Document generated on 05/09/2025 1:09 p.m.

Revue générale de droit

L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre

Adeline Michoud

Volume 49, Number 2, 2019

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068524ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068524ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Michoud, A. (2019). L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre. *Revue générale de droit*, *49*(2), 399–429. https://doi.org/10.7202/1068524ar

Article abstract

Over the last four decades, many corporations from Western countries have chosen to relocate several of their activities in developing countries. As a consequence, many host countries took the decision to loosen their regulations to attract Western companies and foreign investors. This has led to what is commonly known as the "race to the bottom," which describes the pursuit of many countries seeking to attract foreign capitals on their territory by reducing their social and environmental standards.

In the context of these movements of capitals, governments of Western States have sought to ensure the fair treatment of their corporations in their operations abroad through the conclusion of trade and investment treaties. These treaties award protection to investors and entitle them to enforce their rights with respect to the host State before arbitral tribunals. Such international investment agreements generally do not place obligations on investors, but only on the State Parties.

While corporations and private investors have accumulated a certain number of rights under these treaties, a certain asymmetry has developed with regards to their accountability towards the countries and populations affected by the adverse impacts generated by their activities. Several abuses by transnational corporations have revealed the importance of bringing more balance to State-investors treaties, and underlined the necessity to impose sustainable development obligations to transnational companies and investors.

This article aims at discussing the necessity of including corporate social responsibility considerations in the international investment treaties framework. We shall notably discuss the latest developments in that respect in recent investment treaties. We shall also assess the adequacy of arbitral tribunals to handle corporate human rights breaches and analyze what mechanisms could be adopted in order to broaden the scope of arbitration and to develop new mechanisms to put an end to the State-investor asymmetry.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2019

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'intégration de la responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement : une question de (ré)équilibre

Adeline Michoud*

RÉSUMÉ

Au cours des quatre dernières décennies, de nombreuses entreprises des pays occidentaux ont choisi de délocaliser plusieurs de leurs activités dans les pays en développement. En conséquence, plusieurs pays d'accueil ont pris la décision d'assouplir leur réglementation pour attirer les entreprises occidentales et les investisseurs étrangers. Cela a conduit à ce que l'on appelle communément la « course vers le bas », qui décrit cette quête de nombreux pays étrangers visant à attirer des capitaux étrangers sur leur territoire en réduisant leurs normes sociales et environnementales.

Dans le contexte de ces mouvements de capitaux, les gouvernements des États occidentaux ont cherché à assurer le traitement équitable de leurs entreprises dans le cadre de leurs activités à l'étranger par la conclusion de traités commerciaux et d'investissement. Ces traités accordent une protection aux investisseurs et leur permettent de faire valoir leurs droits vis-à-vis de l'État hôte devant les tribunaux arbitraux. De tels accords internationaux d'investissement n'imposent généralement pas d'obligations aux investisseurs, mais seulement aux États parties.

Alors que les entreprises et les investisseurs privés ont accumulé un certain nombre de droits en vertu de ces traités, une certaine asymétrie s'est manifestée quant à la responsabilité de ces mêmes acteurs privés envers les pays et les populations touchés par les répercussions négatives générées par leurs activités. Plusieurs abus commis par des entreprises multinationales ont révélé l'importance d'équilibrer davantage les rapports entre États et investisseurs étrangers, et souligné la nécessité d'imposer des obligations de développement durable aux entreprises multinationales et aux investisseurs.

* Docteure en droit de l'Université de Genève. Titulaire d'un LLB de l'Université de King's College London, d'un Master I de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, d'un Bachelor et d'un Master en droit de l'Université de Genève, et d'un LLM en droit international de l'Institut des hautes études internationales et de développement. Ancienne assistante d'enseignement et de recherche au Département de droit international privé de l'Université de Genève (2015–2019), avocate-stagiaire à Genève.

(2019) 49 R.G.D. 399-429

Le présent article a pour but de discuter de la nécessité d'inclure les considérations de responsabilité sociale des entreprises dans les traités internationaux d'investissement. Nous examinerons d'abord les derniers développements à cet égard dans les récents traités d'investissement. Nous évaluerons également l'adéquation des tribunaux arbitraux pour traiter des questions relatives aux violations des droits de la personne par les entreprises et nous analyserons les mécanismes qui pourraient être adoptés afin d'élargir la portée de l'arbitrage et de concevoir de nouveaux mécanismes pouvant mettre fin à l'asymétrie entre l'État et les investisseurs.

MOTS-CLÉS :

Responsabilité sociale des entreprises, droit international public, droit des investissements, entreprises et droits de la personne.

ABSTRACT

Over the last four decades, many corporations from Western countries have chosen to relocate several of their activities in developing countries. As a consequence, many host countries took the decision to loosen their regulations to attract Western companies and foreign investors. This has led to what is commonly known as the "race to the bottom," which describes the pursuit of many countries seeking to attract foreign capitals on their territory by reducing their social and environmental standards.

In the context of these movements of capitals, governments of Western States have sought to ensure the fair treatment of their corporations in their operations abroad through the conclusion of trade and investment treaties. These treaties award protection to investors and entitle them to enforce their rights with respect to the host State before arbitral tribunals. Such international investment agreements generally do not place obligations on investors, but only on the State Parties.

While corporations and private investors have accumulated a certain number of rights under these treaties, a certain asymmetry has developed with regards to their accountability towards the countries and populations affected by the adverse impacts generated by their activities. Several abuses by transnational corporations have revealed the importance of bringing more balance to State-investors treaties, and underlined the necessity to impose sustainable development obligations to transnational companies and investors.

This article aims at discussing the necessity of including corporate social responsibility considerations in the international investment treaties framework. We shall notably discuss the latest developments in that respect in recent investment treaties. We shall also assess the adequacy of arbitral tribunals to handle corporate human rights breaches and analyze what mechanisms could be adopted in order to broaden the scope of arbitration and to develop new mechanisms to put an end to the State-investor asymmetry.

KEY-WORDS:

Corporate social responsibility, international public law, investments law, business and human rights.

SOMMAIRE

Introduction 401
I. Les effets de l'intégration des droits de la personne dans les accords bilatéraux d'investissement 404
II. L'inclusion croissante de clauses relatives au respect des normes de protection des travailleurs et de l'environnement dans les accords bilatéraux d'investissement 407
III. L'élaboration de traités d'investissement prometteurs en Afrique 414
IV. La nécessité d'élargir le champ de l'arbitrage et de concevoir de nouveaux mécanismes pour mettre fin à l'asymétrie entre l'État et l'investisseur 420
Conclusion 427

INTRODUCTION

Au cours des quatre dernières décennies, de nombreuses entreprises occidentales ont choisi de délocaliser plusieurs de leurs activités dans des usines situées dans des pays en développement. En conséquence, plusieurs pays d'accueil ont pris la décision d'assouplir leur réglementation afin d'attirer les entreprises occidentales et les investisseurs étrangers. Cela a entraîné ce que l'on appelle communément la « course vers le bas », qui conduit de nombreux pays cherchant à attirer des capitaux étrangers à réduire leurs normes sociales et environnementales et à limiter la responsabilité des entreprises pour les dommages causés par leurs activités[1].

1. Voir Gwynne L Skinner, « Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World » (2014) 46:1 Colum HRLR 158 à la p 169 (où l'auteure explique que la dépendance de certains pays aux investissements a mené à une course vers le bas en termes de régulation); voir également Jodie A Kirschner, « Why Is the US Abdicating the Policing of Multinational Corporations to Europe? Extraterritoriality, Sovereignty, and the Alien Tort Statute » (2012) 30:2 BJIL 259 aux pp 266–67 (qui indique que certains pays sont prêts à ne pas réglementer certaines pratiques pour encourager l'investissement étranger sur leur territoire); voir également Steven R Ratner,

Dans le contexte de ces mouvements de capitaux, les gouvernements des États occidentaux ont cherché à assurer le traitement équitable de leurs sociétés dans leurs activités à l'étranger par la conclusion de traités commerciaux et d'investissement. Ces traités accordent une protection aux investisseurs et leur permettent de faire valoir leurs droits devant les tribunaux arbitraux vis-à-vis de l'État hôte dans lequel ils investissent[2]. De tels accords internationaux n'imposent généralement pas d'obligations aux investisseurs, mais seulement aux États parties[3]. On estime que plus de 3 000 traités bilatéraux d'investissement ont été conclus à ce jour[4].

Avec la montée de la mondialisation, les entreprises ont obtenu des États un certain nombre de droits en vertu du droit international des investissements. Les investisseurs étrangers ont, notamment, acquis ces droits grâce aux dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et États, contenues dans les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et dans les traités multilatéraux d'investissement conclus entre États. Ces traités d'investissement entre États ont privatisé la protection internationale des investisseurs, leur accordant un droit d'action directe contre les États devant les tribunaux arbitraux[5].

Si les entreprises et les investisseurs privés ont accumulé un certain nombre de droits en vertu de ces traités, on note néanmoins une certaine asymétrie en ce qui concerne leur responsabilité envers les pays et les populations touchés par les répercussions négatives générées par leurs activités. Plusieurs abus commis par des sociétés transnationales, bénéficiant de cadres réglementaires laxistes, notamment en matière de droit du travail et de protection de l'environnement, ont été révélés au grand public au cours des dernières années. L'une des

---

« Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility » (2001) 111:3 Yale LJ 443 à la p 461; Beth A Simmons, « Bargaining Over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment » (2014) 66:1 WPR 12 à la p 20.

2. Patrick Dumberry et Gabrielle Dumas-Aubin, « How to Impose Human Rights Obligations on Corporations Under Investment Treaties? Pragmatic Guidelines for the Amendment of BITs » (2011–2012) 4 Yearbook on International Investment Law & Policy 568 à la p 572.

3. CNUCED, Social Responsibility, vol 17, UNCTAD/ITE/IIT/22 (1er avril 2001); Yannick Radi, « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration: A Perspective From Within the International Investment Law Toolbox » (2011) 37:4 NCJ Intl L & Com Reg 1107 à la p 1110.

4. Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 227.

5. Voir à ce sujet Thomas Schultz et Cédric Dupont, « Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-Empowering Investors? A Quantitative Empirical Study » (2014) 25:4 Eur J Intl L 1147.

plus grandes tragédies causées par ces abus est l'effondrement de l'immeuble du Rana Plazza, qui abritait plusieurs usines de fabrication de vêtements au Bangladesh. Cet accident, survenu le 24 avril 2013, a fait plus de 1 100 morts et 3 000 blessés[6].

De tels accidents soulignent la nécessité d'imposer des obligations de développement durable aux entreprises multinationales et aux investisseurs. En effet, il semble crucial que les États et les entreprises s'entendent sur un certain contrat social, dans lequel les États et les investisseurs auraient des devoirs et des obligations équivalents[7]. John Ruggie, représentant spécial de l'Organisation des Nations Unies (ONU) pour les entreprises et les droits de l'homme de 2005 à 2011, a insisté sur l'importance de tenir compte des droits de la personne dans les contrats et traités d'investissement :

> La négociation est pour les parties le bon moment de faire connaître leurs attentes et de déterminer leurs responsabilités respectives en ce qui concerne tous les types de risques, y compris les risques pour les droits de l'homme. De plus, une bonne gestion des risques pour les droits de l'homme aura des répercussions sur d'autres éléments du contrat, d'où l'intérêt d'analyser ces risques de façon cohérente, parallèlement aux questions économiques et commerciales[8].

C'est pourquoi, dans le présent article, nous discuterons de la nécessité d'incorporer des clauses de responsabilité sociale dans les traités internationaux d'investissement. Dans un premier temps, nous évaluerons l'effet qu'une telle incorporation pourrait avoir sur la prévention des accidents induits par les activités des entreprises multinationales dans les pays en développement. Ensuite, nous verrons qu'un certain nombre de traités tend de plus en plus à prendre en considération la responsabilité sociale des entreprises. Enfin, nous discuterons de l'adéquation des tribunaux arbitraux pour traiter les violations des droits de la personne commises par des entreprises, ainsi que des mécanismes qui pourraient être adoptés afin d'élargir la portée de l'arbitrage

---

6. Voir Organisation internationale du travail (OIT), en ligne : <www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang--en/index.htm>.

7. Henry Peter et Guillaume Jacquemet, « Corporate Social Responsibility : analyse des rapports 2013 des dix plus grandes sociétés du SMI » (2014) 88:11 L'expert-comptable suisse 1027 à la p 1029.

8. John Ruggie, *Principes pour des contrats responsables : intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs*, HR/PUB/15/1, Genève, Publication des Nations Unies, 2015, 1 à la p 6.

et de concevoir de nouveaux mécanismes pour mettre fin à l'asymétrie entre l'État et les investisseurs.

I. LES EFFETS DE L'INTÉGRATION DES DROITS DE LA PERSONNE DANS LES ACCORDS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

La nécessité de réglementer les obligations des entreprises multinationales dans les accords d'investissement a fait l'objet de nombreuses discussions. Un certain nombre d'arguments en faveur de l'intégration d'obligations relatives aux droits de la personne ont été soulevés.

Premièrement, certains auteurs soutiennent qu'une telle intégration aurait un effet négatif sur les investissements dans les pays en développement, car elle empêcherait les entreprises d'investir à l'étranger en raison du risque de litiges coûteux que cela pourrait engendrer[9]. Deuxièmement, les entreprises prétendent que leurs initiatives en matière de responsabilité sociale sont suffisantes pour réglementer leur comportement[10]. Troisièmement, certains défendent l'idée que l'intégration de droits de la personne pourrait être perçue comme une sorte de néocolonialisme visant à imposer des normes occidentales aux pays en développement[11]. Enfin, d'autres auteurs[12], s'inspirant des idées de Milton Friedman qui insiste sur le fait que la « raison d'être » des entreprises consiste à faire du profit[13] et non pas à appliquer des politiques publiques, affirment que le respect des droits de la personne

9. Voir Troy A Rule, « Using "Norms" to Change International Law: UN Human Rights Laws Sneaking in Through the Back Door? » (2004) 5:1 Chicago J Intl L 325.

10. Chambre internationale du commerce et Organisation internationale des employeurs, *Joint Views on the Draft* [*UN Norms*], 2004, dans sa version originale anglaise : "*The sub-Commission's draft, if put into effect, will undermine human rights, the business sector of society, and the right of development*", en ligne : <business-humanrights.org/en/joint-views-of-the-ioe-icc-on-the-un-human-rights-norms-for-business>.

11. Sara L Seck, « Home State Responsibility and Local Communities: The Case of Global Mining » (2008) 11:1 Yale Human Rts & Dev LJ 177 à la p 182 (reprenant une critique adressée au projet de code de conduite australien discuté en 2000, qui affirmait que celui-ci serait perçu comme paternaliste et raciste à l'étranger).

12. Voir Nien-hê Hsieh, « Should Businesses Have Human Rights Obligations? » (2015) 14:2 Journal of Human Rights 218.

13. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962 à la p 133. Il est à noter que les théories de Friedman quant à l'importance de ne pas prendre en compte les objectifs de politiques publiques dans le cadre du libéralisme économique s'inscrivent dans un contexte de guerre froide entre les blocs soviétique et américain.

est un fardeau trop lourd pour les entreprises et ne devrait donc pas faire partie de leurs obligations.

Ces points de vue peuvent être critiqués et les arguments soulevés ne suffisent pas, à notre sens, à justifier le manque de régulation des entreprises en matière de droits de la personne. Premièrement, quant au prétendu rôle négatif que l'inclusion de clauses relatives aux droits de la personne aurait sur la conclusion de traités d'investissement, nous pouvons opposer l'idée que les investissements doivent être fondés sur des stratégies à long terme, qui intègrent des réglementations du travail et de l'environnement[14]. Par conséquent, lors de la signature d'un traité d'investissement, les différentes parties doivent prendre en considération toutes les conséquences qui peuvent découler de l'investissement et des activités économiques connexes.

Deuxièmement, en ce qui concerne l'argument selon lequel les initiatives volontaires sont suffisantes pour réglementer les activités des entreprises, nous pouvons rappeler que, depuis l'adoption de ces initiatives volontaires, plusieurs scandales de violations des droits de la personne ont été révélés au public, ce qui indique clairement que les initiatives non contraignantes en matière de responsabilité sociale des entreprises ne suffisent pas à empêcher la violation des droits fondamentaux de la personne[15]. Par conséquent, un certain nombre d'engagements devront être pris par des acteurs privés afin d'assurer le respect des droits de la personne.

Troisièmement, l'affirmation selon laquelle la réglementation des droits de la personne traduirait un certain néocolonialisme peut être ignorée, car les droits de la personne sont des valeurs universelles qui ont été adoptées par les pays en développement.

Enfin, les objectifs lucratifs des entreprises ne devraient en aucun cas légitimer leurs violations des droits de la personne. En effet, en raison de l'effet de leurs activités, les acteurs du secteur privé devraient être tenus de rendre des comptes et être sensibles aux risques que leurs productions peuvent présenter pour la sécurité des travailleurs

14. Stephen P Marks, « The Human Rights Framework for Development: Seven Approaches » dans Arjun Sengupta, Archna Negi et Moushumi Basu, dir, *Reflections on the Right to Development*, New Delhi, Sage, 2005, 23.

15. Voir par ex les révélations du journal *Le Monde* sur l'industrie de l'extraction des rubis au Mozambique, en ligne : <www.lemonde.fr/afrique/article/2017/10/04/au-mozambique-l-extraction-du-rubis-prend-la-couleur-du-sang_5195758_3212.html>.

employés dans leurs chaînes de production ou répondre de la pollution de l'environnement qu'ils peuvent générer.

Certains auteurs sont d'avis que l'inclusion dans les accords internationaux d'investissement d'obligations en matière de droits de la personne ne ferait qu'ajouter à la complexité de ces accords et créerait une insécurité juridique[16]. Pourtant, l'intégration des droits de la personne dans les traités d'investissement est nécessaire si l'on veut que les obligations en cette matière soient invoquées et appliquées dans les cas d'arbitrage d'investissement. En effet, les arbitres ne peuvent pas appliquer des règles (d'autant plus s'il s'agit de règles de *soft law* ou *droit souple*) qui ne relèvent pas du traité d'investissement, car ils excéderaient leur compétence, ce qui reviendrait à risquer de voir la sentence arbitrale annulée[17]. Aujourd'hui, la violation de certains droits de la personne ne peut pas systématiquement être invoquée. C'est notamment la raison pour laquelle dans l'affaire *Biwater c République-Unie de Tanzanie*, le tribunal arbitral n'a pas examiné en détail le respect par le défendeur du droit à l'accès à l'eau, bien que celui-ci soit d'intérêt public[18].

Le nouveau traité sur les entreprises et les droits de l'homme[19], discuté aux Nations Unies, pourrait enfin reconnaître expressément le fait que les entreprises ont des obligations juridiques en matière de droits de la personne et que celles-ci devraient également être respectées dans les régimes commerciaux. Cela encouragerait une réforme des traités internationaux relatifs au droit de l'investissement et pourrait

---

16. Marc Jacob, « International Investment Agreements and Human Rights », INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development 03/2010 (2010) aux pp 36–37, en ligne : <inef.uni-due.de/index.php?article_id=44&clang=2&pub_id=1405>.

17. Voir Jernej Letnar Černic, « Corporate Human Rights Obligations Under Stabilization Clauses » (2010) 11:2 GLJ 210 à la p 216; Dumberry et Dumas-Aubin, *supra* note 2 à la p 581; Todd Weiler, « Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order » (2004) 27:2 Boston College Intl & Comp L Rev 429; Gabriel Bottini, « Extending Responsibilities in International Investment Law » (2015), en ligne : <e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/07/E15-Investment-Bottini-FINAL.pdf>; John Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W W Norton & Company, 2013 à la p 184.

18. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v République-Unie de Tanzanie*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n° ARB/05/22, décision, 24 juillet 2008, au para 358.

19. *Rapport du groupe de travail sur l'examen périodique universel*, Rés A/HRC/26/9, Doc off AG CDH NU, 26e sess, 14 juillet 2014, Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et sur les droits de l'homme.

conduire à l'intégration des obligations des entreprises en matière de droits de la personne dans ces traités d'investissement.

Pourtant, jusqu'à présent, le projet actuel de traité[20] ne cherche pas à remettre en question les traités bilatéraux existants en matière d'investissement. En effet, la question des traités d'investissement n'est pas complètement abordée dans le projet révisé de l'ONU sur l'instrument juridiquement contraignant visant à réglementer les sociétés transnationales en droit international. L'article 12(6) du projet révisé de ce traité prévoit à ce stade que les États parties s'engagent à ne conclure aucun accord bilatéral ou multilatéral d'investissement qui ne garantirait pas le respect des droits de la personne[21].

On peut donc espérer que les traités bilatéraux d'investissement seront progressivement modifiés. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) soutient l'idée d'une réforme du régime actuel d'investissement, en appelant à l'intégration des considérations de développement durable dans les stratégies et traités d'investissement afin d'assurer une meilleure coordination entre les objectifs commerciaux et les objectifs de développement durable[22]. Comme nous le verrons dans la section suivante, quelques traités d'investissement ont commencé à inclure des clauses de responsabilité sociale des entreprises et de développement durable.

II. L'INCLUSION CROISSANTE DE CLAUSES RELATIVES AU RESPECT DES NORMES DE PROTECTION DES TRAVAILLEURS ET DE L'ENVIRONNEMENT DANS LES ACCORDS BILATÉRAUX D'INVESTISSEMENT

En raison de l'attention croissante que la société civile porte à la question du développement durable, un certain nombre d'accords d'investissement entrés en vigueur[23] ont commencé à inclure des

20. La version actuelle du projet de traité est disponible en anglais, en ligne : <www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf>.

21. Cette version révisée du projet de traité a été discutée aux Nations Unies, à Genève, en octobre 2019.

22. CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde, Repères et vue d'ensemble, 2017 aux pp 126–27.

23. Les premiers accords ayant inclus la notion de responsabilité sociale des entreprises sont l'*Accord d'association Chili-Union européenne* (signé le 18 novembre 2002, entré en vigueur le 1er mars 2005), l'*Accord commercial États-Unis–Chili* (signé le 6 juin 2003, entré en vigueur

dispositions à cet égard. On peut citer, notamment, l'*Accord d'investissement Canada-Sénégal,* qui prévoit ce qui suit :

> Chacune des Parties encourage les entreprises exerçant leurs activités sur son territoire ou relevant de sa compétence à intégrer, sur une base volontaire, dans leurs pratiques et politiques internes des normes internationalement reconnues en matière de responsabilité sociale des entreprises, telles que les déclarations de principe auxquelles les Parties ont adhéré et qui portent sur des questions comme le travail, l'environnement, les droits de la personne, les relations avec la collectivité ou la lutte contre la corruption. Les entreprises susvisées sont ainsi encouragées à la réalisation d'investissements dont les impacts contribueront à la résolution de problèmes dans l'espace social et à préserver l'environnement[24].

Dans le même ordre d'idées, on peut également citer le Traité bilatéral d'investissement Maroc-Nigéria de 2016, qui indique :

> Outre l'obligation de se conformer à toutes les lois et réglementations applicables de l'État hôte et aux objectifs de développement durable des Nations Unies, les investisseurs et leurs investissements doivent viser à contribuer au maximum au développement durable de l'État hôte et de la communauté locale par le biais de pratiques socialement responsables d'un standard élevé [notre traduction][25].

Les références aux principes de responsabilité sociale des entreprises se sont multipliées dans les traités bilatéraux d'investissement les plus récents[26]. Certains parlent même de l'émergence d'une « nouvelle

---

le 1er janvier 2004), l'*Accord de partenariat économique États du Cariforum-Union européenne* (signé le 15 octobre 2008, entré en vigueur le 12 janvier 2009), et l'*Accord de libre-échange Canada-Pérou* (signé le 29 mai 2008 et entré en vigueur le 1er août 2009).

24. *Accord Canada-République du Sénégal concernant la promotion et la protection des investissements* (signé le 27 novembre 2014 et entré en vigueur le 5 août 2016), art 16, en ligne : <international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/senegal/fipa-apie/index.aspx?lang=fra>.

25. *Accord de promotion et de protection réciproque des investissements Royaume du Maroc-Gouvernement de la République fédérale du Nigeria* (signé le 3 décembre 2016, en attente de ratification), art 24, en ligne : <investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409>.

26. Voir, notamment, l'article 12 du modèle de traité bilatéral d'investissement adopté par l'Inde en 2016 ou encore l'article 15 de l'*Accord de promotion en matière d'investissements et de coopération Brésil-Chili* (signé le 24 novembre 2014, en attente de ratification).

génération » de traités d'investissement[27], pour décrire l'inclusion de considérations de développement durable dans ceux-ci. Des traités tels que le *Cariforum 2008*[28], l'*Accord commercial extérieur Union européenne-Corée 2010*[29] ou encore l'*Accord Union européenne-Colombie-Pérou 2012*[30] sont de bons exemples de cette tendance croissante à consacrer des dispositions entières au respect des normes en matière de droit du travail et de l'environnement[31].

Au fil du temps, les traités d'investissement font de plus en plus référence aux instruments tels que les *Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques* (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales[32]. Les *Principes directeurs des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme* (UNGP) reconnaissent eux-mêmes le potentiel des accords d'investissement, exhortant les États, lorsqu'ils concluent ceux-ci, à être conscients de leur devoir de protéger les droits fondamentaux[33].

Dernièrement, en mai 2018, les Pays-Bas ont publié à titre consultatif leur nouveau projet de traité bilatéral d'investissement (TBI)[34]. Selon la CNUCED, les accords bilatéraux d'investissement néerlandais sont

---

27. Leonardo Borlini, « The EU's Promotion of Human Rights and Sustainable Development Through PTAs as a Tool to Influence Business Regulation in Third Countries » dans Angelica Bonfanti, dir, *Business and Human Rights in Europe*, New York, Routledge, 2018, 71 à la p 80.

28. *Accord de partenariat économique États du Cariforum-Union européenne*, *supra* note 23, arts 72–73.

29. *Accord de libre-échange Union européenne-République de Corée*, ch 13 (signé le 15 octobre 2009, entré en vigueur le 1er juillet 2011).

30. Voir l'*Accord de libre-échange entre la Colombie, le Pérou, l'Équateur et l'Union européenne*, partie IX (signé le 26 juin 2012, entré en vigueur le 1er août 2013). Cette partie consacrée au développement durable contient des obligations concernant l'application effective de la législation nationale du travail et la non-dérogation à celle-ci, ainsi que la reconnaissance des principes de droit du travail consacrés par l'Organisation internationale du travail et leur importance en matière de commerce.

31. De manière similaire, deux traités d'investissement récents suivent cette même tendance : l'*Accord de libre-échange Union européenne-Vietnam*, ch 15 (signé le 30 juin 2019, en attente de ratification) ainsi que l'*Accord de partenariat économique Union européenne-Japon (2017)*, ch 16 (signé le 17 juillet 2018, entré en vigueur le 1er février 2019).

32. Par exemple, l'article 11 du TBI France-Colombie (signé le 10 juillet 2014, en attente de ratification) fait référence aux lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour les entreprises multinationales, en ligne : <investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/45/treaty/3488>.

33. Principes 8–10 des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

34. Voir en ligne : <globalarbitrationreview.com/digital_assets/820bcdd9-08b5-4bb5-a81e-d69e6c6735ce/Draft-Model-BIT-NL-2018.pdf>.

parmi les deux accords les plus fréquemment invoqués dans le monde[35], offrant généralement une forte protection aux investisseurs. Toutefois, le modèle précédent de 2004 avait fait l'objet de nombreuses critiques en raison des nombreux avantages qu'il offrait aux investisseurs et de l'absence de protection des intérêts des États et des populations. Par conséquent, le nouveau modèle néerlandais de TBI publié en 2018 vise à « créer un meilleur équilibre entre les droits et les devoirs des États hôtes et des investisseurs » [notre traduction][36]. Comme l'indique le préambule du nouveau projet de TBI, ce nouvel instrument vise à réaffirmer « l'engagement en faveur du développement durable et à renforcer la contribution du commerce et de l'investissement internationaux au développement durable ».

Le nouveau modèle de TBI néerlandais restreint notamment la possibilité pour les investisseurs d'invoquer la violation du TBI lorsque les États parties cherchent à mettre en œuvre des politiques d'intérêt public :

> Les dispositions du présent accord ne touchent pas le droit des parties contractantes de réglementer [...] la réalisation d'objectifs politiques légitimes, telle la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement, de la moralité publique, des droits du travail, du bien-être des animaux, de la protection sociale ou des consommateurs. […]. Le simple fait pour une partie contractante d'adopter des mesures, notamment en modifiant sa législation, qui portent préjudice à un investissement ou qui nuisent aux attentes des investisseurs, notamment quant à leurs prévisions et bénéfices, ne constitue pas un non-respect d'une obligation découlant du présent accord [notre traduction][37].

L'article 6 du projet de modèle de TBI néerlandais est consacré au développement durable, tandis que l'article 7 est dédié à la responsabilité sociale des entreprises. Aucun de ces deux articles ne figurait dans la version précédente du TBI néerlandais de 2004[38]. L'article 6(2) dispose : « Chaque Partie contractante veille à ce que ses lois et politiques

35. Voir en ligne : <investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/diaepcb2017d1_en.pdf>.

36. Nouveau projet de traité d'investissement bilatéral néerlandais. Voir en ligne : <model tekst-voor-bilaterale-investeringsakkoorden.pdf>.

37. *Ibid*, art 2(2).

38. *Ibid*, arts 6 et 7.

d'investissement prévoient et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement et du travail et s'efforce de continuer à améliorer ses lois et politiques et ses niveaux de protection » [notre traduction][39]. En outre, l'article 6(3) du projet souligne : « Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'abaisser les niveaux de protection offerts par la législation nationale en matière d'environnement ou de travail afin d'encourager l'investissement » [notre traduction][40].

Le projet de TBI fait également référence, à son article 6(5), à plusieurs instruments internationaux constituant des parties intégrantes de son champ d'application :

> [L]es parties contractantes réaffirment leurs obligations au titre des accords multilatéraux dans le domaine de la protection de l'environnement, des normes du travail et de la protection des droits de l'homme auxquels elles sont parties, tels que l'Accord de Paris, les conventions fondamentales de l'OIT et la Déclaration universelle des droits de l'homme [notre traduction][41].

L'article 6 a été critiqué pour ne pas avoir introduit d'obligations contraignantes pour les entreprises[42]. Pourtant, un changement peut être observé par rapport à la version précédente du TBI. En outre, ce TBI intègre l'importance de la protection publique des droits sociaux et environnementaux par les États, laquelle doit prévaloir sur toute autre considération en matière d'investissement et empêcher toute poursuite contre les États qui souhaitent introduire une législation sociale pouvant aller à l'encontre des intérêts des investisseurs.

Cette tendance visant à prendre en considération les droits de la personne a également commencé à se manifester dans la jurisprudence arbitrale, comme l'illustre l'affaire *Urbaser SA et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c République argentine* en 2016[43]. Ce différend a surgi dans le cadre du Traité bilatéral d'investissement Espagne-Argentine, après l'expiration d'une concession pour les services d'eau et d'assainissement

39. *Ibid*, art 6(2).

40. *Ibid*, art 6(3).

41. *Ibid*, art 6(5).

42. Bart-Jaap Verbeek et Roeline Knottnerus, « The 2018 Draft Dutch Model BIT: A Critical Assessment », en ligne : <iisd.org/itn/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus/>.

43. *Urbaser SA et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/07/26, 8 décembre 2016.

dans la province de Buenos Aires. L'Argentine a cherché à faire valoir que l'entreprise concessionnaire avait violé des obligations internationales relatives aux droits de la personne, en l'occurrence le droit à l'eau. Le tribunal arbitral a reconnu que le traité impose des obligations principalement à l'État hôte. Toutefois, la juridiction arbitrale a rejeté l'argument de l'entreprise requérante selon lequel l'investisseur, en tant qu'acteur non étatique, n'a aucune obligation[44].

En effet, le tribunal arbitral a considéré que, puisque les entreprises bénéficient de plusieurs droits en vertu des TBI, elles sont assujetties au droit international et peuvent avoir des obligations découlant de celui-ci[45]. Le tribunal a notamment fait référence à l'article 30 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme et* à l'article 5(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, pour établir que les personnes privées sont également liées par des obligations en matière de droits de la personne[46]. Le tribunal a conclu que toutes les parties, publiques et privées, ont l'obligation de ne pas se livrer à des activités contraires aux droits de la personne[47]; il a également retenu que les TBI doivent « être interprétés en harmonie avec les autres règles du droit international » [notre traduction][48] et a donc reconnu que le droit de l'investissement et les droits de la personne font partie d'un système juridique international unique, qui ne devrait pas être fragmenté[49].

En outre, le tribunal a estimé par la suite que « l'interdiction de commettre des actes contraires aux droits de l'homme […] peut s'appliquer immédiatement, non seulement aux États, mais aussi aux particuliers et autres parties privées »[50]. Toutefois, le tribunal a conclu qu'aucune obligation applicable en matière de droits de la personne n'avait été violée en l'espèce. Néanmoins, le raisonnement détaillé fourni par le tribunal arbitral montre une volonté de la part de certains tribunaux

44. *Ibid* au para 1194.

45. *Ibid* au para 1195.

46. *Ibid* aux para 1196 et 1197.

47. *Ibid* au para 1199.

48. *Ibid* au para 1200.

49. Quelques TBI reconnaissent déjà que les tribunaux devraient statuer sur les demandes en tenant compte à la fois des principes du droit international public et du droit international privé, comme l'article 10(5) du TBI Espagne-Argentine ou l'article 14(9)v) du nouveau modèle de TBI de l'Inde.

50. *Urbaser SA et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia c République argentine*, *supra* note 43 au para 1210.

arbitraux de prendre en considération des principes du droit international. Ce n'est pas la première fois qu'un tribunal arbitral tient compte des normes sociales et environnementales ainsi que des droits de la personne. En effet, dans l'affaire *Maffezini c Royaume d'Espagne*[51], le tribunal arbitral a tenu compte des dispositions des droits européen et espagnol de l'environnement[52]. Cela est conforme à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui dispose que « toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties […] devrait être utilisée pour interpréter un traité »[53].

La décision prise par le tribunal arbitral dans l'affaire *Urbaser* a généralement été saluée par la doctrine, mais de nombreux auteurs restent prudents et, à ce stade, s'abstiennent encore d'avancer qu'il s'agit d'un précédent qui révolutionnera l'asymétrie entre investisseurs et États[54]. Néanmoins, le raisonnement du tribunal arbitral dans la décision *Urbaser* semble commencer à être suivi. Dans la récente affaire *David Aven c Costa Rica*[55], le tribunal arbitral a affirmé que, bien que l'application du droit de l'environnement relève en premier lieu des États, « on ne saurait admettre qu'un investisseur étranger ne puisse être soumis à des obligations de droit international dans ce domaine » [notre traduction][56]. Citant l'approche suivie dans l'affaire *Urbaser c Argentine*, le tribunal soutient par ailleurs qu'il « partage le point de vue du tribunal de l'affaire *Urbaser*, selon lequel il n'est plus possible d'admettre que les investisseurs […] sont exempts de la possibilité de devenir des sujets de droit international » [notre traduction][57]. En conséquence, le tribunal ne trouve aucun argument permettant d'écarter la demande

51. *Emilio Augustin Maffezini c Royaume d'Espagne*, CIRDI, affaire nº ARB/97/7, décision, 13 novembre 2000.

52. *Ibid* aux para 67–71.

53. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, art 31(3)c).

54. Voir, notamment, Kevin Crow et Lina Lorenzoni Escobar, *International Corporate Obligations, Human Rights and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?*, Transnational Economic Law Research Center, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2017, en ligne : <telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20144.pdf>; Patrick Abel, « Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration, Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID *Urbaser v Argentina* Award » (2018) 1:1 Brill Open Law 61, en ligne : <brill.com/view/journals/bol/1/1/article-p61_61.xml?lang=en>; Edward Guntrip, « *Urbaser v Argentina*: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration? » (10 février 2017), en ligne (blogue) : *EJIL: Talk!* <www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>.

55. *David R Aven et al c Republic of Costa Rica*, CIRDI, affaire nº UNCT/15/3, 18 septembre 2018.

56. *Ibid* au para 737.

57. *Ibid* au para 738.

reconventionnelle émise par le Costa Rica, qui invoquait la violation de plusieurs obligations par l'investisseur en vertu de l'*Accord de libre-échange d'Amérique centrale*[58].

Ainsi, les tribunaux arbitraux semblent progressivement enclins à imposer davantage d'obligations aux investisseurs, notamment en matière de droits de la personne et de droit de l'environnement. Néanmoins, il est encore trop tôt pour évaluer l'étendue de l'effet de l'affaire *Urbaser* sur la pratique arbitrale. Les décisions arbitrales à venir nous permettront d'établir si cette tendance à l'intégration de la responsabilité sociale des entreprises et des investisseurs se consolidera. Comme nous le verrons dans notre prochaine section, certains pays commencent à prendre en considération la nécessité de mieux faire interagir les normes sociales et environnementales pour contrebalancer la seule application des règles relatives au droit des investissements. L'Afrique fait d'ailleurs office de pionnière en la matière.

III. L'ÉLABORATION DE TRAITÉS D'INVESTISSEMENT PROMETTEURS EN AFRIQUE

Certains auteurs — encore minoritaires[59] —, tel l'économiste Joseph Stiglitz, Prix Nobel d'économie, ont souligné le fait que le droit des investissements a dépassé son objectif initial, qui est de protéger le droit de propriété des investisseurs. Au lieu de cela, le droit de l'investissement semble désormais devenir un moyen de contourner la réglementation étatique (dans divers domaines tels que la santé, le travail, l'environnement, etc.)[60], permettant aux investisseurs de demander réparation s'ils estiment que l'adoption d'une nouvelle législation dans un État hôte va à l'encontre des droits que leur accordent les traités d'investissement. En conséquence, plusieurs pays d'Amérique latine ont commencé à se détourner du système de règlement des différends établi par le Centre international pour le règlement des différends

58. *Ibid* aux para 740–42.

59. Voir, notamment, Ferhat Horchani, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation » (2004) 131:2 JDI 367; Franck Duhautoy, « Vers la fin du régime de protection exorbitant des investisseurs étrangers? », en ligne : <hal.archives-ouvertes.fr/hal-01851061/document>; Julien Cazala, « La dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI » (2012) 58 AFDI 551.

60. Voir Joseph E Stiglitz, « The Secret Corporate Takeover, Project Syndicate » (13 mai 2015), en ligne (blogue) : *Market Watch* <www.marketwatch.com/story/the-secret-corporate-takeover-hidden-in-the-tpp-2015-05-13>.

relatifs aux investissements (CIRDI), voire ont même exclu le recours à l'arbitrage dans certains de leurs traités bilatéraux d'investissement[61].

Pour remédier à cette asymétrie de plus en plus critiquée, plusieurs traités d'investissement ont commencé à inclure des dispositions relatives à l'obligation pour les investisseurs de se conformer à toutes les lois nationales applicables des États hôtes[62]. Plusieurs instruments ont ainsi reconsidéré la relation entre investisseurs et États d'accueil. Le *Traité de libre-échange relatif à un Marché commun de l'Afrique orientale et australe* (COMESA)[63] énonce notamment à son article 11 l'objectif de conduire les affaires « dans le cadre d'un équilibre global des droits et obligations entre investisseurs et États membres » [notre traduction][64]. De même, le préambule du modèle de traité bilatéral d'investissement de la Communauté de l'Afrique australe (SADC) déclare qu'il vise « un équilibre global des droits et obligations entre les États parties, les investisseurs et les investissements » [notre traduction][65].

En outre, de nombreux États ont incorporé dans leurs traités d'investissement des clauses de « non-abaissement des normes », qui permettent aux États hôtes de réglementer des questions telles que les normes environnementales ou celles en matière de droit du travail[66]. Les États ont également inclus des clauses de « conformité à la législation », qui obligent les investisseurs à respecter les règles applicables dans la législation nationale des États hôtes. L'article 12(1) du modèle de traité bilatéral d'investissement du Ghana de 2008 prévoit notamment : « Les ressortissants et les sociétés d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante sont liés par les lois et

61. Pour plus de discussion sur le sujet, voir Maya Steinitz, *The Case for an International Court of Civil Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 à la p 42; Francisco José Pascual-Vives, « Current Alternatives to Investment Arbitration » dans Maria Chiara Marullo et Francisco Javier Zamora Cabot, dir, *Empresas y derechos humanos*, Pampelune, Editoriale Scientifica, 2018, 157 aux pp 166–67.

62. *Traité de libre-échange. Marché commun de l'Afrique orientale et australe*, art 13 (signé le 5 novembre 1993 et entré en vigueur le 8 décembre 1994), en ligne : <comesa.int/fr/traite-du-marche-commun-de-lafrique-orientale-et-australe/>.

63. *Ibid.*

64. *Ibid*, art 11.

65. Modèle de traité bilatéral d'investissement de la Communauté de l'Afrique australe (SADC), préambule.

66. Modèle de TBI des États-Unis de 2012, art 12; *Traité bilatéral d'investissement Japon-Uruguay, 2015*, art 27 (signé le 26 janvier 2015, entré en vigueur le 14 avril 2017); Modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Australie, art 4.

règlements en vigueur dans l'État hôte, y compris ses lois et règlements sur le travail, la santé et l'environnement » [notre traduction][67].

Toutefois, une nouvelle génération d'accords d'investissement voit progressivement le jour, offrant des pistes intéressantes pour remédier à l'asymétrie existante entre États et investisseurs. Jusqu'à ce jour, la pratique des traités d'investissement n'a pas favorisé l'inclusion d'obligations directes pour les investisseurs étrangers. Pourtant, progressivement, quelques traités d'investissement ont commencé à inclure des dispositions relatives aux obligations des investisseurs, parmi lesquels le *Code d'investissement communautaire de la Communauté économique des pays des Grands Lacs* (CEPGL)[68] ainsi que la *Charte sur un régime des entreprises industrielles multinationales des États d'Afrique orientale et australe*[69].

Par ailleurs, un consensus s'est dégagé, notamment en Afrique, avec l'établissement du *Code panafricain d'investissements* (PAIC). Le PAIC est le premier modèle de traité d'investissement élaboré par l'Union africaine. L'objectif de ce traité est d'attirer les investissements vers le continent africain et de faciliter les investissements transfrontaliers entre pays d'Afrique. S'il venait à être adopté, le PAIC s'appliquerait à tous les investissements réalisés dans les différents États membres de l'Union africaine[70]. La pierre angulaire du PAIC, qui en fait aussi sa principale spécificité, est que ce modèle de traité d'investissement est axé sur des objectifs de développement durable, présentant des « caractéristiques innovantes, qui en font sans doute aujourd'hui un instrument juridique unique » [notre traduction][71].

---

67. Modèle de traité bilatéral d'investissement du Ghana, art 12(1). Voir *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c République des Philippines*, CIRDI, affaire n° ARB/03/25, 16 août 2007. De manière similaire, dans l'affaire *Burlington c Équateur*, le tribunal arbitral de la CIRDI a reconnu que l'investisseur avait violé les règles de droit équatorien en matière de protection environnementale. Voir *Burlington Resources Inc c République d'Équateur*, CIRDI, affaire n° ARB/08/5, décisions sur les demandes reconventionnelles de l'Équateur aux para 1093–1094, 7 février 2017.

68. *Code d'investissement communautaire de la Communauté économique des pays des Grands Lacs* (CEPGL), art 19.

69. *Charte sur un régime des entreprises industrielles multinationales des États d'Afrique orientale et australe*, art 17.

70. Voir Makane Moïse Mbengue, « Un Code panafricain d'investissement pour promouvoir le développement durable » (29 juin 2016), en ligne : <www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/un-code-panafricain-dinvestissement-pour-promouvoir-le-d%C3%A9veloppement>.

71. Makane Moïse Mbengue et Stefanie Schacherer, « Africa and the Rethinking of International Investment Law – About the Elaboration of the Pan-African Investment Code » dans Anthea Roberts et al, dir, *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 547 à la p 547.

Le préambule[72] du PAIC ainsi que son premier article prévoient la nécessité de favoriser des investissements qui soutiennent le développement durable. L'objectif des rédacteurs était ainsi de s'assurer que les investissements réalisés sous l'égide du PAIC bénéficient à la fois aux investisseurs et aux populations locales. En fait, suivant la définition énoncée dans la sentence arbitrale *Salini*[73], le PAIC fixe quatre critères principaux pour qualifier une opération d'investissement : i) un engagement de capitaux ou d'autres ressources; ii) l'attente d'un gain ou d'un profit; iii) la prise en charge d'un risque; et iv) une contribution importante au développement économique de l'État hôte[74]. Par conséquent, pour qu'un investissement soit reconnu comme tel dans le cadre du PAIC, il doit apporter une contribution significative au développement économique de l'État hôte. L'approche de l'investissement retenue dans le PAIC vise donc à promouvoir une situation de gagnant-gagnant, dans laquelle tant les investisseurs que l'État d'accueil (y compris sa population) tirent profit de l'accord d'investissement.

Un autre aspect original du PAIC est le fait qu'il « définit les droits et obligations des États membres ainsi que des investisseurs »[75]. En effet, le PAIC consacre tout un chapitre (ch 4) à la question des obligations directes des investisseurs (avec des dispositions particulières sur les obligations sociopolitiques[76], la responsabilité sociale des entreprises[77] et l'utilisation des ressources naturelles[78]), cherchant ainsi à établir des obligations réciproques entre investisseurs et États. Cette approche de l'investissement apparaît assez novatrice, car elle vise à relier la protection de l'investissement à d'autres domaines du droit international, tels que la protection de l'environnement, les droits de la personne, la santé, etc. Cette interaction favorise la cohérence entre les différentes normes du droit international et montre que le droit commercial et les droits de la personne sont effectivement conciliables et ne sont pas nécessairement contradictoires. Pourtant, de nombreux pays restent réticents à l'idée d'imposer des contraintes aux investisseurs, craignant de créer un effet négatif sur leur attractivité pour les

72. *Projet de Code panafricain d'investissements* (PAIC), préambule, para 10.

73. *Salini et al c Maroc*, CIRDI, affaire n° ARB/00/4, 23 juillet 2001, 6 ICSID Rep 400 (2004) au para 54.

74. PAIC, art 4.

75. PAIC, art 2(2).

76. PAIC, art 20.

77. PAIC, art 22.

78. PAIC, art 23.

investisseurs étrangers[79]. En effet, de nombreux États partagent l'opinion selon laquelle la libéralisation de leur législation nationale est nécessaire pour attirer les investissements étrangers[80].

Au contraire, le PAIC prévoit la possibilité pour les États d'accueil de présenter des demandes reconventionnelles, c'est-à-dire d'émettre des critiques sur les méthodes de production, sur le comportement de l'investisseur étranger et sur le non-respect de ses obligations[81]. Il est à noter que l'article 46 de la *Convention CIRDI* prévoit les conditions auxquelles les demandes reconventionnelles peuvent être présentées. Néanmoins, en pratique, les tribunaux se dessaisissent généralement de celles-ci en raison de l'absence de dispositions conventionnelles claires autorisant expressément les États à les formuler[82]. Par conséquent, le PAIC facilite la possibilité pour les États de faire valoir des demandes reconventionnelles afin d'assurer le caractère exécutoire des obligations des investisseurs contenues dans le PAIC. Celui-ci va même au-delà des dispositions de traités tels que le COMESA, la SADC ou le modèle de TBI indien[83], car il autorise les États hôtes à invoquer les violations de toute norme internationale pertinente protégeant l'environnement ou les droits de la personne.

Un autre aspect intéressant du PAIC est le fait qu'il cherche à promouvoir une certaine collaboration entre investisseurs et États d'accueil. En effet, le PAIC donne la possibilité à l'investisseur de consulter les autorités de l'État d'accueil pour « préserver l'adéquation entre les plans de main-d'œuvre et les politiques nationales de développement social »[84]. L'article 36 du PAIC encourage en outre les investisseurs à

---

79. Karsten Nowrot, « Obligations of Investors » dans Marc Bungenberg et al, dir, *International Investment Law: A Handbook*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1154 à la p 1162.

80. Rukia Baruti, *Regulating Foreign Investment in COMESA and SADC: Implications of a Regional Approach*, thèse de doctorat en droit, Université de Genève, 2017, nº D.948, à la p 1, en ligne : <archive-ouverte.unige.ch/unige:103069>.

81. PAIC, art 43.

82. Voir, notamment, *Spyridon Roussalis c Roumanie*, CIRDI, affaire nº ARB/06/1, décision, 7 décembre 2011; *Goetz c Burundi*, CIRDI, affaire nº ARB/01/2, décision, 21 juin 2012. Très peu de traités contiennent des dispositions claires autorisant les demandes reconventionnelles. On peut, notamment, citer l'article 28(9) de l'*Accord d'investissement du COMESA (2007)*, l'article 19 du modèle de TBI type de la SADC de 2012, et les articles 14.11 et 14.2 let. i(b) du modèle de TBI indien de 2015.

83. Voir l'article 14(11) du modèle de TBI indien de 2015, l'article 19(2) du modèle de TBI de la SADC de 2012, et l'article 28(9) de l'*Accord du COMESA sur l'investissement (2007)*, qui limitent tous la possibilité d'introduire des demandes reconventionnelles sur la base de la violation d'une obligation de l'accord d'investissement en vigueur entre les parties.

84. PAIC, art 34(2)a).

soutenir financièrement la formation, le renforcement des capacités et le transfert des connaissances. De telles initiatives doivent être saluées. En effet, la coopération entre États et investisseurs peut contribuer à renforcer les relations entre les acteurs impliqués dans les activités d'investissement et le respect des normes juridiques établies par les États.

Cependant, la principale lacune du PAIC est qu'il n'a pas encore été officiellement adopté. Par conséquent, les avantages de son application restent à être mesurés. Pourtant, le PAIC représente une percée majeure, une tendance qui devrait inspirer les rédacteurs de nouveaux traités bilatéraux en matière de droit de l'investissement. À l'avenir, les nouveaux régimes d'investissement devraient inclure une « responsabilisation des investisseurs »[85] pour les encourager à respecter les droits de la personne et les normes environnementales. Cela conduirait à un rééquilibrage complet des droits et obligations des investisseurs et des États devant les tribunaux arbitraux.

L'intégration, dans les accords d'investissement, des normes de responsabilité sociale des entreprises (RSE) et des obligations des investisseurs contribue à trouver des solutions à la question plus vaste de la responsabilité des entreprises ainsi qu'à favoriser leur application des normes de droit international. La reconnaissance des obligations des investisseurs semble être une avenue prometteuse pour mieux équilibrer le régime du droit international de l'investissement[86].

En outre, la reconnaissance des investisseurs en tant que débiteurs d'obligations pourrait contribuer plus généralement à celle de la personnalité juridique des entreprises dans le régime du droit international public. En effet, celui-ci a été conçu à l'origine comme un système interétatique, dans lequel les États sont considérés comme des sujets exclusifs[87]. En vertu des règles actuelles du droit international, les individus et donc, par extension, les investisseurs et les entreprises commerciales ne sont pas obligés de remplir certains devoirs et ne peuvent être tenus responsables en cas de violations de certaines règles de

85. Voir Laurence Boisson De Chazournes, « Changes in the Balance of Rights and Obligations: Toward Investor Responsibilisation » dans Tarek El Ghabdan et al, dir, *La protection des investissements étrangers : vers une réaffirmation de l'État*, Paris, Pedone, 2018, 83.

86. Pour une discussion plus détaillée, voir Makane Moïse Mbengue, « Les obligations des investisseurs étrangers » dans Société française pour le droit International, dir, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, 295.

87. Rosalyn Higgins, « Conceptual Thinking About the Individual in International Law » (1978) 4:1 Br J Politics Int Relat 1.

droit international, y compris en matière de droits de la personne et de droit de l'environnement[88]. La reconnaissance généralisée des investisseurs en tant que sujets de droit international par les tribunaux arbitraux représenterait donc un progrès significatif pour contraindre les entreprises à respecter les droits de la personne et les normes environnementales fixées par les instruments du droit international[89].

Enfin, l'inclusion, dans le droit des investissements, des obligations des investisseurs relatives aux droits de la personne et au droit de l'environnement contribue à réduire la fragmentation du droit international, car elle favorise un certain degré de convergence et de cohérence entre les divers instruments du droit international[90], y compris les droits de la personne et les normes environnementales.

Abordons à présent la question de l'aptitude des tribunaux arbitraux à traiter les plaintes en matière de responsabilité sociale des entreprises dans le contexte des traités d'investissement.

IV. LA NÉCESSITÉ D'ÉLARGIR LE CHAMP DE L'ARBITRAGE ET DE CONCEVOIR DE NOUVEAUX MÉCANISMES POUR METTRE FIN À L'ASYMÉTRIE ENTRE L'ÉTAT ET L'INVESTISSEUR

L'arbitrage est la principale méthode de règlement des différends pratiquée en droit international de l'investissement. Une procédure d'arbitrage peut avoir lieu dans n'importe quel pays, dans n'importe quelle langue et avec des arbitres de toute nationalité. Grâce à cette souplesse, l'arbitrage est généralement perçu par les entreprises transnationales comme un forum neutre, ce qui garantit l'impartialité

88. Pourtant, le préambule de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 prévoit que les normes relatives aux droits de la personne sont directement applicables aux acteurs non étatiques, mais ce préambule, comme le reste de la Déclaration, semble avoir plus un effet déclaratoire que réellement contraignant.

89. Pour une discussion détaillée de la notion de sujet de droit international et sa pertinence au regard de la responsabilité sociale des entreprises, voir de la même auteure : Adeline Michoud, « La notion de sujet de droit international ou le défi de sa réforme à l'aune de la responsabilité sociale des entreprises commerciales » (2020) 50 RDUS [à paraître].

90. Elisa Morgera, « From Corporate Social Responsibility to Accountability Mechanisms: The Role of Convention on Biological Diversity » dans Pierre-Marie Dupuy et Jorge E Viñuales, dir, *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 321 en ligne : <www.research.ed.ac.uk/portal/files/16211470/From_corporate_social_responsibility_to_accountability_mechanisms.pdf>.

des juges. L'arbitrage est en effet salué par les investisseurs et les entreprises, car il est considéré comme présentant de nombreux avantages[91], notamment en termes de gain de temps, puisque les procédures d'arbitrage sont beaucoup plus rapides que celles engagées devant les tribunaux étatiques[92]. Néanmoins, la question de la pertinence de l'arbitrage dans les affaires concernant les entreprises et les droits de la personne a souvent été soulevée[93], particulièrement en ce qui concerne la légitimité des tribunaux arbitraux d'entendre des réclamations portant sur des questions de droit public et de droits de la personne dans le contexte d'accords d'investissement[94].

Actuellement, l'arbitrage en matière d'investissement est le mécanisme par lequel les investisseurs cherchent à obtenir réparation en cas de violation des normes conventionnelles par les États, mais ce mécanisme ne permet pas à ceux-ci de présenter devant les tribunaux arbitraux leurs revendications contre les entreprises[95]. En effet, les États sont réputés accepter de comparaître devant les tribunaux arbitraux dès qu'ils ont signé le traité d'investissement en vertu duquel la demande est introduite, ce qui confère aux tribunaux arbitraux la compétence pour tous les litiges qui pourraient survenir avec les sociétés d'investissement[96]. Au contraire, on ne peut considérer que les investisseurs ont accepté de soumettre leurs différends à un tribunal arbitral au seul motif que leur État d'origine a signé un traité d'investissement.

---

91. Voir Allan Koritzinsky et al, « The Benefits of Arbitration » (1992) 14:4 Family Advocate 45; Douglass Cassell et Anita Ramasastry, « White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights » (2016) 6:1 Notre-Dame J Intl & Comp L 1; Luis Gallegos et Daniel Uribe, « The Next Step Against Corporate Impunity: A World Court on Business and Human Rights? » (2016) 57 Harv L Rev 7.

92. Voir Cassell et Ramasastry, *supra* note 91.

93. Elodie Aba, *International Arbitration Tribunal: The Challenges*, Londres, Business and Human Rights Resource Centre, 2014; Luke E Peterson et Kevin R Gray, « International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration » (2003) 18 International Institute for Sustainable Development 1 à la p 33, en ligne : <www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_int_human_rights_bits.pdf>.

94. Conseil des droits de l'homme de l'ONU, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, 2011 au para 31a.

95. Ramona Elisabeta Cîrlig, « Business and Human Rights: From Soft Law to Hard Law? » (2016) 6:2 Juridical Tribune 228 à la p 242. Voir de manière plus générale Public Citizen, « Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies » (2014), en ligne : <www.citizen.org/documents/egregious-investor-state-attacks-case-studies.pdf>.

96. *Saluka Investments B V c République tchèque*, UNCITRAL, décision sur la compétence à l'égard de la demande reconventionnelle de la République tchèque, 7 mai 2004 au para 39.

Par conséquent, le consentement exprès de l'investisseur ou de l'entreprise est nécessaire pour que ce dernier puisse être traduit devant les tribunaux arbitraux[97]. Les États ne peuvent pas forcer leurs ressortissants à accepter un arbitrage en matière d'investissement, comme cela a notamment été réaffirmé dans l'affaire *AMT c Zaïre* : « Il apparaît donc que les deux États ne peuvent, en vertu de l'article 25 de la *Convention de Washington*, contraindre aucun de leurs ressortissants à comparaître devant le [CIRDI] » [notre traduction][98].

Un premier mécanisme, appelé « théorie des mains propres », s'est progressivement manifesté afin de limiter les réclamations abusives que pourraient présenter certains investisseurs contre leurs États hôtes. Ainsi, selon cette théorie, si un investisseur s'est rendu coupable d'un comportement illégal ou inapproprié (par exemple, en violant certains droits fondamentaux ou en enfreignant certaines règles de l'ordre juridique de l'État hôte), il ne pourra faire valoir aucune demande d'indemnisation devant un tribunal arbitral[99]. Cette théorie peut donc, dans une certaine mesure, contribuer à atténuer l'asymétrie existante entre États et investisseurs. En revanche, elle ne permet pas de se retourner directement contre les investisseurs devant les tribunaux arbitraux afin de leur réclamer des dédommagements. Il faut donc trouver un mécanisme en droit international de l'investissement, qui garantirait que les entreprises multinationales peuvent également être traduites devant les tribunaux arbitraux en cas de violations en matière de droits de la personne[100]. Cela permettrait de remédier au déséquilibre initial entre les moyens d'action des États et ceux des investisseurs[101].

---

97. Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, 5e éd, Paris, Dalloz, 2013 à la p 583; Maria Norris, « Access to Remedy: An International Tribunal for Business and Human Rights? », London School of Economics and Political Science, au para 6 (10 octobre 2014), en ligne (blogue) : *Human Rights* <https://blogs.lse.ac.uk/humanrights/2014/10/08/access-to-remedy-an-international-tribunal-for-business-and-human-rights/>.

98. *AMT c Zaïre*, CIRDI, affaire no ARB/93/1, 21 février 1997 au para 5.18.

99. Pour une discussion complète et détaillée de la théorie des mains propres et son application devant les tribunaux arbitraux, voir Patrick Dumberry, « State of Confusion: The Doctrine of "Clean Hands" in Investment Arbitration After the *Yukos* Award » (2016) 17:2 Journal of World Investment & Trade 229.

100. Voir par ex Helen Bubrowski, « Balancing IIA Arbitration Through the Use of Counterclaims » dans Armand De Mestral et Céline Lévesque, dir, *Improving International Investment Agreements*, Londres, Routledge, 2013, 212; Gustavo Laborde, « The Case for Host State Claims in Investment Arbitration » (2010) 1:1 JIDS 97.

101. Claes Cronstedt et Robert C Thompson, « An International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights », Version 5 (13 avril 2015), en ligne : <www.l4bb.org/news/TribunalV5B.pdf>.

Le professeur Peter Muchlinski suggère d'incorporer dans les accords commerciaux une clause type rédigée par la CNUCED :

> Grâce à une clause relative aux droits de l'homme, que toutes les Parties contractantes veilleraient à ce que les entreprises respectent davantage les droits de l'homme dans leur législation nationale. En outre, tout droit des sociétés d'utiliser des procédures de règlement des différends fondées sur des traités pourrait être subordonné au respect des droits de l'homme dans le cadre de ses activités par la société demanderesse [notre traduction][102].

Plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur de la possibilité, pour les victimes de violations des droits de la personne, d'attaquer les entreprises multinationales devant les tribunaux arbitraux[103]. Cela permettrait d'équilibrer l'asymétrie des accords d'investissement lorsque les investisseurs sont autorisés à intenter des actions contre les États pour non-respect de certaines de leurs obligations, alors que le contraire est impossible pour les États[104]. Il semble pourtant légitime que les investisseurs aient, eux aussi, certaines obligations envers les États accueillant les activités des entreprises multinationales, mais également envers les populations de ces pays [notre traduction][105].

Todd Weiler a élaboré un projet de disposition pour les futurs accords d'investissement : « Les ressortissants d'un État Partie peuvent soumettre à l'arbitrage […] une réclamation selon laquelle un investisseur d'un autre État Partie a violé une obligation […] à condition que ce ressortissant ait subi une perte ou un dommage en raison ou à la suite de cette violation » [notre traduction][106]. Si une telle clause était adoptée, cela représenterait une incitation considérable pour les investisseurs et leurs entreprises à se conformer aux normes en matière de droits de la personne, lesquelles seraient intégrées dans les accords

---

102. Contribution écrite du professeur Peter Muchlinski (HRB0011) au rapport de 2017 à l'attention du Parlement britannique, *Human Rights and Business: Promoting Responsibility and Ensuring Accountability*.

103. James D Fry, « International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity » (2007) 18:1 DJCIL 77 à la p 91; Claes Cronstedt et Robert C Thompson, « A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights » (2016) 57 Harv Intl LJ 66.

104. Ryan Suda, « The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization » (2005) NYU Global Law Document de travail n° 01 à la p 100.

105. Weiler, *supra* note 17.

106. *Ibid* aux pp 439–40.

d'investissement. Pourtant, à ce jour, aucun traité d'investissement n'a intégré une pareille clause. On peut imaginer que cette réticence tient au fait que les États craignent de voir les tribunaux nationaux délaissés au profit des tribunaux arbitraux relativement à des litiges pouvant relever de la compétence des juridictions nationales. Par ailleurs, certains États peuvent également craindre de dévaluer leur attractivité pour les investisseurs, qui seraient alors incités à localiser leurs investissements dans des pays voisins.

Les victimes d'abus commis par des entreprises peuvent rencontrer de nombreuses difficultés pour accéder à la justice, notamment en raison de l'absence d'une juridiction compétente, et obtenir réparation des dommages qu'elles ont subis. Par conséquent, l'arbitrage pourrait constituer un forum utile à ces victimes[107]. Une proposition intéressante a été faite à cet égard concernant la création d'un tribunal d'arbitrage international sur les entreprises et les droits de la personne[108].

À la suite des nombreuses affaires dans lesquelles les tribunaux se sont révélés être des instances inadéquates ou inaccessibles pour traiter les plaintes relatives aux dommages causés par des sociétés multinationales[109], une équipe d'experts en droit international a commencé à réfléchir à l'élaboration d'un ensemble de règles arbitrales spécialement conçues pour traiter les affaires relatives aux violations des droits de la personne dans le cadre commercial[110]. Le groupe de travail, présidé par Bruno Simma, ancien juge de la Cour internationale de justice, a mené diverses consultations au cours de ces trois dernières années. L'idée des experts est de réguler les abus commis par des entreprises à l'étranger et d'offrir un mécanisme efficace de règlement des différends pour combler le vide juridique qui empêche actuellement les victimes de demander réparation aux entreprises. Le processus se veut complémentaire à d'autres mécanismes (tels que la médiation, les points de contact nationaux mis en œuvre par l'OCDE,

---

107. Cronstedt et Thompson, *supra* note 103.

108. *Ibid.*

109. L'un des exemples les plus marquants reste la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Kiobel c Royal Dutch Petroleum Co*, 569 US 108, 133 S Ct 1659 (2013), dans laquelle les conditions d'accès aux tribunaux américains ont été restreintes, alors que les juridictions américaines étaient généralement considérées comme assez ouvertes aux affaires impliquant des dommages extraterritoriaux.

110. Claes Cronstedt et al, « International Arbitration of Business and Human Rights: A Step Forward » (16 novembre 2017), en ligne (blogue) : *Kluwer Arbitration* <arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/16/international-arbitration-business-human-rights-step-forward/>.

etc.). Le projet est financé par la Ville de La Haye et est soutenu par le ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas. Une fois le processus de rédaction terminé, le règlement sera proposé à la Cour permanente d'arbitrage et à d'autres institutions arbitrales internationales (telles que la Chambre de commerce internationale, les tribunaux d'arbitrage de Londres et de Singapour, etc.), qui décideront si elles souhaitent ou non l'appliquer.

Les rédacteurs envisagent que l'arbitrage puisse être utilisé dans les cas où aucun for approprié ne serait compétent pour traiter une affaire[111]. Les tribunaux arbitraux ont l'avantage de représenter un forum impartial. Les victimes ont certainement intérêt à choisir l'arbitrage lorsqu'elles ne peuvent pas demander réparation devant les tribunaux compétents. Toutefois, les parties civiles ne seront probablement pas les seules intéressées par l'arbitrage. En effet, les entreprises pourraient être attirées par ce mécanisme de résolution, car « une décision rapide et équitable limiterait les atteintes à leur réputation » [notre traduction][112], mais également parce que « les procédures peuvent être moins conflictuelles que dans les litiges judiciaires » [notre traduction][113], préservant ainsi les relations de travail entre les parties (le cas échéant).

Les membres du groupe de travail suggèrent, notamment, que des clauses soient incluses dans les contrats que les entreprises multinationales concluent avec leurs fournisseurs, prévoyant la compétence des tribunaux arbitraux en cas de litige. Afin d'étendre le recours à l'arbitrage, les rédacteurs proposent également d'inclure des « clauses perpétuelles » dans ces contrats, c'est-à-dire des clauses qui imposent aux fournisseurs et entrepreneurs d'insérer la même clause d'arbitrage dans tous leurs contrats avec les autres entités qui font partie de la même chaîne de production.

Le projet d'instituer une juridiction arbitrale auquel le groupe de travail réfléchit diffère considérablement de l'arbitrage investisseur-État qui, comme nous l'avons vu, n'a pas été rédigé à l'origine pour tenir compte des objectifs de développement durable ou des droits de la personne, mais seulement pour assurer aux investisseurs la possibilité de mener leurs activités. Plusieurs différences peuvent être

111. Cronstedt et Thompson, *supra* note 103.

112. Claes Cronstedt, Jan Eijsbouts et Robert C Thompson, « International Business and Human Rights Arbitration » (13 février 2017), à la p 16, en ligne : <www.l4bb.org/news/TribunalV6.pdf>.

113. *Ibid* à la p 17; voir aussi Cronstedt et al, *supra* note 110 au para 5.

relevées entre l'arbitrage investisseur-État et les nouveaux mécanismes d'arbitrage examinés par le groupe de travail[114] :

i) premièrement, les rédacteurs du groupe de travail aimeraient nommer des arbitres disposant d'une certaine expertise en matière de droits de la personne, c'est-à-dire des arbitres ayant une expérience différente de celle des arbitres commerciaux actuels;

ii) deuxièmement, les rédacteurs souhaitent que la procédure soit transparente, c'est-à-dire qu'elle permette de rendre publiques les sentences finales, ce qui renforcerait la confiance des différentes parties prenantes dans le système d'arbitrage envisagé.

L'adoption de ce nouveau système d'arbitrage pourrait également conduire à une plus grande responsabilisation des entreprises et, dans le même temps, offrir aux victimes un accès équitable à la justice dans un environnement favorable aux entreprises[115]. La confiance est fondamentale pour tout mécanisme de règlement des différends. Ainsi, les investisseurs pourraient accepter de se soumettre directement à cette juridiction arbitrale en incluant une clause dans les contrats passés avec des autorités publiques, mais aussi dans les contrats avec leurs sous-traitants ou leurs travailleurs locaux[116].

Le groupe de travail a d'ailleurs récemment publié un premier projet de règles d'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de la personne ouvert à la consultation et aux commentaires des différentes parties prenantes. La version définitive du *Règlement d'arbitrage de La Haye en matière d'entreprises et de droits de l'homme* devrait paraître le 10 décembre 2019. À ce jour, deux critiques principales ont été adressées au sujet du recours à l'arbitrage dans les cas de violations des droits de la personne commises par des entreprises.

Une première critique soulevée par la doctrine concerne le risque que les entreprises refusent de consentir en amont à la compétence des tribunaux arbitraux pour traiter de tout litige relevant d'une violation des droits de la personne[117]. La deuxième critique relève de la

---

114. Cronstedt et al, *supra* note 110.

115. Norris, *supra* note 97.

116. Le projet de *Règlement d'arbitrage de La Haye en matière d'entreprises et de droits de l'homme* est disponible en ligne : <www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/06/Draft-BHR-Rules-Final-version-for-Public-consultation.pdf>.

117. Voir, notamment, les doutes émis par le Columbia Center on Sustainable Investment, en ligne : <ccsi.columbia.edu/2019/02/21/business-and-human-rights-arbitration/>.

pertinence de l'arbitrage comme mécanisme de résolution de litiges en matière de droits de la personne[118]. Pourtant, le récent exemple de l'*Accord sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh (Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh)*[119], conclu en 2013 entre des syndicats de travailleurs de l'industrie du textile et de grands groupes spécialisés dans le commerce de l'habillement, montre que toutes les entreprises commerciales ne sont pas nécessairement hostiles au recours à l'arbitrage. Cet accord a d'ailleurs permis à deux syndicats de travailleurs d'obtenir, lors d'une négociation à l'amiable, la somme de 2,3 millions de dollars américains d'un grand groupe spécialisé dans la vente de vêtements pour ne pas avoir mis en place des mesures de sécurité suffisantes pour protéger les travailleurs dans les usines[120]. Cette nouvelle forme d'arbitrage permettant d'engager la responsabilité des entreprises peut donc constituer à terme un contrepoids à l'asymétrie actuelle caractérisant le système du droit des investissements.

CONCLUSION

Le droit des investissements et les instruments d'arbitrage peuvent jouer un rôle important dans le renforcement de la responsabilité des investisseurs et des entreprises multinationales. Par conséquent, l'intégration des considérations de développement durable dans les traités d'investissement constituerait un premier pas vers une responsabilisation accrue des multinationales.

Une idée prometteuse est celle du recours à l'arbitrage pour traiter des violations des droits de la personne commises par les entreprises. À cet égard, deux tendances intéressantes sont apparues. Selon la première, il faut favoriser l'introduction de clauses relatives aux droits de la personne dans les accords bilatéraux d'investissement, afin de promouvoir l'intégration d'objectifs durables dans les activités des entreprises. L'incorporation expresse de considérations relatives au travail

---

118. Voir à ce propos les commentaires de Diane Desierto, membre du groupe de travail sur le *Règlement d'arbitrage de La Haye* : Diane Desierto, « Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Public Consultation Period Open for the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration » (12 juillet 2019), en ligne (blogue) : *EJIL: Talk!* <www.ejiltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>.

119. Les modalités de l'*Accord* sont disponibles en ligne : <bangladeshaccord.org>.

120. Voir les deux affaires présentées devant la Cour permanente d'arbitrage de La Haye : cas n° 2016-36 et cas n° 2016-37.

et à l'environnement dans les accords bilatéraux d'investissement pourrait constituer une avancée encourageante permettant aux tribunaux d'arbitrage de tenir compte des droits du travail et des droits environnementaux, mais elle ne garantit pas encore aux victimes un accès complet à la justice. En effet, dans le contexte actuel des accords bilatéraux d'investissement, les victimes ne peuvent pas elles-mêmes faire respecter les dispositions des accords d'investissement, car elles ne sont pas parties à ces accords.

Des solutions peuvent être trouvées à l'asymétrie existante qui biaise le système actuel du droit de l'investissement en faveur de l'investisseur. La deuxième tendance, représentée par le groupe d'experts dirigé par Bruno Simma, préconise la mise sur pied d'un nouveau type d'institution arbitrale qui pourrait juger des réclamations présentées par les victimes de dommages causés par des multinationales. La compétence de ces tribunaux arbitraux pourrait être prévue dans les contrats des entreprises transnationales avec leurs fournisseurs, permettant ainsi aux travailleurs des chaînes d'approvisionnement de présenter leurs réclamations devant les tribunaux arbitraux lorsque leurs droits ont été lésés.

Jusqu'à ce jour, l'arbitrage a souvent été perçu comme étant plus favorable aux investisseurs et aux entreprises[121]. Toutefois, si un tribunal arbitral spécialisé en entreprises et en droits de la personne venait à être créé[122], il pourrait offrir un recours efficace aux victimes de violations des droits de la personne commises par des entreprises, car sa mission serait précisément de trouver un juste équilibre entre les considérations commerciales et les droits de la personne. Les tribunaux arbitraux pourraient donc constituer un forum neutre et spécialisé, permettant aux victimes de violations de droits de la personne d'accéder à la justice et d'obtenir réparation de la part des entreprises responsables, ce qui pourrait être une solide solution de rechange aux juridictions nationales, dont l'accès présente encore de nombreux obstacles[123].

---

121. Voir Luke Eric Peterson, « Droits humains et traités bilatéraux d'investissement. Le rôle du droit relatif aux droits humains dans l'arbitrage des différends entre investisseurs et États, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique » (2009), en ligne : *Gouvernement du Canada* <http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/dd-rd/E84-36-2009-fra.pdf>.

122. Cronstedt et al, *supra* note 110.

123. Sur les difficultés d'accès aux tribunaux nationaux pour les victimes de violation des droits de la personne par des entreprises transnationales, voir de la même auteure : Adeline Michoud, « The Exercise by US Courts of Their Extraterritorial Jurisdiction Over Corporate Wrongs Claims:

Comme l'a bien résumé le professeur Surya Deva : « Il doit y avoir un changement dans l'état d'esprit, d'une "course vers le bas" à une "course vers le haut" en injectant les droits de la personne dans l'ADN des entreprises et des politiques économiques des États » [notre traduction][124]. C'est l'idée que nous avons développée tout au long du présent article. Le cadre actuel des traités d'investissement doit être complété pour intégrer pleinement les considérations relatives aux droits de la personne et à l'environnement dans la réglementation des relations entre l'État et les investisseurs. Les droits dont peuvent bénéficier les entreprises et les investisseurs lorsqu'ils localisent leurs investissements à l'étranger doivent s'accompagner d'obligations minimales qui leur sont applicables afin de prévenir les effets négatifs de leurs activités commerciales. Ce n'est qu'à cette condition que les investisseurs étrangers dans les pays en développement pourront réellement être perçus comme des acteurs contribuant activement au développement durable.

Overview and Perspectives » (2018-2019) 20 Yearbook of Private International Law 217; Adeline Michoud, « Of Rights and Men: An Assessment of European Jurisdictional Rules Over Transnational Corporate Abuse Claims » (2019) 22 Trinity College L Rev 7.

124. Surya Deva, « Statement of the Chairperson of the Working Group on Business and Human Rights », Forum sur les entreprises et les droits de l'homme de l'ONU, Séance plénière de clôture (29 novembre 2017), en ligne : <www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession6/ClosingSuryaDeva.pdf>.