

Arbitrage international et droit international des investissements : la question des devoirs des investisseurs

Nitish Monebhurrn¹

Le droit international des investissements est la branche du droit international qui régit la protection des investisseurs privés internationaux investissant à l'étranger. Il existe toute une constellation d'accords relatifs aux investissements internationaux signés entre États pour la protection mutuelle de leurs investisseurs privés². Les clauses varient bien entendu d'un accord à l'autre mais les plus communes sont relatives à l'expropriation, au traitement juste et équitable³, au traitement national, à la nation la plus favorisée ou à la protection et à la sécurité pleines et entières⁴. L'arbitrage est le mécanisme de règlement des différends le plus souvent utilisé lorsque l'investisseur estime que ses droits ont été violés par l'État d'accueil.

La protection juridique renforcée offerte par le droit international des investissements aux investisseurs est indéniable. Cela relève de la normalité considérant qu'il s'agit là d'une branche du droit qui vise la protection des investisseurs et de leurs investissements. Cependant, le droit international des investissements est souvent critiqué pour son manque d'équilibre dans la distribution des droits et des obligations entre les États d'accueil d'une part, et les investisseurs, de l'autre⁵ – les États ayant surtout des obligations et les

¹ Docteur en droit international (École de Droit de la Sorbonne, Paris) ; Professeur de droit au Centre Universitaire de Brasília ; Professeur invité à l'Université de la Sabana, Bogotá.

² Tous les accords sont disponibles sur : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

³ V. terme thésaurus « traitement juste et équitable » : www.rse.cnrs.fr.

⁴ Pour plus de détails, les lecteurs peuvent consulter : R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2009, 433 p. ; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 2007, 744 p.

⁵ J. Viñuales, « L'État face à la protection internationale de l'entreprise : regards sur le droit international des investissements contemporain », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, 2015, p. 103 ; P. Dumbery, G. Dumas-Aubin, "How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties?", *Yearbook of International Investment Law and Policy*, vol. 4, 2012, p. 569 ; H. Ascensio, "Abuse of Process in International Investment Arbitration", *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, 2014, p. 764 ; P. Juillard, « Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ? » (Table Ronde), in C. Leben (dir.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux Développements*, Paris, L.G.D.J., 2006, p.190-191.

REPOUDRE DEVANT QUI ?

investisseurs en ayant très peu, tout en bénéficiant de droits étendus. La constatation de ce déséquilibre émane sans doute d'une posture politique qui critique un libéralisme exacerbé et une soumission de l'entité étatique aux forces du marché. Ceci dit, ce déséquilibre peut aussi être analysé dans une perspective juridique en restant dans le cadre du droit international des investissements.

La vaste gamme de protection octroyée aux investisseurs internationaux ne signifie aucunement qu'ils bénéficient en tout temps et sans exception de l'application des accords relatifs aux investissements : ces accords ne sont pas des polices d'assurance au bénéfice des investisseurs⁶ ; ils ne peuvent l'invoquer systématiquement à chaque fois qu'ils estiment qu'une action étatique leur a été préjudiciable. Ils ne bénéficient pas de la garantie d'une protection automatique. La jurisprudence arbitrale reconnaît que le propre comportement de l'investisseur est un paramètre fondamental, déterminant sa protection juridique. C'est justement à ce confluent que se rencontrent le droit international des investissements et les devoirs des investisseurs. C'est aussi à ce niveau que la présente contribution mettra en perspective le droit international des investissements et la RSE.

La RSE peut être définie comme étant un mécanisme d'auto-régulation, normalement volontaire, des entreprises⁷ visant à mitiger les coûts humains, environnementaux et sociaux engendrés par leurs activités⁸. Il serait juste de dire que la problématique moderne de la RSE est surtout relative à sa mise en oeuvre et moins à son inclusion ou pas dans la pratique des entreprises : c'est, du moins, ce qui ressort de l'observation de la pratique⁹. L'application de la RSE à la conduite des entreprises divise deux écoles : alors que certains pensent que la responsabilité sociale se limite à l'auto-régulation, donc à des

⁶ *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, CIRDI n° ARB/97/7, sentence (13/11/2000), § 64 ; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chili*, CIRDI n°. ARB/01/7, sentence (25/05/04), § 178.

⁷ PNUE, "Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements", PNUE, 2011, p. 13.

⁸ V. dans cette ouvrage K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon, « Introduction. La RSE saisie par le droit. Généalogie d'une recherche juridique sur la RSE ». V. aussi A. Gill, "Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda", *Berkley Journal of International Law*, vol. 26, n° 2, 2008, p. 453-454. Plus généralement, voir S. R. Ratner, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal*, vol. 111, 2001, p. 443-545 ; E. Assadourian, "Transforming Corporations", in L. Stark (dir.), *The State of the World 2006. A Worldwatch Institute Report on Progress Toward a Sustainable Society*, Londres, W.W. Norton and Company, 2006, p. 172 ; K. Miles, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 218.

⁹ *Just Good Business*, Rapport Spécial de *The Economist*, 17 janvier 2008 ; C.A. Cedillo Torres, M. Garcia-French, R. Hordjik, K. Nguyen, L. Olup, "Four Case Studies on Corporate Social Responsibility: Do Conflicts Affect a Company's Social Responsibility Policy?", *Utrecht Law Review*, vol. 8, n° 3, 2012, p. 52.

ARBITRAGE INTERNATIONAL ET DROIT INTERNATIONAL DES INVESTISSEMENTS

normes volontaires, d'autres affirment qu'elle doit se fonder sur la législation ou sur la réglementation, c'est-à-dire, sur des normes obligatoires¹⁰. Ce travail s'inscrit dans ce deuxième courant. Il s'agit de comprendre comment le droit peut conférer une effectivité à la RSE. L'identification de ces instruments demande parfois une construction juridique par interprétation et parfois, une certaine anticipation sur l'avenir.

Il existe, au sein du droit international des investissements, certaines techniques juridiques utilisables pour encadrer la responsabilité sociale des investisseurs. Ces techniques sont utiles vu la logique propre aux investissements internationaux : l'établissement d'une entreprise ou l'extension de ses activités sur un territoire étranger, dans un ordre juridique étranger parfois moins rigoureux que celui dans lequel est incorporée la société-mère. Dans ce cadre, la responsabilité sociale des investisseurs se mesure par les devoirs, souvent implicites, parfois volontaires, qui incombent aux investisseurs et que la pratique a révélés. Même s'ils ne sont pas toujours régis par des textes, ces devoirs ont une portée juridique certaine et leur déconsidération a des effets juridiques concrets pour la RSE car en l'absence de techniques juridiques pour la prise en compte des devoirs des investisseurs (1) ces derniers bénéficieraient d'un enrichissement sans cause (2).

1. Les techniques juridiques pour la prise en compte des devoirs des investisseurs en droit international des investissements

Si les devoirs des investisseurs sont rarement prévus dans les accords relatifs à la protection des investissements, certains nouveaux accords ont appelé à une petite révolution avec un chapitre consacré entièrement à la responsabilité sociale des entreprises. Il est ainsi possible de concevoir la RSE au sein même des accords sur les investissements : partant, la première technique, jusque-là inexistante, est simplement conventionnelle (1.1). À cela, s'ajoutent les techniques révélées par la jurisprudence arbitrale (1.2).

1.1. Les techniques conventionnelles : la prise en compte de la RSE dans les accords relatifs aux investissements pour évaluer la protection due aux investisseurs

Si cette prise en compte est *a priori* programmatique (1.1.1), elle n'en dégage pas moins certains effets juridiques certains (1.1.2.).

1.1.1 Une prise en compte a priori programmatique

La seule obligation implicite que la majorité des accords relatifs aux investissements impose aux investisseurs est celle de respecter le droit national lors de la constitution de leur investissement. Il s'agit d'une

¹⁰ A. Gill, "Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda", *Berkley Journal of International Law*, vol. 26, n° 2, 2008, p. 462 ; K. Miles, *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 221.