

CHAPITRE 14

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
DROITS DE L'HOMME, DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

OLIVIA DANIC*

L'expansion et la diversification du droit international font peser sur celui-ci un risque de fragmentation, poussant d'éminents juristes à s'interroger sur cette possible évolution¹, en particulier dans le cadre de la Commission du droit international². « Le saucissonnage du droit en secteurs hautement spécialisés qui revendiquent une autonomie relative les uns par rapport aux autres et par rapport au droit général »³ entraîne nécessairement un risque de conflit et

* Olivia DANIC, docteur en droit public. Une partie des développements est reproduite de ma thèse de doctorat, *L'émergence d'un droit international des investissements – Contribution des traités bilatéraux d'investissement et de la jurisprudence du CIRDI*, Université Paris Ouest-Nanterre La Défense (Paris X), 2012, 1215 p.

¹ V not, A. PELLET, « L'unité ou la fragmentation du système juridique international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp. 294-298 ; P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI* 2002, t. 297, pp. 553-579 ; M. KOSKENNIEMI, P. LEINO, « Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law* 2002, vol. 15, n° 3, pp. 553-579 ; R. HUESA VINAIXA, K. WELLENS, *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, XXII-280 p. ; M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, New-York, 2006, 279 p. ; A. ZIMMERMANN, R. HOFFMANN, *Unity and Diversity in International Law - Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute for International Law, November 4-7, 2004*, Berlin, Duncker und Humblot, 2006, 496 p. ; I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH, *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyden, Martinus Nijhoff Publ., 2008, XLVI-1083 p. ; A. REINISCH, « The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: the Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration », in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH, *op. cit.*, pp. 107-125 ; P.-M. DUPUY, « Unification Rather Than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law », in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.-U. PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, OUP, 2009, 597 p. ; J.-S. BERGÉ, M. FORTEAU, M.-L. NIBOYET, J.-M. THOUVENIN, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Paris, Pedone, 2011, 208 p.

² En effet, figure au programme de travail de la Commission « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ». V. les documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10), chapitre IX.A, paragraphes 492-494.

³ M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, *op. cit.*, p. 14.

DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS
ET DE L'ARBITRAGE TRANSNATIONAL
PARIS, PEDONE, 2015

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

PARTIE I – CHAPITRE 14

d'incompatibilité. La Commission du droit international conclut ainsi que deux relations peuvent exister entre des systèmes juridiques et leurs normes : « les relations d'interprétation »⁴ et « les relations de conflit »⁵.

Le droit de l'environnement et les droits de l'homme n'ont, pendant longtemps, pas trouvé naturellement leur place en droit international des investissements. Alors que les droits de l'homme s'attachent à la protection de l'« ensemble des droits et des libertés fondamentales inhérents à la dignité de la personne humaine et qui concernent tous les êtres humains »⁶ et que le droit de l'environnement vise « à prévenir, limiter ou éliminer les atteintes à l'environnement, voire à assurer la restauration de ce dernier »⁷, en sauvegardant l'ensemble des composantes d'un milieu déterminé⁸, notamment terrestre et aquatique, contre toute forme de pollution ou de destruction, on comprend que ces normes soient traditionnellement absentes des traités relatifs aux investissements. Les droits de l'homme et le droit de l'environnement sont ici considérés de façon extensive, comme liés au respect de la personne humaine et du territoire, ainsi que de ses ressources naturelles, par opposition aux droits économiques relevant du droit international des investissements. Ces deux branches du droit peuvent alors être considérées comme une seule du fait qu'elles poursuivent un objet similaire de protection de l'intérêt commun, ce qui ressort de plusieurs instruments internationaux⁹.

Ce qui unit ces branches du droit est également ce qui les oppose au droit international des investissements¹⁰. La divergence des normes, mais surtout des objectifs¹¹, révèle une forme d'incompatibilité, qui oblige à les considérer comme des branches du droit distinctes et séparées¹². La seule relation possible

⁴ Elles sont caractérisées « lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou à modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement ». V. CDI, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, Publications des Nations Unies, New-York, 2006, 279 p., § 2.

⁵ *Idem*.

⁶ J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XLI-1198 p., p. 396.

⁷ *Ibid.*, p. 901.

⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., Paris, PUF, 2000, 1095 p., p. 342.

⁹ V. not. les *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, élaborées par la Commission des droits de l'homme, Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 26 août 2003, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev. 2. Cette déclaration relative aux droits de l'homme évoque, au point G, des obligations visant la protection de l'environnement. Cependant, il faut noter que, contrairement aux droits de l'homme, le droit de l'environnement ne jouit pas d'un système intégré ou d'un organe spécifique de règlement des différends, ce qui rend la relation avec le droit international des investissements encore plus décisive dans cette matière.

¹⁰ V. J. CAZALA, « Protection des droits de l'homme et contentieux international de l'investissement », in Ch. LEBEN, E. TEYNIER, « Investissements internationaux et arbitrage », *Cah. arb.*, 2012, n° 4, p. 893 et s.

¹¹ A. ASTERITI, « Waiting for the Environmentalists: Environmental Language in Investment Treaties », in R. HOFMANN, C. J. TAMS, *International Investment Law and its Others*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 37 p., p. 7.

¹² V. not. U. KRIEBAUM, « Privatizing Human Rights – The Interface Between International Investment Protection and Human Rights », *Transnational Dispute Management* 2006, vol. 3, n° 5, 27 p. ; P.-M.

DROITS DE L'HOMME, DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

semble alors s'épuiser dans un conflit normatif, ce qui se produit lorsque « deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes »¹³. En particulier, il plane toujours le soupçon que, pour attirer les investisseurs étrangers sur le marché hautement concurrentiel des capitaux, les Etats seraient prêts à sacrifier la protection de leur population ou de l'environnement, en ne réglementant pas ces domaines, en abaissant les standards et en créant des *pollution havens* ou des zones de non-droit. Certains redoutent ainsi que

« [a]s a result of tax laws, multinational corporations see developing countries as havens where they may make profits without having to bear the costs associated with compliance with the strict regulatory standards they face in their home states. NGOs believe that investment treaties deter actions being taken against polluters as the treaties ensure that infringements of existing rights of investors are regarded as expropriations under the treaties »¹⁴.

Les rapports entre ces branches du droit ont, cependant, évolué. Le droit des investissements a peu à peu fait preuve d'une certaine perméabilité, rendant la relation entre celui-ci, d'une part, et les droits de l'homme et le droit de l'environnement, d'autre part, bien plus ambiguë. L'indépendance de ces droits n'était plus envisageable lorsqu'il apparaissait que « [f]oreign investment is much needed for the "development" component of "sustainable development" »¹⁵.

Ainsi, le droit international des investissements se trouve aujourd'hui traversé par des aspirations d'intérêt général, le respect de l'environnement, mais aussi de la personne humaine et de ses droits, surpassant parfois les droits économiques de l'investisseur. En effet, face à la crise de légitimité à laquelle était confronté le droit international des investissements¹⁶, il était indispensable – pour sa survie – qu'il s'ouvre à de nouvelles préoccupations non strictement économiques. Parallèlement, même si nombre d'instruments internationaux s'attachent à la protection des droits de l'homme ou à l'environnement au niveau international, le droit des investissements, par sa systématisation du recours à l'arbitrage,

DUPUY, J.E. VIÑUALES, « Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress », in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH, *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 28 p.

¹³ CDI, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, op. cit., paragraphe 2.

¹⁴ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, CUP, 2010, XXX-524 p., pp. 225 et s.

¹⁵ J. VIÑUALES, « The Environment Breaks into Investment Disputes », in M. BUNGENBERG, J. GRIEBEL, S. HOBE, A. REINISCH, *International Investment Law*, Oxford, Hart Publ., 2013.

¹⁶ V. not. S. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions », *Fordham Law Review* 2005, vol. 73, pp. 1521-1625 ; C.N. BROWER, S.W. SCHILL, « Is Arbitration a Threat or a Boom to the Legitimacy of International Investment Law ? », *Chicago Journal of International Law* 2008, vol. 9, pp. 471-498 ; C.N. BROWER, M. OTTOLENGHI, P. PROWS, « The Saga of CMS: *Res Judicata*, Precedent and the Legitimacy of ICSID Arbitration », in C. BINDER, U. KRIEBAUM, A. REINISCH, S. WITTICH (eds), *International Investment Law for the 21st Century - Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, OUP, 2009, pp. 843-864 ; M. WAIBEL, *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, LIV-614 p.

PARTIE I – CHAPITRE 14

apparaît aujourd'hui comme un vecteur d'influence privilégié, assurant l'effectivité de ces normes.

Un mouvement de coordination a alors commencé à s'opérer¹⁷, révélant la nécessité d'adopter une approche intégrée du droit international, qui donne lieu à un mouvement de fertilisation croisée entre ses branches :

*« In this age of globalisation, no area of law can remain uninfluenced by the developments taking place in other areas of law. There is a great degree of interconnectedness or cross-fertilisation taking place both within public international law and foreign investment law. Foreign investment law is therefore influenced by cross-fertilisation from other areas of public international law, especially those relating to human rights and environmental protection, as well as certain fundamental principles of international economic law such as the principle of economic self-determination of states, the right to develop, and the permanent sovereignty of states over their natural resources »*¹⁸.

Ainsi, au-delà de la dualité des rapports d'interprétation et de conflit, identifiée par la Commission du droit international, une gradation de relations possibles apparaît comme pouvant unir le droit international des investissements et les droits de l'homme¹⁹ et de l'environnement. Le risque de conflit a, en effet, poussé ces branches du droit à adopter des approches plus globales, le champ des obligations s'étendant à de nouveaux domaines. D'une part, le droit international des investissements commence à intégrer de nouvelles normes qui, même si elles sont en lien avec des considérations économiques, relèvent d'autres branches, telles que l'environnement ou les droits sociaux. D'autre part, les instruments de protection des droits de l'homme ou de l'environnement, dans une prise de conscience de l'enjeu d'une application uniforme de ces régimes, tant par les Etats que par les personnes privées, ont donc trouvé de nouveaux destinataires en la personne des investisseurs. Il en résulte que les relations entre droit international des investissements et droits de l'homme ou de l'environnement sont loin d'être monolithiques et ne peuvent, dès lors, être qualifiées de façon absolue : elles seront plus ou moins poussées et varieront entre le conflit, l'interprétation, mais aussi la coordination, voire l'intégration²⁰.

La rencontre entre le droit international des investissements et les droits de l'homme et le droit de l'environnement (I), même si elle a entraîné un certain nombre de conflits normatifs, a ainsi donné lieu à une dynamique d'harmonisation des obligations de ces diverses branches du droit (II), qui a permis, dans une large mesure, de préserver l'unité du droit international, en assurant son efficacité.

¹⁷ V. not. D. KRISHAN, « Balancing Human Rights and Investment Obligations: An Old Wives'Tale », *Transnational Dispute Management* 2013, vol. 10, n° 1, 16 p.

¹⁸ S. SUBEDI, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publ., 2008, XX-229 p., p. 158.

¹⁹ V. not. Y. RADI, « The "Human Nature" of International Investment Law », *Transnational Dispute Management*, 2013, vol. 10, n° 1, 26 p.

²⁰ V. la définition d'intégration : J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p. 590 : « opération tendant à faire entrer un élément extérieur dans une entité dont il devient une partie indissociable ».