

**CONFLITS NORMATIFS EN DROIT INTERNATIONAL:
NORMES ENVIRONNEMENTALES VS. PROTECTION DES INVESTISSEMENTS**

Jorge E. Viñuales*

INTRODUCTION

La question que je voudrais aborder dans cette contribution est celle des tensions entre normes internationales de protection de l'environnement et normes internationales de protection des investissements. Plus précisément, au travers d'une analyse de la jurisprudence arbitrale en matière d'investissements étrangers, je voudrais explorer deux hypothèses, à savoir : (a) que la manière dont l'incidence des normes environnementales se fait sentir dans le cadre des différends d'investissement reflète bien les caractères propres du droit international de l'environnement ainsi que son évolution progressive vers davantage de précision; et (b) que les tribunaux d'investissement semblent réticents à se prononcer ouvertement sur la hiérarchie normative entre normes environnementales et normes de protection des investissements.

L'exposé sera structuré en trois parties, à savoir une brève présentation de la question des conflits de normes en droit international (I), suivie d'une analyse de l'incidence des normes environnementales en matière d'investissement (II), ainsi que de la manière dont les tribunaux d'investissement ont géré, jusqu'à présent, les tensions entre normes environnementales et normes de protection des investissements (III).

I. LES CONFLITS DE NORMES EN DROIT INTERNATIONAL

La question des conflits de normes en droit international et de la manière d'approcher ces conflits lorsqu'ils émergent constitue le point de départ naturel d'un

* Professeur assistant de droit international, Institut de hautes études internationales et du développement (HEID), Genève, et Directeur exécutif de la Société latino-américaine de droit international. Jorge E. Viñuales pratique également le droit international des investissements au sein du cabinet Lévy Kaufmann-Kohler, à Genève. Il est titulaire, notamment, d'un doctorat de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, d'un LL.M. de la Harvard Law School et d'un D.E.A. en droit international public de l'ancien Institut HEI de Genève.

exposé portant sur les tensions entre des normes appartenant à des domaines différents. En effet, si l'on s'intéresse aux tensions possibles entre deux ou plusieurs normes de droit international, dont l'éventuel conflit n'a pas été envisagé explicitement (souvent du fait de leur appartenance à des branches différentes du droit international), il semble utile au préalable de fournir une vue d'ensemble quant à la palette des méthodes qui permettent de gérer ces tensions, en quelque sorte "imprévues", en droit international.

A cet égard, les Conclusions du Groupe d'étude de la Commission de droit international sur la fragmentation en droit international (2006)¹ distinguent deux types de relations entre les normes de l'ordre juridique international,² à savoir des relations d'interprétation et des relations de conflit. Lorsque deux ou plusieurs normes ont vocation à s'appliquer à une même situation de fait, il se peut que leur interaction éclaire leurs sens respectifs et permette ainsi de déterminer comment la situation de fait est appréhendée par ces normes (relations d'interprétation).³ Alternativement, cette interaction peut conduire à la conclusion que deux ou plusieurs normes sont susceptibles de s'appliquer non pas conjointement mais individuellement, de sorte qu'il devient nécessaire de savoir quelle norme aura la priorité (relations de conflit).⁴

Quelques précisions, d'abord, sur les relations de conflit. Lorsqu'un conflit entre deux normes surgit, la priorité normative peut être recherchée à trois niveaux.⁵

¹ Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, 2006 (ci-après "Conclusions-Fragmentation"), adoptées par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumises à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10, para. 251). Voir aussi le Rapport établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, du 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682) et le rectificatif du 11 août 2006 (A/CN.4/L.682/Corr.1)(ci-après "Rapport-Fragmentation").

² Le Groupe envisage, en effet, le droit international comme un système: "Le droit international est un système juridique. Ses règles et principes (c'est-à-dire ses normes) opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers. En tant que système juridique, le droit international n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes. Il existe des relations significatives entre ces normes. Celles-ci peuvent donc occuper un niveau hiérarchique plus ou moins élevé, leur formulation peut être plus ou moins générale ou spécifique et leur validité peut être récente ou de longue date", Conclusions-Fragmentation, par. 1.

³ Les Conclusions-Fragmentation caractérisent cette relation comme suit: "Tel est le cas lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre. Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement", Conclusions-Fragmentation, par. 2.

⁴ Les Conclusions-Fragmentation caractérisent cette relation comme suit: "Tel est le cas lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes. Les règles fondamentales concernant la résolution des conflits normatifs figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.", Conclusions-Fragmentation, par. 2.

⁵ Sur la question de l'existence d'une hiérarchie normative en droit international voir, notamment: AKEHURST, M., *The Hierarchy of the Sources in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, vol. 47, 1974-1975, pp. 273-285; WEILER, J.H., PAULUS, A.L., *The Structure of Change in International Law or is there a Hierarchy of Norms in International Law?*, in *European Journal of International Law*, vol. 8, no. 4, 1997, pp. 545-565; KOSKENIEMI, M., *Hierarchy in International Law: A Sketch*, in *European Journal of International Law*, vol. 8, no. 4, 1997, pp. 566-582;

Premièrement, s'agissant de la hiérarchie en raison de la source formelle dont une norme découle, il est admis en droit international que, même s'il n'existe pas une hiérarchie entre sources formelles, les rapports entre ces sources suivent une certaine logique d'application.⁶ On peut donc considérer les traités et la coutume comme des sources principales, les principes généraux de droit comme une source subsidiaire, la jurisprudence et la doctrine comme des sources auxiliaires et l'équité comme une source alternative. Deuxièmement, la hiérarchie normative peut découler du contenu des normes en conflit. Cette hiérarchie matérielle découle de concepts comme ceux de *jus cogens*,⁷ d'obligation *erga omnes*,⁸ de norme fondamentale (art. 103 de la Charte ONU)⁹ ou d'intérêt essentiel (art. 25 du Projet CDI sur la responsabilité internationale de l'Etat). Troisièmement, à l'intérieur du cadre fixé par les considérations précédentes, à savoir, essentiellement, quand des normes de source conventionnelle ou coutumière sans hiérarchie matérielle entre elles ont vocation à régir une même situation, la priorité est déterminée par des principes tels que la *lex posterior*,¹⁰ la *lex specialis*¹¹ ou la détermination de la volonté des parties,¹² ainsi que par des techniques *ad hoc* souvent utilisées par les tribunaux d'investissement (rapports temporels, recherche des motivations réelles, obligations 'volontaires').¹³ J'aurai

CARRILLO SALCEDO, J.A., Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law, in *European Journal of International Law*, vol. 8, no. 4, 1997, pp. 583-595; PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; SHELTON, D., Normative Hierarchy in International Law, in *American Journal of International Law*, vol. 100, no. 2, 2006, pp. 291-323.

⁶ Voir à cet égard: Conclusions-Fragmentation, par. 31; ABI-SAAB, G., Les sources du droit international: essai de deconstruction, in RAMA MONTALDO, R. (dir.), *Le droit international dans un monde en mutation. Liber Amicorum en hommage au Professeur Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 1994, vol. I, pp. 29-49.

⁷ Sur la notion de *jus cogens* voir, notamment: Conclusions-Fragmentation, par. 32-33, 38, 40-41; Rapport-Fragmentation, par. 361-379; VERDROSS, A., *Jus dispositivum and jus cogens* in International Law, in *American Journal of International Law*, vol. 60, no. 3, 1966, pp. 55-63 ; GAJA, G., *Jus cogens beyond the Vienna Convention*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 172, 1981-III, pp. 271-316 ; HANNIKAINEN, L., *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki : Lakimiesliiton Kustannus, 1988 ; DANILENKO, G.M., *International jus cogens. Issues of Law-Making*, in *European Journal of International Law*, vol. 2, no. 1, 1991, pp. 42-65 ; KOLB, R., *Théorie du Ius Cogens international : Essai de relecture du concept*, Paris/Genève : PUF/IUHEI, 2001 ; A. ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford : Oxford University Press, 2006.

⁸ Conclusions-Fragmentation, par. 37-39; Rapport-Fragmentation, par. 380-409.

⁹ Sur l'article 103 de la Charte des Nations Unies voir, notamment: Conclusions-Fragmentation, par. 34-36 et 40-41; Rapport-Fragmentation, par. 328-360; CADOUX, Ch., La supériorité du droit des Nations Unies sur le droit des Etats Membres, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1959, pp. 649-680; COMBACAU, J., Le pouvoir de sanction de l'ONU, Paris: Pedone, 1974, pp. 268-288; Bernhardt, R., Article 103, in SIMMA, B., (éd.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, New York: Oxford University Press, 2002, pp. 1293 et ss.

¹⁰ Sur le principe *lex posterior derogat legi priori* voir notamment: Conclusions-Fragmentation, par. 24-30; Rapport-Fragmentation, par. 223-323.

¹¹ Sur le principe *lex specialis derogat legi generalis* voir notamment: Conclusions-Fragmentation, par. 5-16; Rapport-Fragmentation, par. 46-222.

¹² Conclusions-Fragmentation, par. 5, 10 et 24.

¹³ Sur ces techniques *ad hoc* voir: HIRSCH, M., Interactions between Investment and Non-Investment Obligations, in MUCHLINSKY, P., ORTINO, F., SCHREUER, C. (éds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 154 et ss.

l'occasion, plus loin, d'approfondir ces techniques *ad hoc*, lorsqu'il sera question de l'approche suivie par certains tribunaux d'investissement pour résoudre des tensions entre des normes environnementales et des standards de protection des investissements.

Il est possible que lors de l'analyse de deux ou plusieurs normes qui *prima facie* sont en conflit, l'interprète soit amené à conclure qu'il n'y a pas véritablement de conflit, dans la mesure où les diverses normes en jeu ne font que s'éclairer les unes aux autres, de sorte que de leur interaction ressort clairement laquelle doit régir la situation en question à la lumière de l'autre. En matière de droit des traités, cette méthode d'interprétation découle de l'art. 31.3.(c) de la Convention de Vienne, qui dirige l'interprète à tenir compte dans l'interprétation d'un traité des autres obligations internationales existant entre les parties. Il s'agit là du procédé dit de l'"intégration systémique".¹⁴ Un autre procédé d'interprétation conciliatrice est celui découlant du "principe d'harmonisation" ou, aussi, de l'interprétation conforme au droit supérieur.¹⁵ Il semble, en effet, naturel que l'interprète retienne, parmi plusieurs interprétations possibles d'une norme, celle qui la rend compatible avec les autres normes de droit international, et en particulier avec le droit supérieur.

Telle est donc la palette de méthodes que le droit international fournit aux tribunaux confrontés à des tensions entre des normes environnementales et des normes de protection des investissements étrangers. Pour analyser la manière dont les tribunaux d'investissement gèrent ces tensions en pratique, il semble nécessaire d'apporter, d'abord, quelques précisions quant à l'incidence des normes environnementales en matière d'investissement.

II. L'INCIDENCE DES NORMES ENVIRONNEMENTALES EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENT

Les tensions entre des normes environnementales et des normes de protection des investissements ne sont, naturellement, qu'une sous-catégorie des divers types de tensions normatives qui peuvent surgir en droit international. Et pourtant, ces tensions semblent présenter quelques particularités, découlant des caractéristiques propres, d'une part, au droit international de l'environnement (plus précisément, à ses normes et à leur mise en oeuvre) et, d'autre part, aux tribunaux d'investissement. Dans cette partie de mon analyse, je voudrais me concentrer sur le premier élément, laissant le deuxième élément pour la troisième partie de mon exposé.

¹⁴ Voir à ce sujet: Conclusions-Fragmentation, par. 17-23; Rapport-Fragmentation, par. 410-480; MCLACHLAN, C., The Principle of Systemic Integration and Article 31 3) c) of the Vienna Convention, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 279-320.

¹⁵ Voir à ce sujet: Conclusions-Fragmentation, par. 4 et 42; Rapport-Fragmentation, par. 37-43; ROUSSEAU, Ch., De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, in *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 39, 1932, vol. 39 (1932), pp. 132-192.

Quelles sont ces caractéristiques propres au droit international de l'environnement qui, comme je l'ai avancé au début de mon exposé, se manifestent lorsque des normes environnementales se trouvent dans un rapport de tension avec des normes de protection des investissements? Je voudrais en retenir essentiellement deux. Premièrement, la diversité des normes environnementales, aussi bien en ce qui concerne leur degré de juridicité (selon qu'elles découlent d'une source formelle de droit international ou qu'elles relèvent simplement du "soft law")¹⁶ que leur précision (selon qu'elles imposent une obligation précise de comportement à un Etat ou qu'elles constituent uniquement une exhortation ou une recommandation).¹⁷ Deuxièmement, la mise en oeuvre des normes environnementales, en partie peut-être du fait de leur différent degré de juridicité ou de précision, appelle souvent l'intervention de groupes de la société civile qui, notamment par le biais des mémoires d'*amicus curiae* ("ami de la cour"),¹⁸ cherchent de plus en plus à soulever les enjeux environnementaux qui sous-tendent parfois les différends d'investissement.¹⁹

Ces deux caractéristiques peuvent être utilisées comme guide pour dresser un tableau (Tableau I), sur lequel placer, en vue de leur analyse, les différentes affaires d'investissement dans le cadre desquelles les tensions dont il est question ici ont été soulevées. Les colonnes du tableau distinguent deux hypothèses, selon le type d'incidence des normes environnementales en jeu, à savoir ce que je qualifierai de "conflit normatif" (conflit entre une obligation découlant du droit international de l'environnement et une autre découlant du droit international des investissements) et ce qui sera appelé un "conflit de légitimité" (conflit entre une obligation de droit international des investissements et une mesure interne fondée sur des considérations environnementales autres qu'une *obligation* découlant du droit international de l'environnement). S'agissant des lignes, elles reflètent les particularités de la mise en oeuvre du droit international de l'environnement, procédant à une distinction selon que l'application d'une norme environnementale soit recherchée par l'Etat défendeur ou uniquement par un tiers à l'instance.

¹⁶ Voir à ce sujet, notamment: DUPUY, P.-M., *Soft Law and the International Law of the Environment*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1991, pp. 420-435; TOOPE, S.J., *Formality and Informality*, in BODANSKY, D., BRUNNEE, J., HEY, E. (éds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, New York: Oxford University Press, 2007, pp. 107-124.

¹⁷ Voir à ce sujet: DUPUY, P.-M., *Formation of Customary International Law and General Principles*, in BODANSKY, D., BRUNNEE, J., HEY, E. (éds.), *The Oxford Handbook ...*, pp. 449-466; BEYERLIN, U., *Different Types of Norms in International Environmental Law*, in BODANSKY, D., BRUNNEE, J., HEY, E. (éds.), *The Oxford Handbook ...*, pp. 425-448. Ce point sera illustré à l'aide d'une série de normes qui ont été soulevées dans le cadre des différends d'investissement analysés par la suite.

¹⁸ Il s'agit de tiers à l'instance dont l'intervention vise à éclairer le tribunal sur certains aspects soulevés par le différend et insuffisamment pris en compte dans les mémoires des parties.

¹⁹ Et plus généralement les questions relevant de ce qui pourrait être qualifié de dimension publique des différends d'investissement, et qui souvent ferait de ces différends des hypothèses de contrôle juridictionnel. Voir à cet égard: VAN HARTEN, G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Tableau I²⁰

| Soulevés par: | Types de conflit | |
|---------------------------|--|---|
| | Conflit normatif | Conflit de légitimité |
| Etat partie | SPP c. Egypte CDSE c. Costa Rica Aguas argentinas c. Argentine Aguas provinciales c. Argentine SD Myers c. Canada Glamis Gold c. Etats-Unis | CDSE c. Costa Rica Tecmed c. Mexique Parkerings c. Lituanie Aguas argentinas c. Argentine Aguas provinciales c. Argentine Ethyl Corp c. Canada Metalclad c. Mexique Methanex c. Etats-Unis Glamis c. Etats-Unis Chemtura c. Canada |
| Tiers à l'instance | Aguas argentinas c. Argentine Aguas provinciales c. Argentine Glamis Gold c. Etats-Unis | Aguas argentinas c. Argentine Aguas provinciales c. Argentine Biwater Gauff c. Tanzanie Methanex c. Etats-Unis Glamis Gold c. Etats-Unis |

L'analyse de la distribution des différends sur le Tableau I suggère deux observations préliminaires.²¹

²⁰ Les références exactes des différends cités dans le Tableau I figurent dans l'Annex 1 à cet article. Outre les différends mentionnés dans le Tableau I, d'autres différends, au sujet desquels on ne dispose pas encore d'information suffisante, pourraient éventuellement soulever d'importantes questions environnementales. Il s'agit par exemple des différends suivants : *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6; *Pacific Rim Cayman LLC v. El Salvador*, Arbitrage US-CAFTA (règles CNUDCI). Par ailleurs, d'autres différends touchant à des questions relatives à des ressources en eau pourraient aussi (ou auraient pu), éventuellement, soulever d'importantes questions environnementales. Il s'agit par exemple des différends suivants: *Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/18 (transigé) ; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/30 (en cours); *SAUR International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4 (en cours); *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17 (en cours) ; *JacobsGibb Limited v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/12 (transigé) ; *Branimir Mensik v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/06/9 (l'investisseur s'est désisté); *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2 (en cours). A nouveau, l'information disponible publiquement est insuffisante pour tenir compte de ces affaires dans notre analyse. Au sujet des questions d'eau dans le cadre des différends d'investissement voir: VINUALES, J. E., *Access to Water in Foreign Investment Disputes*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2009, à paraître.

²¹ Naturellement, les conclusions fondées sur la distribution présentée dans le Tableau I ne peuvent prétendre être significatives au niveau statistique, notamment du fait que le nombre (trop restreint) et le contenu des affaires d'investissement ne peut pas être déterminé avec précision, car une partie substantielle de ces affaires reste confidentielle et, même lorsque l'existence d'une affaire est

Premièrement, dans le cadre des différends d'investissement, l'hypothèse des conflits normatifs est encore rare ou, en tout cas, plus rare que l'hypothèse des conflits de légitimité. En d'autres termes, il est relativement rare que les Etats défendeurs invoquent, dans le cadre des différends d'investissement, que le comportement prétendument en violation des protections dues aux investisseurs étrangers était exigé par une obligation internationale en matière de protection de l'environnement. Il est en revanche plus fréquent que l'Etat cherche à justifier une mesure contraire aux intérêts d'un investisseur étranger en se référant à une norme environnementale internationale, sans pour autant affirmer qu'il était obligé d'adopter tel ou tel comportement. Il s'agit alors d'un conflit de légitimité ou de justification, plutôt que d'un conflit normatif. On doit cependant noter la présence de quelques recoupements entre une catégorie et l'autre. Cela est dû au fait que les Etats invoquent, en même temps, leurs obligations internationales et leur réglementation environnementale interne pour justifier des mesures qui ont potentiellement un effet adverse à l'égard de certains investisseurs étrangers. Cela reflète bien le caractère propre aux normes de droit international de l'environnement, lesquelles prennent souvent la forme d'un principe ou d'un standard ou d'une norme programmatique ou, encore, d'une recommandation issue d'un corps de *soft-law*,²² et ont donc besoin d'être concrétisées ou du moins précisées par des mesures internes. Il sied cependant de souligner que cette caractéristique n'est pas nécessairement inhérente à la matière environnementale, mais pourrait plutôt correspondre, en tout cas dans une certaine mesure, au degré de développement de cette branche du droit international.²³ Actuellement, avec la prise de conscience plus aiguë du caractère urgent du besoin de protéger l'environnement, la tendance dans l'élaboration des normes internationales en matière d'environnement semble favoriser, du moins dans certains secteurs, une précision accrue.²⁴ Ceci risque de se traduire par une augmentation des tensions entre DIE et DII, et possiblement par un accroissement des différends soulevant des conflits normatifs.

connue, son contenu peut rester confidentiel. Il sied de préciser que la distribution des affaires sur le Tableau I se fonde sur l'information à disposition du public.

²² Voir à ce sujet: BODANSKY, D., Rules vs. Standards in International Environmental Law, in *American Society of International Law Proceedings*, vol. 98, 2004, pp. 275-280; BEYERLIN, U., *Different Types of Norms in International Environmental Law ...*, cité *supra* note 17; DUPUY, P.-M., *Soft Law and the International Law of the Environment ...*, cité *supra* note 16.

²³ Cf. NGUYEN QUOC DINH, DAILLER, P., PELLET, A., *Droit international public*, 6ème édition, Paris: LGDJ, 1999, par. 735, p. 1221. Ces auteurs renvoient à l'expression du Pr Luigi Condorelli, selon qui le droit international de l'environnement serait un "atelier d'expérimentation juridique".

²⁴ Une illustration de grande actualité est le régime international en matière de changement climatique et, plus spécifiquement, le Protocole de Kyoto, lequel fixe des obligations très précises à certains des Etats membres (notamment la réduction du pourcentage d'émissions au cours de la période 2008-2012, par rapport aux émissions de 1990). Sur ce régime voir: YAMIN, F., DEPLEDGE, J., *The International Climate Change Regime – A Guide to Rules, Institutions and Procedures*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005; ALDY, J. E., STAVINS, R.N. (éds.), *Architectures for Agreement: Addressing Global Climate Change in the Post-Kyoto World*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Deuxièmement, l'argumentation des Etats défendeurs est parfois, et de plus en plus, appuyée par l'intervention d'*amici curiae* (essentiellement des ONGs), lesquels présentent au tribunal aussi bien des informations factuelles que des arguments juridiques. Il est, en effet, remarquable que dans la majorité des affaires d'investissement où des *amici curiae* sont intervenus, il s'agissait pour ces tiers de soulever des questions environnementales.²⁵ A nouveau, cela reflète bien le rôle important qu'ont les ONGs dans la mise en œuvre des normes environnementales, aussi bien en matière d'investissement que dans d'autres domaines.²⁶ Et il existe de bonnes raisons de croire que la société civile sera de plus en plus présente dans le futur,²⁷ comme le suggère l'intervention croissante d'*amici curiae* dans le cadre de

²⁵ Dans le cadre d'affaires d'investissement conduites sous l'égide du CIRDI, les cas suivants ont suscité des interventions (ou de tentatives d'intervention) de tiers en relation avec des questions environnementales: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19 (le libellé de cette affaire a été modifié suite au désistement de la procédure d'Aguas Argentinas S.A. mais nous garderons l'appellation « Aguas argentinas », laquelle a été maintenue par les commentateurs et les praticiens); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/17 (le libellé de cette affaire a été modifié suite au désistement de la procédure d'Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., mais nous garderons l'appellation « Aguas provinciales », laquelle a été maintenue par les commentateurs et les praticiens); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. (Claimant) v. United Republic of Tanzania (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/05/22 (ci-après « Biwater Gauff »); *Aguas del Tunari S.A. (Claimant) v. Republic of Bolivia (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/02/3 (ci-après « Aguas del Tunari »). Dans le cadre d'affaires d'investissement soulevant l'application de l'ALENA, les cas suivants ont suscité des interventions de tiers en relation avec des questions environnementales: *Methanex Corporation (Claimant) v. United States of America (Respondent)* (ci-après « Methanex c. Etat-Unis »); *Glamis Gold Ltd. (Claimant) v. The United States of America (Respondent)*, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI). Voir à ce sujet: STERN, B., L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur, in *Revue de l'arbitrage*, no. 2, 2002, pp. 329-345; BOISSON DE CHAZOURNES, L., Making the Proceedings Public and Allowing Third-Party Interventions – Are the New Generation Bilateral Investment Treaties (U.S., Canada) Bifurcating Investment Arbitration from International Commercial Arbitration?, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2005, pp. 105-112; STERN, B., Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur, in *Revue de l'arbitrage*, no. 1, 2007, pp. 3-43; GRISEL, F., VINUALES, J. E., L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement, in *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, vol. 22/2, 2007, pp. 380 – 432.

²⁶ Même si l'analyse était limitée à l'intervention en qualité d'*amicus curiae*, les illustrations en seraient nombreuses, dans le cadre d'instances telles que la Cour de Justice des Communautés Européennes, la Cour Européenne de Droits de l'Homme ou la Cour Inter-Américaines de Droits de l'Homme. Voir à cet égard: RUIZ FABRI, H., SOREL, J.-M. (éds.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris: Pedone, 2005; GRISEL, F., VINUALES, J., L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement, *supra* note 25. En matière de droit du commerce international, voir: Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R; Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R; Rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, 12 mars 2001, WT/DS135/AB/R. A ce sujet voir: STERN, B., L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC, in *Revue Générale de Droit International Public*, no. 2, 2003, pp. 219-264. BOISSON DE CHAZOURNES, L., MBENGUE, M., L'*Amicus Curiae* devant l'organe de règlement des différends de l'OMC, in MALJEAN-DUBOIS, S., (éd.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles: Bruylant/CERIC, 2003, pp. 400-443.

²⁷ Voir à ce sujet: VINUALES, J. E., *Amicus Intervention in Investor-State Arbitration*, in *Dispute Resolution Journal*, November 2006 – January 2007, pp. 72 – 81.

différents ces dernières années. Certes, il ne s'agit pas seulement d'ONGs²⁸ et/ou de questions environnementales.²⁹ Mais, la tendance générale penche, il me semble, vers une participation accrue de la société civile.

Les remarques précédentes, prises ensemble, suggèrent que les conflits (normatifs ou de légitimité) entre des considérations environnementales et la protection de l'investissement étranger risquent d'être soulevés de plus en plus souvent, que ce soit par une partie au différend ou par un tiers à l'instance. Comme nous le verrons par la suite, la jurisprudence des tribunaux d'investissement ne semble pas (encore) avoir développé une approche d'ensemble cohérente. Il est cependant possible de faire quelques observations susceptibles de caractériser, d'une manière préliminaire, la manière dont ces conflits sont gérés en pratique. En règle générale, les tribunaux d'investissement semblent réticents à se prononcer ouvertement sur la hiérarchie respective des normes en jeu, contournant la question au moyen des techniques de conflit *ad hoc* mentionnées dans la première partie de l'exposé. Si, en matière de conflits normatifs, cela pourrait être attribué au flou relatif qui existe, pour le moment, en rapport avec la hiérarchie des normes de droit international de l'environnement,³⁰ on ne doit pas pour autant perdre de vue que, même dans le cadre des conflits de légitimité, les tribunaux d'investissement font preuve de retenue lorsqu'ils sont amenés à se prononcer sur l'importance respective des justifications avancées.

III. LA GESTION PRATIQUE DES TENSIONS PAR LES TRIBUNAUX D'INVESTISSEMENT

Pour analyser la manière dont les tribunaux d'investissement gèrent, en pratique, les tensions entre normes environnementales et normes de protection des

²⁸ La Commission Européenne a demandé à présenter un mémoire d'*amicus curiae* dans le cadre de certains différends d'investissement qui mettent en jeu l'application du droit européen. Il s'agit, notamment, des affaires *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19; et, tout récemment, *Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20.

²⁹ Voir à cet égard l'intervention des syndicats des travailleurs des postes canadiennes dans l'affaire *United Parcel Service of America Inc. (Claimant) v. Government of Canada (Respondent)*.

³⁰ Sur la controverse autour de la hiérarchie normative du droit international de l'environnement voir, notamment: KORNICKER, E., *Ius cogens und Umweltvölkerrecht. Kriterien, Quellen und Rechtsfolgen zwingender Völkerrechtsnormen und deren Anwendung auf das Umweltvölkerrecht*, Schriftenreihe für Internationales Recht, vol. 78, 1997(thèse); KORNICKER, E., *State Community Interests, Jus Cogens and Protection of the Global Environment: Developing Criteria for Peremptory Norms*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 11, 1998-1999, pp. 101-135; RAGAZZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p.156; FITZMAURICE, M., *International Protection of the Environment*, 293, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 293, 2001, pp. 132 ss; BIRNIE, P.; BOYLE, A., *International Law and the Environment*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 81 ss; ORAKHELASHVILI, A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 65; VINUALES, J. E., *La protección del medio ambiente y su jerarquía normativa en derecho internacional*, in *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 13, novembre 2008, pp. 11-44.

investissements, il est utile de retenir la distinction faite dans la partie précédente de mon exposé entre conflits normatifs et conflits de légitimité.

a. Conflits normatifs

S'agissant tout d'abord des conflits normatifs, il est important de souligner que, des affaires mentionnées dans la première colonne du Tableau I, certaines sont encore en cours. Je me concentrerai donc sur trois affaires où l'on dispose à l'heure actuelle d'une sentence publiée,³¹ à savoir *S.D. Myers c. Canada*,³² *SPP c. Égypte*³³ et, dans une moindre mesure, *CDSE c. Costa Rica*.³⁴

Dans *S.D. Myers c. Canada*, l'investisseur était une entreprise américaine de traitement de déchets située sur territoire canadien près de la frontière avec les États-Unis. L'usine où le traitement des déchets était effectivement opéré était située de l'autre côté de la frontière, sur territoire américain. Le Canada a pris une série de mesures qui ont eu pour effet d'empêcher le mouvement transfrontière des déchets pendant 18 mois et a invoqué, entre autres, ses obligations en vertu de la Convention de Bâle sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets.³⁵ L'investisseur avait, pour sa part, invoqué une violation du chapitre 11 de l'ALENA, notamment de la clause de traitement national de l'art. 1102. Le tribunal a analysé les rapports entre le NAFTA et la Convention de Bâle et conclu, notamment, que le Canada n'était pas contraint d'agir comme il l'avait fait, dans la mesure où d'autres mesures moins nuisibles aux intérêts de l'investisseur auraient été possibles.³⁶ Le tribunal a donc

³¹ La sentence rendue début juin 2009 dans l'affaire *Glamis Gold c. États-Unis* n'était pas publiée au moment de la soumission de cet article. Il sied néanmoins de souligner que les États-Unis ont eu gain de cause, ce qui laisse espérer que le tribunal se sera penché sur certains des arguments relatifs à la protection des peuples indigènes en droit international, qui avaient été soulevés dans cette affaire.

³² *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI), sentence partielle du 13 novembre 2000 (ci-après "S.D. Myers c. Canada").

³³ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992 (ci-après "SPP c. Égypte").

³⁴ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, sentence du 17 février 2000 (ci-après "CDSE c. Costa Rica").

³⁵ Convention de Bâle sur le contrôle du mouvement transfrontière de déchets dangereux et leur élimination, du 22 mars 1989 (ci-après "Convention de Bâle"). Au moment des actes incriminés, aussi bien le Canada que les États-Unis avaient signé la Convention de Bâle, mais les États-Unis ne l'avaient pas encore ratifiée. L'article 4(5) de la Convention de Bâle interdit les exportations de déchets dangereux ou d'autres déchets vers un État non partie ou l'importation de tels déchets en provenance d'un État non partie, à moins qu'il existe un accord bilatéral ou régional avec l'État non partie prévoyant des exigences qui ne sont pas moins écologiquement rationnelles que celles qui figurent dans la Convention de Bâle (art. 11). Les États-Unis et le Canada avaient conclu un accord sur le déplacement transfrontalier de déchets en octobre 1986. Voir *S.D. Myers c. Canada*, par. 150.

³⁶ Le tribunal note, à cet égard, ce qui suit: "The drafters of the NAFTA evidentially considered which earlier environmental treaties would prevail over the specific rules of the NAFTA in case of conflict. Annex 104 provided that the Basel Convention would have priority if and when it was ratified by the NAFTA Parties (...) Even if the Basel Convention were to have been ratified by the NAFTA Parties, it should not be presumed that CANADA would have been able to use it to justify the breach of a specific NAFTA provision because . . . where a party has a choice among equally effective and reasonably available alternatives for complying... with a Basel Convention obligation, it is obliged to choose the alternative that is ...least inconsistent... with the NAFTA. If one such alternative were to involve no

procédé à une interprétation conciliatrice des obligations internationales du Canada en matière de protection de l'environnement et des investissements.³⁷

Dans l'affaire *SPP c. Egypte*, le tribunal devait se prononcer sur le retrait des autorisations ainsi que la clôture d'un site proche des pyramides, sur lequel l'investisseur cherchait à développer un complexe touristique. L'investisseur a avancé que les actes attribués à l'Égypte, survenus en 1978, constituaient une expropriation de son investissement en violation du traité bilatéral d'investissement applicable. L'Égypte a pour sa part allégué, entre autres, qu'il avait agi en conformité avec ses obligations découlant de la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel,³⁸ qu'il avait ratifiée en 1975.³⁹ Un premier élément à souligner est que le tribunal a considéré que la Convention UNESCO était applicable en tant que telle au différend.⁴⁰ Après avoir analysé les arguments des parties, le tribunal a donné raison à l'investisseur, considérant que l'obligation internationale

inconsistency with the Basel Convention, clearly this should be followed.", *S.D. Myers c. Canada*, par. 214-215 (italiques originelles) et 255-256.

³⁷ Dans la section de la sentence partielle consacrée à l'interprétation des instruments internationaux en présence, le tribunal a conclu comme suit: "The Preamble to the NAFTA, the NAAEC [North American Agreement on Environmental Cooperation] and the international agreements affirmed in the NAAEC suggest that specific provisions of the NAFTA should be interpreted in light of the following general principles:

- Parties have the right to establish high levels of environmental protection. They are not obliged to compromise their standards merely to satisfy the political or economic interests of other states;
- Parties should avoid creating distortions to trade;
- environmental protection and economic development can and should be mutually Supportive [...]

In the Tribunal's view, these principles are consistent with the express provisions of the Transboundary Agreement and the Basel Convention. A logical corollary of them is that where a state can achieve its chosen level of environmental protection through a variety of equally effective and reasonable means, it is obliged to adopt the alternative that is most consistent with open trade. This corollary also is consistent with the language and the case law arising out of the WTO family of agreements.", *S.D. Myers c. Canada*, par. 220-221.

³⁸ Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, du 16 novembre 1972 (ci-après "Convention UNESCO"). L'article 4 de la Convention UNESCO prévoit ce qui suit: "Chacun des Etats parties à la présente Convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel visé aux articles 1 et 2 et situé sur son territoire, lui incombe en premier chef. Il s'efforce d'agir à cet effet tant par son propre effort au maximum de ses ressources disponibles que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationales dont il pourra bénéficier, notamment aux plans financier, artistique, scientifique et technique.". Afin de mettre en oeuvre cette obligation, l'article 5(d) de la Convention UNESCO prévoit que: "Afin d'assurer une protection et une conservation aussi efficaces et une mise en valeur aussi active que possible du patrimoine culturel et naturel situé sur leur territoire et dans les conditions appropriées à chaque pays, les Etats parties à la présente Convention s'efforceront dans la mesure du possible : [...] d) de prendre les mesures juridiques, scientifiques, techniques, administratives et financières adéquates pour l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la réanimation de ce patrimoine". Par ailleurs, l'article 11(1) dispose: "Chacun des Etats parties à la présente convention soumet, dans toute la mesure du possible, au Comité du patrimoine mondial un inventaire des biens du patrimoine culturel et naturel situés sur son territoire et susceptibles d'être inscrits sur la liste prévue au paragraphe 2 du présent article."

³⁹ *SPP c. Egypte*, par. 150.

⁴⁰ Le tribunal a noté, à cet égard: "Nor is there any question that the UNESCO Convention is relevant: the Claimants themselves acknowledged during the proceedings before the French Cour d'Appel that the Convention obligated the Respondent to abstain from acts or contracts contrary to the Convention", *SPP c. Egypte*, par. 78.

dont se prévalait l'Égypte, à savoir celle de protéger certains sites, était "volontaire", car elle dépendait de l'identification de ces sites à l'initiative de l'Égypte, et elle n'était née qu'en 1979, lorsque le Comité UNESCO avait enregistré les sites proposés par l'Égypte, alors que les actes reprochés à l'Égypte par l'investisseur étaient intervenus avant.⁴¹ Le tribunal a donc conclu que les deux obligations étaient décalées dans le temps, donc il n'y avait pas de conflit. Par ailleurs, il a donné suite à l'argument de l'investisseur selon lequel l'invocation par l'Égypte de la Convention UNESCO constituait une justification *post hoc* des actes incriminés. Il sied de souligner, pourtant, que le tribunal a limité les dommages accordés à l'investisseur sur la base du fait que ses activités seraient devenues contraires à la Convention UNESCO après 1979,⁴² suggérant ainsi que les obligations découlant de cette dernière Convention pouvaient l'emporter sur les normes de protection des investissements.

La décision du tribunal dans l'affaire *SPP c. Égypte* peut être contrastée avec celle du tribunal dans l'affaire *CDSE c. Costa Rica*. Dans ce cas, le tribunal devait se prononcer sur le montant dû à un investisseur américain qui avait été exproprié d'une propriété foncière située dans un parc naturel du Costa Rica, où l'investisseur voulait construire un complexe touristique. Il ressort d'une note de bas de page que le Costa Rica avait invoqué, pour justifier l'acte d'expropriation, toute une série d'obligations internationales relatives à la préservation du site de Santa Elena.⁴³ Ces obligations internationales ne sont pas identifiées dans la sentence, mais elles sont mentionnées dans un article rédigé par le conseil de Costa Rica dans cette affaire.⁴⁴ Il s'agit d'un certain nombre de conventions, tant régionales qu'à vocation universelle, en matière

⁴¹ Le tribunal a conclu ce qui suit: "In the Tribunal's view, the UNESCO Convention by itself does not justify the measures taken by the Respondent to cancel the project, nor does it exclude the Claimants' right to compensation. According to the system of the Convention, as acknowledged by the Respondent, 'le classement est finalement le fait des autorités internationales de l'Unesco (Comité)'. Thus, the choice of sites to be protected is not imposed externally, but results instead from the State's own voluntary nomination. Consequently, the date on which the Convention entered into force with respect to the Respondent is not the date on which the Respondent became obligated by the Convention to protect and conserve antiquities on the Pyramids Plateau. It was only in 1979, after the Respondent nominated 'the pyramid fields' and the World Heritage Committee accepted that nomination, that the relevant international obligations emanating from the Convention became binding on the Respondent. Consequently, it was only from the date on which the Respondent's nomination of the 'pyramid fields' was accepted for inclusion in the inventory of property to be protected in the UNESCO Convention in 1979 that a hypothetical continuation of the Claimants' activities interfering with antiquities in the area could be considered as unlawful from the international point of view.", *SPP c. Égypte*, par. 154.

⁴² Le tribunal observe à cet égard: "[E]ven if the Tribunal were disposed to accept the validity of the Claimant's DCF calculations, it could only award *lucrum cessans* until 1979, when the obligations resulting from the UNESCO Convention with respect to the Pyramids Plateau became binding on the Respondent. From that date forward, the Claimant's activities on the Pyramids Plateau would have been in conflict with the Convention and therefore in violation of international law, and any profits that might have resulted from such activities are consequently non-compensable", *SPP c. Égypte*, par. 191.

⁴³ *CDSE c. Costa Rica*, par. 71, note 32.

⁴⁴ BROWER, C.N., WONG, J., *General Valuation Principles: The Case of Santa Elena*, in WEILER, T. (éd.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London: Cameron May, 2005, p. 764.

de protection de l'environnement et notamment de la biodiversité.⁴⁵ A la différence du tribunal dans *SPP c. Egypte*, le tribunal dans *CDSE c. Costa Rica* a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'entrer en matière sur la portée de ces diverses conventions, du fait que, indépendamment du caractère légitime d'une mesure au vu notamment des obligations internationales du Costa Rica, l'expropriation de la propriété de l'investisseur devait être indemnisée.⁴⁶ Cette conclusion ne suppose pourtant pas que la protection des investissements l'emporte sur la protection de l'environnement, dans la mesure où il s'agissait de trancher sur le montant d'une expropriation par ailleurs conforme au droit, dont le principe n'était pas contesté par l'investisseur.

En synthétisant, ces trois affaires suggèrent que les tribunaux sont réticents à se prononcer ouvertement sur la hiérarchie respective des normes environnementales et des normes de protection des investissements. Dans les trois cas, la question de la priorité de ces deux types de normes est résolue par référence non pas aux méthodes usuelles de gestion de conflits de normes en droit international mais par des techniques *ad hoc*, étroitement liées aux circonstances de chaque cas et difficilement généralisables. Certes, il ne s'agit là que de trois affaires. Il faudra attendre les sentences dans les affaires soulevant des conflits normatifs actuellement en cours pour confirmer ou infirmer ces observations préliminaires. Or, les résultats qui se dégagent de l'analyse des cas de conflit de légitimités semblent aller dans la même direction, comme nous le verrons par la suite.

b. Conflits de légitimité

Il n'est pas rare que l'Etat se réfère à des considérations environnementales pour justifier la prise d'une mesure adverse aux intérêts d'un ou plusieurs investisseurs étrangers. Aux fins de l'analyse, il peut être utile de distinguer deux hypothèses. Premièrement, L'Etat peut se référer à des considérations

⁴⁵ Essentiellement: la Convention relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau, du 2 février 1971 (ci-après "Convention de Ramsar"); la Convention UNESCO; la Convention sur la diversité biologique, du 5 juin 1992 (ci-après "Convention sur la biodiversité"); la Convention sur la protection de la nature et la préservation des espèces sauvages dans l'hémisphère ouest, du 12 octobre 1940; la Convention régionale concernant la gestion et la conservation des écosystèmes forestiers naturels et le développement des plantations forestières, du 29 octobre 1993.

⁴⁶ Le tribunal note, à cet égard: " In approaching the question of compensation for the Santa Elena Property, the Tribunal has borne in mind the following considerations: [...] — While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference [...] Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains.", *CDSE c. Costa Rica*, par. 71-72.

environnementales de manière directe, à savoir en soulignant qu'il a pris cette mesure volontairement dans l'exercice de son pouvoir réglementaire légitime. Deuxièmement, l'Etat peut se référer à des considérations environnementales de manière indirecte, à savoir dans le cadre d'une situation d'urgence ou d'un état de nécessité.

Concernant l'invocation directe du pouvoir réglementaire de l'Etat pour justifier une mesure, les positions des tribunaux d'investissement quant à la prise en compte des considérations environnementales vont véritablement d'un extrême à l'autre. En matière d'expropriation,⁴⁷ un extrême peut être caractérisé par les vues du tribunal dans l'affaire *CDSE c. Costa Rica*. Le Costa Rica avait invoqué aussi bien des obligations internationales que des normes et des considérations de politique environnementale internes pour justifier l'expropriation de la propriété de l'investisseur américain. Comme mentionné précédemment, le tribunal a considéré que la justification environnementale d'une mesure ne faisait aucune différence quant à l'existence ou non d'une expropriation indemnisable, et n'a même pas considéré utile de se pencher sur les normes environnementales invoquées par le Costa Rica.⁴⁸ Pour caractériser l'extrême opposé, on peut se référer à l'affaire *Saluka c. République tchèque*.⁴⁹ Bien que cette affaire porte sur une mesure d'utilité publique sans rapport avec l'environnement, elle reste pertinente dans la mesure où le tribunal a considéré que la légitimité de la mesure réglementaire prise par l'Etat tchèque mettait en échec l'argument de l'investisseur quant à l'existence d'une expropriation indemnisable.⁵⁰ Entre ces deux pôles, on peut citer les affaires *Tecmed c. Mexique*⁵¹ et *Methanex c. Etats-Unis*. Dans *Tecmed c. Mexique*, le tribunal a suivi la sentence *CDSE c. Costa Rica*, tout en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme au sujet de la répartition du fardeau imposé par une mesure d'utilité publique, lequel, en l'espèce, devait être porté plutôt par la population locale.⁵² En revanche, dans

⁴⁷ Sur cette question, voir: ROBERT-CUENDET, S., *Protection de l'environnement et investissement étranger: Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale*, thèse (Université Paris I – Panthéon Sorbonne), 2008.

⁴⁸ Il est important de remarquer, à cet égard, qu'il s'agissait d'une expropriation directe ou formelle, de manière que le principe d'une indemnisation n'était pas en doute. C'est plutôt l'attitude du tribunal à l'égard de la prise en compte des considérations environnementales en général qui doit néanmoins retenir l'attention.

⁴⁹ *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, Arbitrage CNUDCI, sentence partielle du 17 mars 2006 (ci-après "Saluka c. République tchèque").

⁵⁰ Le tribunal note, à cet égard: "In the opinion of the Tribunal, the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are 'commonly accepted as within the police power of States' forms part of customary law today", *Saluka c. République tchèque*, par. 262.

⁵¹ *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003 (ci-après "Tecmed v. Mexique").

⁵² Le tribunal a noté, à cet égard: " After establishing that regulatory actions and measures will not be initially excluded from the definition of expropriatory acts, in addition to the negative financial impact of such actions or measures, the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the

Methanex c. Etats-Unis, le tribunal a conclu, d'une manière plus proche de celle du tribunal dans l'affaire *Saluka v. République tchèque*,⁵³ que l'exercice légitime du pouvoir réglementaire de l'Etat ne pouvait constituer une expropriation que si l'Etat avait donné des assurances précises à l'investisseur que de telles mesures ne seraient pas prises.⁵⁴ Cependant, ce qui est en jeu dans ces divers cas n'est pas la hiérarchie, respectivement, des normes environnementales et de protection des investissements, mais la possibilité même de se prévaloir des clauses d'expropriation prévues dans les traités bilatéraux d'investissement. Dans les affaires *Methanex c. Etats-Unis* et *Saluka c. République tchèque*, la conclusion des tribunaux n'est pas que les considérations environnementales (ou autres considérations d'utilité publique) prévalent sur la protection des investissements, mais plutôt le champ d'application des clauses d'expropriation, qui ne couvriraient pas les cas où la mesure adoptée relève du pouvoir réglementaire légitime de l'Etat.

Cette conclusion est aussi pertinente en rapport avec l'application de la jurisprudence *Methanex* et *Saluka* en cas de prétendue violation de la clause de traitement juste et équitable des investisseurs étrangers. Avec le développement et le renforcement des obligations internationales des Etats en matière d'environnement, les investisseurs risquent de ne plus pouvoir invoquer la frustration de leurs attentes légitimes lorsqu'un Etat adopte une mesure pour faire suite à une norme internationale, même vague (telle une norme programmatique ou une recommandation), qu'il avait contractée auparavant dans le domaine de la protection de l'environnement.⁵⁵ Une telle approche ne reviendrait pourtant pas à se prononcer

proportionality. Although the analysis starts at the due deference owing to the State when defining the issues that affect its public policy or the interests of society as a whole, as well as the actions that will be implemented to protect such values, such situation does not prevent the Arbitral Tribunal, without thereby questioning such due deference, from examining the actions of the State in light of Article 5(1) of the Agreement to determine whether such measures are reasonable with respect to their goals, the deprivation of economic rights and the legitimate expectations of who suffered such deprivation. There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not. On the basis of a number of legal and practical factors, it should be also considered that the foreign investor has a reduced or nil participation in the taking of the decisions that affect it, partly because the investors are not entitled to exercise political rights reserved to the nationals of the State, such as voting for the authorities that will issue the decisions that affect such investors.", *Tecmed. c. Mexique*, par. 122.

⁵³ Précisons que la sentence dans l'affaire *Saluka c. République tchèque* est chronologiquement postérieure à la sentence dans l'affaire *Methanex c. Etats-Unis* et que, en réalité, le premier fait référence à la dernière pour asseoir sa position. Il n'en reste pas moins que, d'un point de vue analytique, l'affaire *Saluka c. République tchèque* illustre mieux la position extrême en matière de pouvoir réglementaire de l'Etat.

⁵⁴ Le tribunal a noté, à cet égard: "as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation", *Methanex c. Etats-Unis*, sentence du 3 août 2005, partie IV, chap. D, § 7.

⁵⁵ Sur la question de la frustration des attentes légitimes comme hypothèse de violation de la clause de traitement juste et équitable voir, notamment: TUDOR, I., *The Fair and Equitable Treatment*

sur la hiérarchie respective des considérations environnementales et de la protection des investissements étrangers, car, comme dans l'hypothèse d'expropriation, la question de la violation d'une norme de protection des investissements ne se poserait pas véritablement, dès lors que l'investisseur serait tenu pour responsable de ne pas avoir pris en compte les engagements internationaux de l'Etat d'accueil.

De même, dans le cadre des clauses de non-discrimination des investisseurs étrangers (que ce soit par rapport aux nationaux de l'Etat d'accueil – clause de traitement national – ou par rapport à d'autres investisseurs étrangers – clause de la nation la plus favorisée), la question n'a pas été posée en termes de conflits de normes, comme le montre l'approche suivie par le tribunal dans l'affaire *Parkerings c. Lituanie*.⁵⁶ Le tribunal a considéré que deux investisseurs étrangers actifs dans le développement de parkings en proximité de la vieille ville de Vilnius (enregistrée en conformité avec la Convention UNESCO) n'étaient pas dans une situation semblable dans la mesure où le projet de l'un d'eux, Parkerings, était plus nuisible au site protégé. Sur cette base, le tribunal a rejeté l'argument de Parkerings tendant à faire constater une violation de la clause de la nation la plus favorisée du traité bilatéral d'investissement applicable.⁵⁷ A nouveau, il ne s'agit pas de se prononcer sur l'importance relative des considérations environnementales et la protection des investissements, mais plutôt d'interpréter la portée d'une norme de protection des investissements à la lumière d'autres considérations, y compris environnementales, qui auraient pour effet de limiter l'application d'une clause de non discrimination.

En synthèse, l'analyse des conflits de légitimité tend à confirmer la conclusion qui se dégageait déjà de l'analyse des conflits de normes, à savoir la réticence des tribunaux d'investissement à se prononcer sur la hiérarchie respective des normes environnementales et des normes de protection des investissements.

L'Etat peut également invoquer des considérations environnementales de manière indirecte, par exemple pour justifier l'inexécution d'une obligation internationale (en matière de protection des investissements) par voie de l'allégation d'une situation d'urgence ou d'un état de nécessité. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-*

Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 163 ss; YANNACA-SMALL, K., Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, in REINISCH, A. (éd.), *Standards of Investment Protection*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 124 ss.

⁵⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/08, sentence du 11 septembre 2007 (ci-après "Parkerings c. Lituanie").

⁵⁷ Le tribunal a noté, à cet égard: "the fact that the [Claimant's] MSCP [multi-storey car park] project in Gedimino extended significantly more into the Old Town as defined by the UNESCO, is decisive. Indeed, the record shows that the opposition raised against the [Claimant's] projected MSCP were important and contributed to the Municipality decision to refuse such a controversial project. The historical and archeological preservation and environmental protection could be and in this case were a justification for the refusal of the project. The potential negative impact of the [Claimant's] project in the Old Town was increased by its considerable size and its proximity with the culturally sensitive area of the Cathedral. Consequently, [Claimant's] MSCP in Gedimino was not similar with the MSCP contractor by [other foreign investor]", *Parkerings c. Lituanie*, par. 392.

Nagymaros,⁵⁸ la Cour internationale de Justice avait reconnu que la protection de l'environnement pouvait en effet être considérée comme un intérêt essentiel de l'Etat. En matière d'investissements, l'état de nécessité a été invoqué par l'Argentine dans l'affaire *Aguas argentinas c. Argentine* pour justifier des mesures adverses à un concessionnaire international en charge de la fourniture d'eau potable et de la gestion des eaux usées,⁵⁹ mais la question n'a pas encore été tranchée.

Par ailleurs, comme nous l'avons vu précédemment, dans un certain nombre d'affaires d'investissement, notamment les affaires *Metbanex c. Etats-Unis*, *Glamis c. Etats-Unis*, *Aguas argentinas c. Argentine* ou *Bivater Gauff c. Tanzanie*, des tiers ont cherché et parfois réussi à intervenir en qualité d'*amici curiae*.⁶⁰ Ces tiers soumettent parfois des mémoires détaillés portant aussi bien sur des dimensions factuelles (par exemple l'impact d'un investissement sur le territoire sacré d'une tribu indigène) que juridiques (par exemple les normes en matière de droit à l'eau susceptibles de justifier une certaine mesure étatique). Dans l'affaire *Aguas Argentinas*, les *amici curiae* ont spécifiquement soulevé la question d'un conflit potentiel entre des normes de protection des investissements et les normes internationales relatives au droit à l'eau affirmant la priorité de ces dernières et allant même jusqu'à suggérer au tribunal de procéder à une interprétation conciliatrice de ces normes.⁶¹ Par ailleurs, ils se sont prononcés sur l'importance de ces normes pour examiner l'existence d'un état de nécessité.⁶² Malgré l'accès dont disposent de plus en plus ces tiers à l'instance pour exprimer leurs vues au sujet des considérations environnementales sous-tendant un différend d'investissement, il faut constater que, pour l'instant, l'impact pratique de ces interventions reste incertain. En principe, le tribunal n'est nullement tenu de se prononcer sur les arguments avancés par les *amici curiae* et, même lorsqu'il décide d'y faire référence, rien ne l'empêche de simplement mentionner ces arguments sans pour autant en tenir compte, du moins explicitement, comme l'illustre la sentence dans l'affaire *Bivater Gauff*.⁶³

En synthèse, si les tribunaux d'investissement semblent réticents à se prononcer sur la hiérarchie respective entre des normes environnementales et des normes de protection des investissements lorsque ce sont les parties qui soulèvent la

⁵⁸ Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *C. I. J. Recueil 1997*, p. 7.

⁵⁹ Voir *Aguas argentinas c. Argentine*, Contre-mémoire de l'Argentine, par. 1011-1025 et 1059-1061, cités dans PETERSON, L.-E., *Droits humains et traités bilatéraux d'investissement*, rapport préparé à l'intention de de Droits et Démocratie (Centre international des droits de la personne et du développement démocratique), 2009, p. 29.

⁶⁰ Voir *supra* note 25.

⁶¹ Voir Amicus Curiae Submission (4 avril 2007 – Centro de Estudios Legales, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, Unión de Usuarios y Consumidores, Center for International Environmental Law), pp. 26 ss (ci-après “Mémoire d'amicus curiae”). Le texte en anglais est disponible à l'adresse suivante: http://www.ciel.org/Publications/SUEZ_Amicus_English_4Apr07.pdf. (visitée le 29 avril 2009)

⁶² Mémoire d'amicus curiae, p. 27 ss.

⁶³ *Bivater Gauff c. Tanzanie*, sentence du 24 juillet 2008, par. 356-392.

tension potentielle entre les deux catégories, il semble naturel de conclure qu'ils le seront *a fortiori* lorsque les tensions sont soulevées par des tiers à l'instance et que rien n'oblige le tribunal à s'y référer.

Conclusions

En guise de conclusion, je souhaiterais revenir sur la réticence des tribunaux d'investissement à se prononcer ouvertement sur la hiérarchie respective des normes environnementales et des normes de protection des investissements pour m'intéresser aux raisons possibles de ce phénomène. Certes, on ne peut qu'émettre des hypothèses à cet égard, dans l'espoir qu'elles servent de base pour ouvrir la discussion.

On pourrait penser que ces tribunaux ne sont pas à l'aise avec l'application de normes environnementales, que ce soit parce qu'ils considèrent que cela échappe à leur mandat (tel que défini dans la clause d'arbitrage), ou qu'ils n'ont pas la légitimité pour trancher ces questions, notamment du fait de leur caractère non permanent, ou, encore, parce qu'ils connaissent mal ces questions.

Ces hypothèses doivent, cependant, être maniées avec précaution. Certains tribunaux d'investissement sont composés d'éminents spécialistes du droit international, et parfois même du droit international de l'environnement. Les limites imposées par leur mandat ne les empêchent pas de regarder d'autres normes de droit international,⁶⁴ à moins que ces autres normes soient invoquées en tant que grief séparé.⁶⁵ La question de la légitimité paraît plus plausible, du moins dans la mesure où le caractère non permanent de ces tribunaux et la confidentialité qui caractérise les procédures semblent encourager ces tribunaux à se focaliser sur la question précise qui leur est soumise et à moins se soucier de considérations telles que l'enracinement du droit international des investissements dans le droit international général. C'est d'ailleurs la tâche première de ces tribunaux d'offrir en quelque sorte une justice sur mesure. Dans les termes de Gilbert Guillaume,⁶⁶ la fonction de dire le droit serait pour ces tribunaux bien moins importante que celle de trancher le litige, ce qui peut être contrasté, par exemple, avec la position de la Cour internationale de Justice.

⁶⁴ Voir à cet égard l'article 42 de la Convention CIRDI ainsi que l'article 31.3(c).

⁶⁵ Voir à cet égard les remarques du tribunal dans l'affaire *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre*, Arbitrage CNUDCI, sentence du 27 octobre 1989, par. 202-03: "This Tribunal's competence is limited to commercial disputes arising under a contract entered into in the context of Ghana's Investment Code. As noted, the Government agreed to arbitrate only disputes "in respect of" the foreign investment. Thus, other matters -- however compelling the claim or wrongful the alleged act -- are outside this Tribunal's jurisdiction. Under the facts of this case it must be concluded that, while the acts alleged to violate the international human rights of Mr Biloune may be relevant in considering the investment dispute under arbitration, this Tribunal lacks jurisdiction to address, as an independent cause of action, a claim of violation of human rights".

⁶⁶ Propos du Président Guillaume exprimés lors du colloque d'Aix-en-Provence suite à l'exposé de l'auteur.

Dès lors, la principale difficulté est de concilier cette singularité des tribunaux d'investissement avec la dimension publique (y compris environnementale) souvent présente dans les litiges qu'ils ont à trancher. Pour employer une image qui m'est chère, je pense que la tâche des tribunaux d'investissement consistera dans le futur à naviguer entre le Scylla du secret et de l'ad-hocisme totaux et le Charybde de l'imitation de la justice publique.

Annexe 1
Affaires citées dans le Tableau I

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992.

Ethyl Corporation v Government of Canada, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI), décision sur compétence du 24 juin 1998.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Costa Rica, ICSID Case No ARB/96/1, sentence du 17 février 2000.

Metalclad Corp v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/97/1, sentence du 25 août 2000. 2000.

S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI), sentence partielle du 13 novembre 2000.

Técnicas Medioambientales TECMED S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003.

Methanex Corporation v. The United States of America, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI) sentence du 3 août 2005.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/08, sentence du 11 septembre 2007.

Bivater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, en cours.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, en cours.

Glamis Gold Ltd. v. The United States of America, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI), en cours.

Chemtura Corp. v. Government of Canada, Arbitrage ALENA (règles CNUDCI), en cours.