analyses des coûts et avantages et les hypothèses économiques utilisées dans le cadre des décisions et activités mentionnées au 2°.

Dans ces conditions, peuvent être considérées comme des informations relatives à l'environnement les observations envoyées au Conseil d'Etat, sur le projet de loi relatif aux hydrocarbures, qui concernent le modèle économique de l'exploitation minière et son rapport avec l'environnement. En revanche des argumentations purement juridiques n'ont pas ce caractère.

Par ailleurs la communication de ces informations relatives à l'environnement, qui sont fournies spontanément au Conseil d'Etat, à l'occasion d'un projet de loi, par des entreprises ou des associations, ne porte pas atteinte au secret des délibérations du Gouvernement.

Il vous est donc communiqué :

- les observations du MEDEF et de l'Union Française des Industries Pétrolières, qui concernent le modèle économique de l'exploitation minière et son rapport avec l'environnement ;
- les observations présentées par avocat pour la société Vermilion, qui contiennent notamment de telles informations.

En revanche ne sont pas communiquées deux observations qui se bornent soit à présenter des argumentations juridiques concernant la conformité du texte à la Constitution ou au droit international, soit à suggérer des ajustements rédactionnels du texte.

Vous trouverez donc ci-joint copie des observations contenant des informations relatives à l'environnement.


Catherine Bergeal

Monsieur Florent Compain
Président
Les Amis de la Terre France
Mundo M
47, avenue Pasteur
93100 Montreuil

PIWNICA & MOLINIÉ
Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
70, boulevard de Courcelles
75017 PARIS
Tél : 01.46.22.83.77
courier@p-m.fr

CONSEIL D'ETAT

SECTION DES TRAVAUX PUBLICS

**OBSERVATIONS SUR LE PROJET DE LOI RELATIF A
L'INTERDICTION DE L'EXPLOITATION DES HYDROCARBURES**

POUR : La société Vermilion REP, dont le siège social est situé 1762
route de Pontenx – 40160 PARENTIS EN BORN

SCP PIWNICA & MOLINIÉ

A l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures, la société Vermilion REP souhaite appeler l'attention du Conseil d'Etat sur les points suivants.

- La société Vermilion REP est le plus important exploitant d'hydrocarbures en France, assurant 75% de la production d'hydrocarbures française. Elle est actuellement titulaire de 26 concessions d'exploitation d'hydrocarbures. Filiale du groupe canadien Vermilion Energy, la société opère en France depuis 1997, où elle a réalisé 1,2 milliards d'euros d'investissements.

- Le projet de loi relatif à l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures pose le principe de l'interdiction de la prolongation des concessions de mines d'hydrocarbures ou gazeux. Cette interdiction s'appliquerait aussi bien aux demandes de prolongation déposées à partir de la promulgation de la loi qu'aux demandes en cours d'instruction à la date de promulgation de la loi.

- Le code minier actuel prévoit que la durée d'une concession peut faire l'objet de prolongations successives, chacune d'une durée inférieure ou égale à vingt-cinq ans (article L. 142-7). L'octroi de la prolongation est de droit si certaines conditions (tenant notamment aux capacités techniques et financières du demandeur et à l'existence de gisements exploitables) sont remplies. Les demandes de prolongation de la durée de validité des concessions ont toujours été acceptées par le passé.

- La demande de prolongation de la durée de validité d'une concession doit être déposée deux ans avant l'expiration de la précédente période de validité (article 46 du décret n° 2006-648 relatif aux titres miniers et aux titres de stockage souterrain).

La mesure litigieuse bouleverse les modalités d'activité des opérateurs : les demandes de prolongation ont été préparées sous l'empire d'une législation qui autorise la prolongation, mais les règles sont brutalement et substantiellement modifiées, en violation de leurs espérances légitimes de se voir octroyer les prolongations.

D'un point de vue pratique, l'arrêt de l'activité d'exploitation doit être prévu plusieurs années à l'avance, et un arrêt de l'activité avec un préavis

extrêmement court (d'un an pour certaines concessions) crée des difficultés majeures en termes techniques, opérationnels et de sécurité, qui ne sont pas traitées par le projet de loi.

Ce projet est déconnecté de la réalité opérationnelle dès lors que l'exploitation d'une mine nécessite une phase d'exploration de plusieurs années, puis une phase d'exploitation de plusieurs décennies et enfin une phase de fermeture qui se déroule sur plusieurs années. Les calculs de rentabilité des opérateurs se trouvent donc anéantis du jour au lendemain par un dispositif qui ne comporte ni période transitoire ni régime indemnitaire.

- Ce dispositif présente en outre une incohérence majeure : d'une part, le projet de loi autorise la prolongation de permis exclusifs de recherches et l'octroi de nouvelles concessions alors que, d'autre part, il interdit la prolongation des concessions existantes. Au regard de l'objectif avancé de l'arrêt de l'activité d'exploitation d'hydrocarbures en 2040 et de l'octroi probable de nouvelles concessions, rien ne justifie que les concessions existantes ne puissent être prolongées.

- La mesure est contraire aux objectifs de la directive 94/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 1994 sur les conditions d'octroi et d'exercice des autorisations de prospector, d'exploiter et d'extraire des hydrocarbures. L'objectif de cette directive est de favoriser les meilleures méthodes pour exploiter les ressources situées dans la Communauté afin de réduire la dépendance de la Communauté à l'égard des importations en ce qui concerne son approvisionnement en hydrocarbures. Elle n'autorise pas les Etats qui disposent de telles ressources de décider unilatéralement de l'arrêt complet cette activité.

- Le projet de loi en général porte une atteinte disproportionnée à plusieurs principes constitutionnels, notamment au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre : il met fin à toute une industrie, sur la base d'une étude d'impact lacunaire et en l'absence de toute concertation.

- La mesure viole les engagements internationaux de la France en tant que membre du Traité sur la Charte de l'Energie de 1994 qui prévoit la protection des investissements dans le secteur de l'énergie. En vertu du Traité sur la Charte de l'énergie, ratifié par la France, mais

également par l'Union européenne, la France (i) doit accorder, à tout instant, un traitement juste et équitable aux investissements ; (ii) doit une protection et une sécurité les plus constantes possibles aux investissements ; (iii) ne peut entraver, en aucune manière, par des mesures déraisonnables ou discriminatoires la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance ou la disposition des investissements ; (iv) ne peut traiter les investissements d'une manière moins favorable que celle requise par le droit international ; (v) doit respecter les obligations qu'elle a contractées vis-à-vis d'un investisseur ou à l'égard des investissements ; (vi) ne peut exproprier les investissements sans respecter certaines conditions telles que le prompt versement d'une compensation adéquate et effective.

Pour définir la notion de « traitement juste et équitable », les tribunaux arbitraux ont identifié cinq obligations principales, qui sont méconnues en l'espèce :

- l'Etat d'accueil ne peut agir à l'encontre des attentes légitimes d'un investisseur concernant les conditions clés de son investissement et la stabilité de l'environnement juridique et commercial dans cet Etat (en termes réglementaires ou contractuels) ;
- l'Etat d'accueil doit se comporter de manière cohérente avec l'investisseur et ne peut modifier le cadre juridique d'un investissement lorsque des promesses précises lui ont été faites ;
- l'Etat d'accueil doit agir de façon transparente envers l'investisseur ;
- l'Etat d'accueil doit agir de bonne foi en toutes circonstances ; et
- l'Etat d'accueil ne peut se comporter de façon arbitraire, manifestement injuste, discriminatoire ou irrégulière avec l'investisseur.

En l'état, le projet de loi relatif à l'interdiction de l'exploitation des hydrocarbures méconnaît plusieurs principes communautaires et constitutionnels, et est contraire aux engagements internationaux de la France.

PIWNICA & MOLINIÉ
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation