

La pénalisation du droit international Demi-journée de Nanterre – 10 mars 2017

LE COMPORTEMENT BLÂMABLE DE L'INVESTISSEUR

Julien ANCELIN,
Docteur en droit public,
enseignant-chercheur contractuel (LRU) à l'Université de Bordeaux

1. Le groupe pétrolier Chevron (ex-Texaco), implanté en Equateur a été convaincu de différentes atteintes à l'environnement. Malgré la réalité de la pollution des eaux et des sols de parcelles de la forêt amazonienne liée à son activité, l'investisseur n'a connu, dans l'ordre international aucun engagement de sa responsabilité¹. Des actions pénales ont, en revanche, été engagées en Equateur pour des pollutions occasionnées entre 1964 et 1990 – rejets de métaux lourds causant des dommages pour la santé de populations indigènes. Le groupe Chevron a été condamné en Equateur au paiement de 9,5 milliards de dollars. Parallèlement, une action introduite sur la base d'un traité bilatéral d'investissement (ci-après TBI) conclu entre l'Equateur et les États-Unis a été engagée par l'investisseur devant une formation CNUDCI².

2. Si la recherche de responsabilité pénale de l'investisseur est commune dans l'ordre interne, cette responsabilité, dans l'ordre international, est bien plus fuyante. Le droit international des investissements n'est pas, historiquement, une branche du droit instituant des obligations réciproques entre ses acteurs : la majorité des obligations dans ce domaine incombent à l'État. Toutefois, l'investisseur ne dispose pas d'une complète impunité. Son comportement peut parfois être blâmé – du latin populaire *blastemare*, « faire des reproches » – et l'évolution contemporaine de la discipline semble amenée à

¹ Cf. en ce sens l'étude menée par D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé – Tome 1 : Partie générale*, Paris, PUF, 3^e éd., 2014, pp. 149-151. Cette affaire, exposée principalement sous l'angle du droit international privé révèle un certain « désordre global » quant à la justiciabilité de la responsabilité de l'investisseur : cf. également H. MUIR WATT, « Chevron : l'enchevêtrement des fors, un combat sans issue », *Revue critique de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2011, pp.339 et s.

² CNUDCI, acte introductif d'instance du 23 septembre 2009, *Affaire Chevron Corporation et Texaco Petroleum Corporation c. Equateur*, n°2009-23.

étendre le champ des reproches qui peuvent lui être adressés. Le terme de *comportement* ou de *conduite blâmable* sera au cœur des développements de la présente étude. Pour le professeur J. SALMON, « bien que le concept de conduite blâmable [apparaisse] assez flou »³, ce terme, assez englobant, permet de rendre compte d'une pluralité de situations. « Les auteurs rangent, sous cette étiquette commode, de très nombreuses situations qui vont de la négligence, la tromperie, ou l'inconduite au sens moral, aux violations les plus graves du droit interne ou du droit des gens »⁴. À titre d'illustration, il peut ainsi s'agir pour l'investisseur de mettre en place des schémas de corruption, d'organiser la fuite de capitaux, de porter atteinte aux droits humains, au droit de l'environnement ou des travailleurs dans le cadre de la mise en place et du déploiement de son opération. En tout état de cause, le comportement blâmable sera ici envisagé comme une notion susceptible d'impacter la protection dont bénéficie l'investisseur en vertu du droit international des investissements. Avant d'évoquer le contenu de cette notion et ce qu'elle révèle des déséquilibres du droit international, il convient d'effectuer un bref panorama des actions en responsabilité qui peuvent être engagées, en fonction des ordres juridiques, pour *réprimer* l'action de l'investisseur.

3. Dans l'ordre interne, l'investisseur, en tant que sujet de droit est soumis à l'application des règles de droit en vigueur sur le territoire de son investissement (notamment le droit pénal et le droit économique). Il peut y faire l'objet d'actions répressives et pourra invoquer, en fonction de l'option de réception du droit international retenue par le territoire sur lequel il intervient, les protections que lui accordent les règles internationales. Le droit international a ainsi pu trouver à s'appliquer à des situations dans lesquelles un investisseur a fait l'objet de poursuites. Ces règles ont eu pour fonction de contraindre l'État hôte à accorder un standard minimum de protection. Elles ne sont pas intervenues pour le pénaliser en raison de la commission de certains faits (la lutte contre l'optimisation fiscale a, par exemple, encore peu de traductions dans l'ordre international). La contrainte opérée sur l'État par le droit international s'est engagée par le biais de la protection diplomatique et des règles de traitement des étrangers puis par les droits de l'homme⁵. Il ne s'agit pas de pénalisation dans cette circonstance mais d'une protection de l'investisseur qui s'opère par le truchement de règles procédurales (recours effectifs, etc.).

4. Dans l'ordre international, pour la doctrine, « un investisseur, en tant que personne privée, ne peut commettre un acte internationalement illicite, sauf circonstance très exceptionnelle relevant du droit pénal international »⁶. Il n'existe pas de moyens

³ J. SALMON, « Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *AFDI*, 1964, p. 240.

⁴ *Ibidem*.

⁵ S. GARIBIAN, « La protection diplomatique, faveur ou droit ? », *AFDI*, 2008, pp.119-141 ; cf. également sur le lien entre la protection diplomatique et la protection internationale des investissements : CDI, « Projet d'articles sur la protection diplomatique et commentaires y relatifs », *Annuaire de la Commission du droit international*, New York, 2006, vol. II (2), pp.92-93 (art.17). Les travaux menés par la Commission et son rapporteur spécial M. J. DUGARD évoque expressément, dans le commentaire de l'article 17, le système plus avantageux de l'arbitrage transnational d'investissement.

⁶ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, coll. Etudes internationales, Paris, Pedone, 2^e éd., janvier 2017, p. 425.

juridictionnels destinés à engager la responsabilité internationale de l'investisseur – à l'exception de quelques cas isolés d'action engagées contre des investisseurs devant le CIRDI et qui n'ont donné lieu qu'à une jurisprudence extrêmement limitée⁷. Quand bien même celui-ci se rendrait coupable de la commission d'une infraction réprimée par le droit pénal international, sa responsabilité ne serait pas engagée en raison de sa qualité d'investisseur, mais en raison de sa qualité d'individu.

5. Cette situation s'appuie sur deux éléments principaux : le droit international des investissements a une structure asymétrique qui impose des obligations à l'État d'accueil. La relation qui lie l'investisseur à l'État a longtemps été principalement unilatérale ; l'État était astreint à un régime de protection étendu afin d'attirer l'investissement sur son territoire et de garantir l'investisseur contre les mesures nationales susceptibles d'atteindre son opération. Évoquer le comportement blâmable de l'investisseur ne se fait souvent qu'à l'étape de la défense de l'État attrait (ou lors de la formulation de demande reconventionnelles ou encore dans quelques cas où des contremesures ont pu être appliquées⁸). Des perspectives d'évolution du droit international des investissements sont envisageables en raison des mutations que connaît actuellement la catégorie de ses acteurs. Pour le professeur A. DE NANTEUIL « l'évolution du droit international qui reconnaît dans la personne privée un sujet de plus en plus complet »⁹ amènera sans doute à envisager une extension des cas dans lesquels l'investisseur sera débiteur d'obligations internationales et donc sanctionnable au titre de leur violation. « Pour l'heure, l'investisseur demeure un sujet incomplet puisqu'au fond il n'est pas tenu par des obligations internationales vis-à-vis de l'État d'accueil »¹⁰, à l'exception de quelques traductions du principe de bonne foi. Par ailleurs, il faut noter que le droit pénal international incrimine des faits précisément listés, au sein desquels la dimension économique est assez largement absente.

6. Sans incriminations internationales ciblant une action ou une abstention liée à l'opération d'investissement, la *pénalisation* paraît peu envisageable. Seuls les cas dans lesquels l'auteur présumé de l'acte illicite fait commerce de crime de guerre ou bien s'en rend coupable en raison d'actes de complicité pourront amener l'exercice de la répression pénale internationale. Toutefois différentes évolutions dans ce domaine sont envisageables et animent le débat au sein de la communauté scientifique et des praticiens. Si le terme de pénalisation *stricto sensu* n'apparaît pas en mesure, dans ce domaine, de rendre compte des situations dans lesquelles un investisseur peut être blâmé, celui-ci reste malgré tout sanctionnable. Le terme de *sanction* peut s'entendre comme un large éventail de réactions, poursuivant des finalités diverses (punitive,

⁷ Cf. en ce sens l'étude de J. E. KALICKI, « Les demandes reconventionnelles des États dans l'arbitrage relatif à l'investissement », in *Investment treaty news*, Institut international du développement durable, n° 2, vol.3, 2013, pp. 3-5.

⁸ A. NEWCOMBE, J.-M. MARCOUX, "Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia – Imposing international obligations on foreign investors", *ICSID Review*, Vol. 30, n°3, 2015, p. 525.

⁹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, op. cit., p. 425.

¹⁰ *Ibidem*. Selon l'auteur : « Partant, [l'État] ne pourrait pas, en l'état du droit, réagir contre un investisseur étranger en dehors de son ordre juridique, notamment par le biais de sanctions pénales qui ne sauraient s'analyser en contre-mesures puisqu'elles relèvent exclusivement du droit interne de cet Etat ».

réparatrice, compensatoire, sociale, etc.) adoptées par un sujet déterminé contre l'auteur d'un fait illicite pour faire assurer l'exécution d'un droit ou d'une obligation¹¹. La sanction ne sera pas ici répressive mais agira en réaction à la tenue d'un comportement blâmable en poursuivant des finalités principalement compensatoires.

Face aux contingences propres à chaque ordre juridique, comment le *comportement blâmable* peut-il être saisi par le droit international des investissements et quelles évolutions apparaissent envisageables ?

7. Dès le début des années 2000, le CIRDI reconnaissait que les accords de promotion et de protection des investissements ne constituaient pas des « polices d'assurance au bénéfice des investisseurs »¹². Par le truchement de quelques règles de comportement déjà établies et par l'émergence de dispositions nouvelles, l'attitude de l'investisseur peut désormais¹³ être scrutée avec attention. Si l'investisseur n'a jamais bénéficié d'une complète impunité lorsque ses actes étaient susceptibles d'entrer en contradiction avec certaines des règles de l'ordre juridique de l'État hôte de son investissement ou de l'ordre juridique international, les conséquences de son comportement blâmable semblent aujourd'hui se redéployer¹⁴. Ce mouvement peut s'analyser au travers des lignes de force qui structurent le droit international des investissements : le règlement des différends et la protection substantielle. La faculté de saisir une telle *conduite* se retrouve, à différents titres, à ces deux étapes. Nous verrons qu'il est possible de déceler des éléments de sanction directe du comportement blâmable de l'investisseur lors du règlement des différends relatifs à l'investissement (§1). Puis, nous observerons qu'un mouvement de sanction indirecte peut s'analyser à l'étape de la protection substantielle de son opération d'investissement (§2).

¹¹ Cf. les différentes approches présentées par J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, voy. sanction, pp. 1017-1018.

¹² CIRDI, Sentence du 13 novembre 2000, *Emilio Agustín Maffezini c. Espagne*, Aff. n°ARB/97/7, § 64, p. 21. Une telle affirmation n'a pas été démentie et trouve, dans l'évolution contemporaine du droit international des investissements, un écho tout particulier. Il faut rechercher, dans les moyens qu'offrent le droit international contemporain, quels sont les éléments mobilisés pour contraindre l'investisseur au respect de certains standards.

¹³ La période qui précède le rééquilibrage auquel nous assistons n'excluait pas la responsabilité de l'investisseur mais se contentait de porter différents régimes incitatifs (cf. notamment, OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », édition 2011, consultable (en ligne) le 15 octobre 2017 : < <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf> >).

¹⁴ Ce rééquilibrage s'opère sous l'effet de l'émergence d'opérateurs économiques aptes à inciter les États à l'adaptation ou au gel de leur réglementation – les GAFAs ou les NATUs et leur poids sur les politiques fiscales nationales sont, à ce titre, marquants. Cf. notamment sur l'influence qu'ils exercent sur certains États, le cas de la décision prise par la Commission européenne de condamner l'entreprise Apple au paiement d'une amende de 13 milliards d'euros, devant être récupérés par l'Irlande, à propos de la fourniture d'aides d'État : Union européenne, Décision (UE) 2017/1283 de la Commission du 30 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple, JO UE du 19 juillet 2017, L 187, pp.1 et s. ; sur l'analyse de cette situation cf. Commission européenne, « Aides d'État: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple », communiqué de presse du 30 août 2016, consultable (en ligne) le 15 octobre 2017 : < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_fr.htm >.

§ 1. — UNE SANCTION DIRECTE : LE COMPORTEMENT BLÂMABLE DANS LE RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS RELATIFS À L'INVESTISSEMENT

8. L'investisseur est tenu au respect du principe, très étendu matériellement, de bonne foi et de ses corolaires¹⁵, dans la constitution et le déploiement de son opération d'investissement sur le territoire de l'État hôte. En cas de comportement blâmable (irrégularité constitutive, actes de corruption, fraudes...), les portes d'un règlement juridictionnel international de son différend avec l'État hôte pourront lui être fermées (A). Si la juridiction ne caractérise pas une telle atteinte, elle pourra tout de même utiliser le comportement blâmable pour faire varier le montant de la réparation allouée à l'étape de l'analyse au fond, au stade de l'indemnisation du dommage subi (B).

A. — Le principe de bonne foi et ses corolaires sanctionnés à l'étape préliminaire

9. Les premiers reproches qui peuvent être adressés à l'investisseur touchent, de manière générale, à sa bonne foi dans la constitution de son opération d'investissement. La bonne foi¹⁶ peut se manifester différemment. Elle peut être matérialisée conventionnellement par une obligation de se conformer au droit de l'État hôte établie expressément dans un accord de protection des investissements, ou être relevée par le juge, en cas d'absence d'une telle obligation, pour sanctionner l'investisseur dont le comportement apparaît blâmable. Partant, deux situations peuvent être distinguées, le cas dans lequel la bonne foi est matérialisée conventionnellement par l'obligation de se conformer au droit de l'État hôte, et la situation dans laquelle elle n'est pas expressément consacrée, mais où elle s'impose implicitement pour éviter que certaines actions puissent aboutir.

10. Dans la première situation, l'investisseur est soumis, par l'accord de protection, à l'obligation de se conformer au droit de l'État hôte. L'investisseur doit, pour prétendre à la protection internationale de son opération, respecter les règles applicables sur le territoire de l'État hôte, qui président à la constitution/admission de l'investissement¹⁷. Une telle obligation peut être prévue à l'étape de la définition de l'investissement. Dans ce cas, la violation du droit interne par l'opérateur est susceptible d'entraîner le rejet de la qualification d'investissement pour l'opération effectuée et donc de priver le tribunal de compétence. Le CIRDI, dans l'affaire *Alasdair Ross Anderson c. République du Costa Rica* a eu l'occasion de se prononcer dans ces circonstances¹⁸ ; l'investisseur, qui ne possédait ou ne contrôlait pas l'investissement en

¹⁵ Cf. notamment la théorie de l'abus de droit, E. GAILLARD, « Abuse of Process in International Arbitration », in *ICSID Review*, 2017, pp.16-20.

¹⁶ La bonne foi consiste en une obligation de « comportement que les parties sont juridiquement tenues d'observer dans l'exécution et l'interprétation de leurs droits et obligations » : J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 134.

¹⁷ CIRDI, Sentence du 27 août 2008, *Affaire Plama Consortium Limited, c. République de Bulgarie*, Aff. n°ARB/03/24, § 138.

¹⁸ CIRDI, Sentence du 19 mai 2010, *Affaire Alasdair Ross Anderson c. République du Costa Rica*, Aff. n°ARB(AF)07/3.

conformité avec les règles internes prévues n'a pu invoquer la protection de l'accord bilatéral, son opération n'entrant pas dans le champ matériel du dispositif de protection¹⁹. Une position similaire a été retenue par le CIRDI en 2006 dans l'affaire *Inceysa Vallisoletana c. République du Salvador*. Dans les circonstances de l'espèce, le TBI conclu entre l'Espagne et le Salvador ne prévoyait pas, dans sa définition de l'investissement, de clause de légalité. La question du respect du droit interne était toutefois mentionnée à d'autres étapes du dispositif conventionnel. Pour l'arbitre, l'inclusion au sein des TBI de clauses exigeant le respect du droit de l'État hôte suivait « les ordres publics internationaux des États conçus pour sanctionner des actes illégaux et les effets qui en résultent »²⁰. Le tribunal est allé plus loin en précisant que la bonne foi avec laquelle l'investisseur doit agir exige de ce dernier qu'il se conforme aux prescriptions légales applicables sur le territoire de son investissement sans toutefois qu'il soit nécessaire qu'une clause de respect du droit de l'État hôte ne soit expressément prévue²¹.

11. Dans la seconde situation, en cas d'absence d'obligation expresse de se conformer au droit de l'État hôte, le principe de bonne foi peut l'imposer implicitement afin de refuser à l'investisseur la protection de son opération en raison de certains comportements. La construction de cette autonomie peut être identifiée dans l'affaire *Phoenix action c. République tchèque* dans laquelle le CIRDI a jugé que l'action d'un investisseur de mauvaise foi ne saurait être recevable si son comportement risque de porter atteinte à l'équilibre même du système d'arbitrage mis en place par la Convention de Washington²². Cette position a été expressément reprise dans l'affaire *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana*²³. La juridiction a rejeté l'action d'un investisseur ayant intentionnellement contourné les règles prévues par l'ordre interne pour l'admission de son opération et cela en l'absence de toute clause de légalité dans l'accord.

12. Cette autonomie du principe de bonne foi a pu être caractérisée de diverses façons – respect du droit interne, respect de l'équilibre général de la convention de

¹⁹ *Ibidem.*, §§ 51-53, 61. Selon le tribunal : « *Not all BITs contain a requirement that investments subject to treaty protection be "made" or "owned" in accordance with the law of the host country. The fact that the Contracting Parties to the Canada-Costa Rica BIT specifically included such a provision is a clear indication of the importance that they attached to the legality of investments made by investors of the other Party and their intention that their laws with respect to investments be strictly followed* » (§53).

²⁰ CIRDI, Sentence du 2 août 2006, *Affaire Inceysa Vallisoletana c. République du Salvador*, Aff. n°ARB/03/26, § 247.

²¹ *Ibidem.*, §§245-252.

²² CIRDI, Sentence du 15 avril 2009, *Affaire Phoenix action c. République tchèque*, Aff. n°ARB/06/5, §§100-113. Selon la juridiction (§100) : « *The purpose of the international mechanism of protection of investment through ICSID arbitration cannot be to protect investments made in violation of the laws of the host State or investments not made in good faith, obtained for example through misrepresentations, concealments or corruption, or amounting to an abuse of the international ICSID arbitration system. In other words, the purpose of international protection is to protect legal and bona fide investments* ».

²³ Cf. à titre d'exemple : CIRDI, 2010, *Affaire Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. République du Ghana*, Aff. n°ARB/07/24, §§123-124. La juridiction reprend le raisonnement de la sentence *Phoenix action c. République tchèque*. Selon le juge : « *An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention* ».

Washington²⁴ ou respect d'une certaine conception de l'ordre public international²⁵. À titre d'exemple, le CIRDI, dans sa jurisprudence *Plama c. Bulgarie*²⁶, a caractérisé la nécessité de se conformer à la légalité quelle que soit la rédaction de l'accord international invoqué. Dans cette affaire, un investissement énergétique chypriote dans une raffinerie bulgare était protégé par le Traité sur la Charte de l'énergie. Selon le CIRDI, l'interprétation de cet accord doit s'effectuer conformément à son but (qui vise le renforcement de la règle de droit dans le domaine des questions énergétiques²⁷). Partant, le Traité sur la Charte de l'énergie ne pouvait être invoqué afin d'accorder une protection à un investisseur ayant déployé son investissement en violation du droit applicable sur le territoire de l'État d'accueil (en l'espèce une fraude destinée à s'assurer d'un accord de transfert de fonds par les autorités bulgares – la société *Plama* sera condamnée aux frais de procédure supportés par la Bulgarie à hauteur de 7 millions de dollars)²⁸. Cette position ne saurait, malgré tout, être regardée comme imposant, en vertu du principe de bonne foi, le respect du droit de l'État hôte dans toutes ses composantes mais simplement comme exigeant un socle minimal en dessous duquel le comportement suivi serait caractéristique d'un détournement manifeste du dispositif institué. Le périmètre de cette obligation ne saurait donc être trop étendu. La jurisprudence a ainsi refusé d'astreindre l'investisseur au respect des règles internes qui président au développement et à l'aménagement de la performance de l'investissement admis. Seule l'étape de la constitution est visée, libre pour l'investisseur d'opter pour des mesures potentiellement contraires au droit interne lorsqu'il engage ensuite une stratégie d'optimisation de son opération. Un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CPA, dans l'affaire *Yukos c. Fédération de Russie*, a considéré que l'État d'accueil de l'investissement disposait des moyens nécessaires pour faire cesser les illégalités de déploiement²⁹, là où sa réaction est plus difficile lorsqu'il s'agit d'illégalités de constitution. Le respect du droit interne n'a pas à être exigé une fois l'investissement opéré, car c'est l'objet même des traités de protection des investissements que d'autoriser l'investisseur à soulever l'illicéité d'un fait commis par l'État en vertu de son droit interne lors de la réalisation de son investissement³⁰. Malgré l'existence de

²⁴ Cf. en ce sens, pour le cas d'introduction d'une procédure abusive (CIRDI, SA du 17 septembre 2009, *Affaire Cementownia c. Turquie*, Aff. n°ARB (AF)/06/2 ; CIRDI, SA du 13 août 2009, *Affaire Europe Cement Investment & Trade S.A. c. Turquie*, Aff. n° ARB(AF)/07/2 ; CIRDI, Sentence du 27 septembre 2012, *Affaire Quiborax et autres c. Bolivie*, CIRDI, Aff. n°ARB/06/2, décision sur la compétence.

²⁵ L'investisseur voit également la catégorie de ses actes blâmables s'étendre le cadre de la constitution progressive d'un ordre public international. Les cas *World duty free c. Kenya* (CIRDI, sentence du 31 août 2006, Aff. n°ARB/00/7) et *Metal-Tech c. Ouzbékistan* (CIRDI, sentence du 4 octobre 2013, Aff. n°ARB/10/03) illustrent cette tendance. La mauvaise foi analysée à ce stade permet donc de sanctionner l'investisseur qui perd la protection dont auraient dû bénéficier ses opérations en vertu du droit conventionnel.

²⁶ CIRDI, Sentence du 27 août 2008, *Affaire Plama c. Bulgarie*, préc.

²⁷ *Ibidem.*, § 139.

²⁸ *Ibidem.*, § 325(4). Cf. par ailleurs l'étude menée par A. KHACHATURIAN, R. MOLOO, « The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 2011, pp. 1473 et s.

²⁹ CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, préc., § 1355, p. 430.

³⁰ *Ibidem.*

moyens aptes à sanctionner l'investisseur blâmable, la doctrine a pu s'opposer à l'analyse exclusive de son comportement à l'étape préliminaire, qui opère en bloc³¹ et empêche toute variation. On trouve donc également des éléments attestant d'une prise en compte du comportement blâmable à l'étape du fond.

B. — La théorie des « mains propres » employée à l'étape de la détermination du montant de la réparation

13. Les reproches adressables à l'investisseur peuvent également se déployer au fond. Sa conduite peut impacter le montant de la réparation qui lui sera allouée en raison de la violation du traité dont il est victime. La doctrine des « mains propres » est employée pour atténuer la réparation du préjudice subi par le demandeur en raison de la conduite blâmable adoptée. Sa place dans le contentieux transnational est plutôt bien définie, elle intervient en lien avec l'obligation de réparation. Une pénalisation directe de l'attitude de l'investisseur s'opère donc ici et aboutit à l'abaissement de l'indemnisation du dommage subi. Cette doctrine n'est toutefois pas autonome et ne constitue pas un PGD³². Il s'agit d'un avatar du principe de bonne foi³³ qui n'est employable, dans ce contentieux, qu'à l'étape du fond. C. ROUSSEAU avance qu'« il n'est pas possible de considérer la théorie des mains propres comme une institution du droit coutumier général »³⁴. Dans le même sens, pour J. SALMON « le débat relatif aux mains propres n'a rien d'un débat d'irrecevabilité »³⁵. Cet auteur va jusqu'à qualifier cette théorie de « dangereuse » lorsqu'elle est traitée à l'étape de la recevabilité, car « elle est contraire à une bonne administration de la justice si le requérant a un accès direct à la juridiction pour y faire valoir un droit propre qu'il tient du droit international »³⁶. À l'inverse, Sir G. FITZMAURICE estime que celui « qui demande réparation, doit avoir les mains propres [...], un État qui se rend coupable d'une conduite illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in iudicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites »³⁷.

14. La prise en compte de la conduite fautive n'aboutit pas à la suppression de la réparation mais à sa modération, en fonction du rôle causal de la conduite tenue dans la

³¹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.* Pour l'auteur : « Dans tout système juridique, la violation du droit n'est nullement un obstacle à la saisine d'une juridiction. (...) [Le tribunal peut analyser ce respect] en application des règles de ventilation de la responsabilité. (...) Il importera néanmoins, affaire après affaire, de démêler précisément les tenants et les aboutissants de l'espèce et aucune solution définitive ne peut être ici évoquée de manière absolue ».

³² CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, § 1359.

³³ Cf. en ce sens l'analyse réalisée par le professeur A. PELLET, agissant en qualité de conseil de la République islamique d'Iran, dans l'affaire des *Plateformes pétrolières* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique) : CIJ, Compte rendu de l'audience publique tenue le mercredi 19 février 2003, à 15 heures, au Palais de la Paix, sous la présidence de M. SHI, président, *document CR 2003/8*, p. 16.

³⁴ C. ROUSSEAU, *Droit international public*, t. II, Paris, Sirey, 1974, p. 177.

³⁵ J. SALMON, « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », *op. cit.*, p. 266.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ G. FITZMAURICE (G.), « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *RCADI*, vol.92, 1957, p. 119.

réalisation du dommage. Tous les actes fautifs ne produiront donc pas d'effet, seuls ceux étudiés par le truchement de la potentielle contribution à la réalisation du préjudice seront utilisés. Selon B. STERN, la théorie des mains propres ne se distingue pas de la théorie générale de la causalité³⁸. En cas de conduite fautive de la victime, seuls les actes présentant un lien causal avec le fait internationalement illicite de l'État sont susceptibles d'être pris en compte pour diminuer le montant de la réparation. Il faut également noter que la conduite blâmable de l'investisseur pourra être saisie par son obligation de modération des pertes. Selon cette obligation (entendue à l'étape de la responsabilité), la partie lésée par le fait internationalement illicite « qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités »³⁹. Une fois de plus, l'attitude blâmable entendue dans son intégralité n'est pas en jeu, seuls les faits consécutifs au dommage sont concernés, s'ils présentent un lien causal avec le fait internationalement illicite de l'État. Dans l'affaire *Yukos*, 16 milliards de dollars ont été retranchés à la somme totale allouée (ce qui correspond à 25% du préjudice). Dans le cas d'espèce, c'est la fraude par la construction d'une stratégie d'optimisation fiscale destinée à échapper massivement à l'impôt⁴⁰ qui a été utilisée pour moduler le montant de la réparation allouée à l'investisseur. Si l'utilisation du comportement blâmable trouve certaines applications dans le cadre du règlement des différends relatifs à l'investissement, son analyse demeure très partielle car dépendante d'institutions particulières. La protection substantielle de son côté n'envisage qu'indirectement son utilisation (§2).

§ 2. — UNE PÉNALISATION INDIRECTE : LE COMPORTEMENT BLÂMABLE DANS LA PROTECTION SUBSTANTIELLE DE L'INVESTISSEMENT

15. Au sein de l'ensemble normatif dédié à garantir aux opérateurs économiques « une protection substantielle contre les agissements des Etats sur le territoire desquels ils entendent mener leurs activités »⁴¹, de nouveaux moyens apparaissent pour sanctionner l'attitude de l'investisseur blâmable. À la différence de l'étape précédente, à l'occasion de laquelle l'investisseur peut être directement sanctionné, on ne trouve, dans les règles de protection substantielle, que quelques indices d'un mouvement de rééquilibrage de la matière. L'investisseur tend à devenir débiteur de nouvelles obligations internationales susceptibles d'ouvrir de nouveaux espaces de responsabilité (A). Ce mouvement s'analyse dans le cadre plus global d'une recherche de

³⁸ B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Publication de la RGDI, Nouvelle série, n° 22, Paris, éd. Pedone, 1973, p. 312.

³⁹ CIJ, 25 septembre 1997, Arrêt, *Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *Rec. 1997*, § 80, p. 55.

⁴⁰ CPA, Sentence finale du 18 juillet 2014 (fond), *Affaire Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Fédération de Russie*, §§ 1633-1637.

⁴¹ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, *op. cit.*, p. 295.

responsabilité des entreprises multinationales au sein de laquelle l'investisseur est omniprésent (B).

A. — L'extension spécifique des obligations placées à la charge de l'investisseur

16. On observe une tendance à l'approfondissement de la réciprocité. Pour la doctrine, il s'agit (à la lumière des obligations liées à la protection des droits de l'homme) d'un point « sur lequel le droit des investissements est appelé à évoluer le plus »⁴². L'investisseur est désormais astreint à de nouvelles obligations qui rééquilibrent quelque peu la dimension unilatérale de la discipline. Ces obligations ouvrent, en conséquence, différentes opportunités de sanction. A titre d'exemple, il convient de citer les dispositions insérées dans le Code panafricain des investissements, adopté le 26 mars 2016 par le Conseil économique et social des Nations Unies et par l'Union africaine, qui prévoient un chapitre exclusivement dédié aux obligations de l'investisseur⁴³. Ce Code propose un cadre relatif à la gouvernance d'entreprise qui prévoit que « les investissements doivent être conformes aux normes nationales et internationales de gouvernance d'entreprise dans le secteur concerné, en particulier en ce qui concerne la transparence et les pratiques comptables »⁴⁴. Cet acte insiste également sur le respect du droit des travailleurs⁴⁵, des droits de l'homme⁴⁶ et sur la responsabilité sociale des entreprises. Le code prévoit que l'investisseur contribue au « progrès économique, social et environnemental dans le but de réaliser le développement durable des Etats d'accueil »⁴⁷. De tels engagements soulèvent des interrogations en terme d'effectivité, car il risque d'être difficile de caractériser une atteinte si aucun engagement précis dans ce domaine n'est pris, la notion de *progrès* étant particulièrement polysémique.

17. Au delà de ces perspectives de modifications conventionnelles, on constate, dans la jurisprudence arbitrale récente, un exemple qui tend à faire de l'investisseur le débiteur d'obligations internationales dans le cadre de la protection – autres que celles associées à la bonne foi et évoquées au titre de la protection procédurale. C'est le cas de la sentence rendue par une formation arbitrale CNUDCI dans l'affaire *Al Warraq c. Indonésie* du 15 décembre 2014. Dans ce contentieux, le Tribunal a établi que l'accord de protection des investissements applicable entre l'Arabie Saoudite et l'Indonésie (Accord de l'Organisation de la coopération islamique⁴⁸) met à la charge de

⁴² *Ibidem.*, p. 451.

⁴³ Nations Unies, Conseil économique et social et Union africaine, Comité d'experts de la Commission économique pour l'Afrique, « Code panafricain des investissements » du 26 mars 2016, document E/ECA/COE/35/18 - AU/STC/FMEPI/EXP/18(II), ch. IV, art. 15 et s. Ces articles prévoient notamment des obligations socio-politiques, environnementales, d'éthique commerciale.

⁴⁴ *Ibidem.*, art. 15.

⁴⁵ *Ibidem.*, art. 16-1-e.

⁴⁶ *Ibidem.*, art. 20.

⁴⁷ *Ibidem.*, art. 18-3.

⁴⁸ *Agreement on promotion, protection and guarantee of investments among member States of the Organisation of the Islamic Conference*, Art. 9: « The investor shall be bound by the laws and regulations

l'investisseur une obligation conventionnelle de respect du droit de l'État hôte (tout comme de l'ordre public et de la morale)⁴⁹. Cette obligation ne touche pas ici exclusivement la constitution de l'opération – comme c'est le cas classiquement – mais semble s'étendre aux opérations engagées pour assurer la performance de l'investissement. Cette analyse découle de l'étude, par la juridiction, de la licéité des contre-mesures adoptées par l'État à l'encontre de l'investisseur⁵⁰. Si le tribunal rappelle l'asymétrie de la protection des investissements⁵¹, il ne s'oppose pas à ce que l'investisseur soit désormais astreint à des obligations en vertu du droit international, ouvrant ainsi la voie à ce que des contre-mesures lui soient appliquées. Selon cette approche, des contre-mesures seraient ainsi envisageables à l'encontre de l'investisseur (à condition d'être proportionnées à l'illicéité initiale). Il demeure toutefois difficile d'en délimiter le périmètre exact (seules celles atteignant les droits fondamentaux de l'investisseur semblent strictement exclues)⁵².

18. Ce mouvement est restreint et dépend surtout du contenu de l'accord ; il n'existe pas d'obligation implicite mise à la charge de l'investisseur et dérivant du principe de bonne foi, comme à l'étape de la protection procédurale. Toutefois, pour A. NEWCOMBE et J.-M. MARCOUX, il s'agit de l'évolution vers laquelle tendent les futurs accords de protection des investissements : un régime symétrique dans lequel les investisseurs étrangers ont des droits et des obligations internationaux. Les Etats n'imposeront plus le seul respect de la légalité interne mais imposeront également des obligations tirées du droit international des droits de l'homme ou des standards du droit de l'environnement et du développement durable⁵³.

19. Une pénalisation indirecte du comportement de l'investisseur peut enfin intervenir au stade de la protection substantielle lorsque la juridiction analyse la similarité des circonstances dans le cadre de l'étude des clauses de non-discrimination.

in force in the host state and shall refrain from all acts that may disturb public order or morals or that may be prejudicial to the public interest. He is also to refrain from exercising restrictive practices and from trying to achieve gains through unlawful means ».

⁴⁹ CNUDCI, Sentence du 15 décembre 2014, *Affaire Hesham Talaat M. Al Warraq c. République d'Indonésie*, § 663.

⁵⁰ *Ibidem.*, §§ 655-672.

⁵¹ *Ibidem.*, § 659. Selon la formation arbitrale : « *Counterclaims are problematic in investment arbitration because of the 'inherently asymmetrical character' of an investment treaty. However, as a matter of principle "tribunals should be able to hear closely connected investment counterclaims arising under the investment contract. Otherwise the maxim pacta sunt servanda operates in only one direction"*(*James Crawford Treaty and Contract in investment Arbitration, the 22nd Fresh fields Lecture on International Arbitration, London 29, November 2007, page 17*) ».

⁵² Au terme d'un mouvement autorisant les contre-mesures, une action de l'État contre l'investisseur pourrait être envisageable dans l'ordre international. Les barrières à de tels recours restent nombreuses. Aujourd'hui, si l'investisseur consent à la juridiction par l'introduction de sa requête, demain, l'introduction de l'action par l'Etat impliquerait d'autres difficultés, notamment à l'étape d'établir le consentement de l'investisseur. Une évolution semble possible par l'imposition, comme condition d'admission de l'investissement, d'un volet procédural. Cf. en ce sens les analyses de A. NEWCOMBE, J.-M. MARCOUX, « Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia – Imposing international obligations on foreign investors », *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 30 (3), 1^{er} octobre 2015, p. 532.

⁵³ A. NEWCOMBE, J.-M. MARCOUX, « Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia – Imposing international obligations on foreign investors », *op. cit.*, p. 532.

Pour la doctrine « le fait qu'un investisseur soit en position de porter atteinte aux droits de l'homme peut justifier qu'il ne soit pas considéré comme se trouvant dans les mêmes circonstances que les autres investisseurs étrangers et qu'il puisse, dès lors, être soumis à un traitement différent »⁵⁴. Cette possibilité, endossée par la jurisprudence⁵⁵, confère aux juridictions saisies la faculté de moduler la protection due à l'investisseur en prenant en considération le comportement blâmable dont il aura pu se rendre coupable dans le déploiement de son opération. Il apparaît néanmoins que l'insertion d'obligations internationales dans le domaine des droits l'homme demeure une voie plus adaptée et mieux prévisible afin de parvenir à un rééquilibrage de la protection.

B. La recherche générale d'une responsabilité internationale des entreprises multinationales

20. L'extension des obligations à la charge des multinationales (et par conséquent, pour une part, des investisseurs) n'est pas un débat nouveau⁵⁶. Cette thématique a donné lieu à l'adoption de divers actes incitatifs au titre desquels peuvent être cités les « principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales » adoptés par l'OCDE en 1976 et régulièrement révisés⁵⁷. Cette question a, à nouveau, occupé récemment l'attention des internationalistes⁵⁸ et des praticiens⁵⁹ afin d'identifier des pistes de réponses aux problématiques qu'elle soulève. Des mouvements de responsabilisation sont engagés, mais l'astreinte des investisseurs au respect d'obligations internationales spécifiques est délicate. En conséquence tout mouvement de pénalisation apparaît lointain et dépendant de modifications d'ampleur. La transformation d'un système asymétrique en un dispositif rééquilibré suppose des mouvements matriciels de l'ordre juridique international que le droit international des investissements ne peut porter seul. Si la personne (qu'elle soit physique ou morale) devient un sujet plus complet de droit international par l'approfondissement des obligations qui sont à sa charge, ses droits devront également être renforcés et son accès au système juridictionnel international ne pourra plus se restreindre à certains espaces de protection des droits de l'homme ou de protection de ses investissements.

⁵⁴ A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, op. cit., 2017, p. 452.

⁵⁵ *Ibidem*. L'auteur cite au soutien de ses constatations : CNUDCI, Sentence du 11 juin 2007, *Affaire United Parcel Services c. Canada*, §§173 et s. ou encore CIRDI, Sentence du 11 septembre 2007, *Affaire Parkering-Compagniet AS c. Lituanie*, Aff. n°ARB/05/8, § 392.

⁵⁶ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 45/186 relative au « Code de conduite des sociétés transnationales » du 21 décembre 1990, document A/RES/45/186. L'Assemblée générale renvoie aux travaux menés dans le cadre du Conseil économique et social des Nations Unies.

⁵⁷ OCDE, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », *préc.*

⁵⁸ Cf. en ce sens, les travaux de la SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, actes du 50^e colloque de la SFDI organisé à Paris 8 Vincennes, Saint Denis du 19 au 21 mai 2016, éd. Pedone, Paris, 2017, 521 p., spéc. M. M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », pp. 295 et s.

⁵⁹ Association SHERPA, Travaux de Y. QUEINNEC sous la direction de W. BOURDON, « Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales – un statut juridique en mutation », juin 2007, 48 p, consultable (en ligne) le 15 octobre 2017 : < https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/11/SHERPA_OCDE.pdf >.

21. En l'état du droit positif, le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, considère que : « le terme de “responsabilité”, plutôt que d’“obligation”, indique que respecter les droits n'est pas une obligation imposée directement aux entreprises par le droit international relatif aux droits de l'homme, même si certaines lois nationales en reprennent quelques principes. À l'échelon international, la responsabilité des entreprises de respecter les droits est une norme de comportement éthique reconnue par presque tous les instruments volontaires ou juridiquement non contraignant se rapportant à la RSE, norme aujourd'hui confirmée par le Conseil lui-même »⁶⁰. Partant, il faut remarquer que le règlement juridictionnel international ne dispose ni des fonctions ni des moyens nécessaires au contrôle de ces normes et que seules des options telles que, par exemple, le recours aux mécanismes des points de contact nationaux paraissent en capacité de répondre aux demandes introduites par certaines victimes⁶¹.

22. Il convient enfin de constater que les juridictions pénales internationales ne sont pas exemptes du mouvement contemporain de responsabilisation. Si les seules incriminations internationales susceptibles d'engendrer la sanction d'un investisseur sont extérieures au droit des investissements (crime de guerre, crime de génocide, crime d'agression, crime contre l'humanité), la CPI, dans son dernier document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires, a mentionné son intérêt pour les procédures engagées contre les activités participant à la destruction de l'environnement ou à l'accaparement des terres⁶². En l'état du mandat de la Cour, seule l'invocation de la responsabilité d'un individu agissant en qualité de dirigeant pourrait être recherchée si son opération d'investissement a supporté la réalisation d'un crime⁶³. Le contentieux dans ce domaine est exclusivement exercé à l'échelle nationale⁶⁴ – la responsabilité des sociétés dans l'ordre juridique international n'étant pas invocable. Pourtant certains investisseurs aident ou assistent la commission de crimes de droit international qui n'auraient pas eu lieu dans les mêmes conditions sans les fonds qu'ils transfèrent. Pourtant, ils demeurent en dehors du contrôle qu'exercent les juridictions

⁶⁰ Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, quatorzième session, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, « Entreprises et droits de l'homme : nouvelles mesures pour la mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» du 9 avril 2010, document A/HRC/14/27, § 55, p. 14.

⁶¹ M. GUIMEZANES, « L'affaire SOCAPALM (PCN français, belge et luxembourgeois) : une illustration des potentialités ouvertes par les points de contact nationaux pour garantir l'effectivité des principes directeurs de l'OCDE », in *L'entreprise multinationale et le droit international*, actes du 50^e colloque de la SFDI organisée à Paris 8 Vincennes, Saint Denis du 19 au 21 mai 2016, Pedone, Paris, 2017, pp. 345 et s.

⁶² CPI, Bureau du procureur, « Document de politique générale relatif à la sélection et à la hiérarchisation des affaires », 15 septembre 2016, § 7, pp. 4-5.

⁶³ P. AMBACH, « International criminal responsibility of transnational corporate actors doing business in zones of armed conflict », in F. BAETENS (dir.), *Investment Law within International Law - Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, pp. 51-82.

⁶⁴ Cf. en ce sens l'étude menée par O. DE SCHUTTER, « Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *AFDI*, 2006, pp. 55-101.

internationales répressives. Cette exclusion n'est pas nouvelle et ressort d'une maxime bien établie en droit international selon laquelle *societas delinquere non potest*⁶⁵. L'actualité immédiate illustre cette insuffisance. Les poursuites engagées contre le cimentier franco-suisse LafargeHolcim Ltd plaident en faveur d'une extension de l'action répressive internationale. Dans cette affaire, le groupe, investisseur en Syrie, est accusé de financement du terrorisme et de complicité de crime de guerre et de crime contre l'humanité en raison des rançons qu'il aurait versé au groupe Daech afin de maintenir l'activité économique d'une de ses usines dans une zone contrôlée par ce groupe⁶⁶. Plusieurs dirigeants de cette société ont été mis en examen et placés sous contrôle judiciaire le 8 décembre 2017 par la justice française⁶⁷. Ils devront répondre de faits qui semblent établir que des fonds ont été remis à des tiers afin de maintenir l'activité économique par la conclusion d'arrangements avec des groupes armés impliqués dans le conflit syrien, dont certains étaient visés par des sanctions internationales (Ansar-Al-charia et le groupe Daech notamment)⁶⁸. Si l'action répressive engagée en France permettra de faire la lumière sur ces activités, celle-ci, cantonnée à la sphère interne, ne disposera pas de moyens destinés à poursuivre l'ensemble des protagonistes impliqués.

*

* *

23. Une des solutions les plus adaptées aux contingences de l'ordre juridique international afin de réagir efficacement au comportement blâmable de l'investisseurs semble de multiplier les obligations de respect du droit de l'État hôte (comme cela existe déjà) et de les spécifier à des domaines particuliers conformément aux standards

⁶⁵ A.-L. VAURS-CHAUMETTE, « Les personnes pénalement responsables », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), Publication du CEDIN, Pedone, Paris, 2012, p. 478.

⁶⁶ Cf. en ce sens le dossier de presse publié par l'Association SHERPA qui s'est constituée, avec d'autres plaignants, partie civile dans cette affaire : « Lafarge poursuivi pour financement de terrorisme », 15 novembre 2016, consultable (en ligne) le 15 octobre 2017 : < https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2016/11/Dossier-de-presse_Lafarge-poursuivi-pour-financement-de-terrorisme.pdf >.

⁶⁷ Cf. en ce sens les informations communiquées dans la presse : « Trois responsables de Lafarge, dont l'ex-PDG Bruno Lafont, mis en examen », *Les Echos*, publication en ligne du 8 décembre 2017. Selon l'article : « Bruno Lafont et Christian Herrault sont mis en examen des chefs de financement d'une entreprise terroriste, de mise en danger de la vie d'autrui et de violation de la réglementation relative aux relations financières avec l'étranger ».

⁶⁸ Les travaux du Groupe d'action financière (GAFI), « Financing of the Terrorist Organisation Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) », 2015, ont mis en lumière les différentes sources de financement du groupe Daech au titre desquels figurent la captation des revenus générés par l'industrie de matière première et de produits raffinés (spéc. p.16), consultable (en ligne) le 15 octobre 2017 : < <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-of-the-terrorist-organisation-ISIL.pdf> > ; La presse a également relaté la position officielle du groupe LafargeHolcim sur cette question, qui a admis que des arrangements « inacceptables » avaient été conclus : *Lemonde.fr*, « Syrie : LafargeHolcim reconnaît que son usine a financé des groupes armés », 2 mars 2017, consultable (en ligne) le 15 octobre 2017 : < http://www.lemonde.fr/international/article/2017/06/13/activites-de-lafarge-en-syrie-information-judiciaire-ouverte-trois-juges-designes_5143483_3210.html >.

internationaux applicables (droits humains, environnement, droit du travail)⁶⁹. L'intégration d'une obligation de se conformer aux droits de l'homme tels qu'ils sont appliqués sur le territoire de l'État d'accueil permettrait d'approfondir le mouvement de responsabilisation sans porter de modifications d'ampleur des équilibres qui prévalent. Toutefois, d'autres moyens devront être mobilisés car les clauses de conformité à la législation ont révélé leur insuffisance pour sanctionner, à elles-seules, le comportement blâmable. De nouvelles obligations ou techniques pourront chercher à insuffler un rééquilibrage par la modification du contenu des obligations mises à la charge de l'investisseur⁷⁰. Les obligations de conduite pourraient ainsi se multiplier. Elles amèneraient toutefois un nouvel ensemble de questions, liées notamment aux conditions de leur exécution. Pour être efficace, la poursuite de leur violation nécessiterait d'être engagée dans un cadre autre, que celui, restreint, des demandes reconventionnelles introduites par l'État attrait devant une formation arbitrale par l'investisseur. Les perspectives restent donc ouvertes et le rééquilibrage souhaité en mesure d'être initié.

⁶⁹ Cf. notamment les propositions portées par l'Institut international du développement durable, « Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD), Guide du négociateur », 2006, art. 11 à 17.

⁷⁰ Cf. en ce sens les moyens listés par M. M. MBENGUE, « Les obligations des investisseurs étrangers », *in L'entreprise multinationale et le droit international*, actes du 50^e colloque de la SFDI organisée à Paris 8 Vincennes, Saint Denis du 19 au 21 mai 2016, Pedone, Paris, 2017, pp. 295 et s.