

UNITÉ ET DIVERSITÉ
DU DROIT INTERNATIONAL

*Ecrits en l'honneur du Professeur
Pierre-Marie Dupuy*

UNITY AND DIVERSITY
OF INTERNATIONAL LAW

*Essays in Honour of Professor
Pierre-Marie Dupuy*

Edited by

Denis Alland, Vincent Chetail,
Olivier de Frouville & Jorge E. Viñuales

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS

CHAPITRE TRENTE-CINQ

NOTES SUR LA « FRAGMENTATION » DU DROIT INTERNATIONAL : DROIT DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX ET DROITS DE L'HOMME

Alain Pellet*

L

Associée au droit international, la « fragmentation » est une notion à la mode même si sa nature reste incertaine : s'agit-il d'un « concept »¹ ? ou n'est-ce qu'un terme chic et commode pour désigner un phénomène difficilement saisissable² ?

Le mot a été popularisé lorsque la Commission du Droit international a inscrit dans son programme à long terme le thème : « Les risques que pose la fragmentation du droit international »³ et a constitué un groupe d'étude sur le sujet. Dans le cadre de cet exercice, la « fragmentation » a été définie comme « l'apparition de

* Professeur à l'Université Paris-Ouest, Nanterre La Défense ; ancien Président de la Commission du Droit international des Nations Unies ; Associé de l'Institut de Droit international. J'adresse de très vifs remerciements à Benjamin Samson, pour l'aide qu'il m'a apportée dans les recherches préalables et la finalisation de cette contribution – qui est issue d'une conférence donnée à la Harvard Law School dans le cadre d'une journée d'étude organisée le 6 avril 2012 par le *Harvard Human Rights Journal* (Symposium : Fragmentation – Human Rights & International Investment Law).

¹ Selon le dictionnaire *Larousse online*, un concept est une « idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances » (disponible à l'adresse suivante : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/concept/17875>).

² Le bénéficiaire de ces lignes semble l'assimiler aux *self-contained regimes* qui ne seraient que des régimes *sui generis* (v. P.M. Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 297, 2002, 90 et 436) ; il me semble que les deux phénomènes (postulés) ne se recouvrent pas complètement ; et je ne suis pas non plus convaincu que l'expression latine traduise exactement « régimes se suffisant à eux-mêmes » ; mauvais début pour une contribution à des *Mélanges* ! Mais, pour l'essentiel, on le verra, je suis en très large accord avec ce que P.-M. Dupuy a écrit sur ou autour du thème de ces « notes ».

³ Assemblée Générale des Nations Unies (AGNU), *cinquante-cinquième session, Supplément no 10*, UN Doc. A/55/10, chap. IX.A.1, para. 729.

règles ou d'ensembles de règles, d'institutions juridiques et de domaines de pratique juridique spécialisés et (relativement) autonomes »⁴. En 2006, le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international, très efficacement animé par Martti Koskeniemi, a adopté ses conclusions. Ce document a pour sous-titre « Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international »⁵, le terme « difficultés » ayant été préféré à « risques »⁶. Et, pour de bonnes raisons : la diversification et l'expansion du droit international ne simplifient assurément pas la vie des juristes, mais elles peuvent être considérées comme une source de progrès et d'enrichissement du droit international.

On peut cependant avoir des doutes sur la portée et la profondeur de ce phénomène. Certes, le droit international est en expansion constante et devient de plus en plus techniquement sophistiqué ; il n'existe plus de « domaine réservé » ; plus de « matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international » et pour lesquelles « chaque État est seul maître de ses décisions »⁷. Aujourd'hui, il n'est aucun aspect des relations entre les États ou entre les êtres humains qui ne soit régi – ou susceptible d'être régi – par le droit international.

Mais à vrai dire, s'il existe une « fragmentation », elle se trouve davantage dans l'esprit des juristes, qu'ils soient enseignants, chercheurs ou praticiens, qui, à cause de cette complexification et de cette extension du droit international, se spécialisent à l'excès dans un domaine particulier – soit par paresse intellectuelle (il est plus rassurant de s'enfermer dans sa boîte noire que d'affronter la complexité des choses), soit par goût (certains trouvent plus excitant de s'intéresser aux droits de l'enfant ou à la protection des baleines que d'essayer de comprendre les mécanismes austères du système de responsabilité en droit international ou de résoudre les mystères de la formation de la coutume). Ils ne sont plus « juristes de droit international », mais « droits-de-l'hommes », « environnementalistes », « investissementistes », voire « droit-de-la-meristes », lorsqu'ils ne se posent pas eux-mêmes en tant que spécialistes du plateau continental, des droits culturels, ou de la conservation des rhinocéros blancs. Le droit international n'est pas fragmenté – ou plutôt, s'il se fragmente, c'est surtout parce que les universitaires et les praticiens en traitent de manière fragmentée⁸.

⁴ *Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international : Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, UN doc. A/CN.4/L.682, II, para. 8.

⁵ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session*, UN Doc. A/61/10, 2006, 426-443, para. 251.

⁶ Sur le changement du titre du sujet, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (2002) (A/57/10), *Annuaire de la Commission du Droit International*, II, 2002, 2^e partie, 103, para. 500.

⁷ Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif, 7 février 1923, Série B No 4, 23-24.

⁸ Dans le même sens, voir Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 436.

2.

Il y d'ailleurs quelque paradoxe à parler de fragmentation dans un monde globalisé. On s'attendrait à ce que, dans le « village global » popularisé par Marshall McLuhan⁹, tous les acteurs, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises privées ou des autorités publiques, soient soumis à des règles uniformes dans des situations similaires. En ce sens, la mondialisation (ou l'internationalisation) des sociétés humaines (ou peut-on utiliser le singulier : « de la société humaine » ?) semble être un bouclier contre la fragmentation des règles juridiques. Selon la définition claire et équilibrée donnée par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) :

Globalization, or the increased interconnectedness and interdependence of peoples and countries, is generally understood to include two interrelated elements: the opening of borders to increasingly fast flows of goods, services, finance, people and ideas across international borders; and the changes in institutional and policy regimes at the international and national levels that facilitate or promote such flows¹⁰.

Si on accepte cette définition, la notion « post-moderne » de droit global¹¹ est clairement « défragmentante » en ce qu'elle nie ou, du moins, défie les limites des bons vieux États souverains – dont la coexistence souveraine et sourcilleuse était et demeure le facteur principal de la fragmentation du droit international. Mais on notera également que la définition de l'OMS est « *economy-oriented* ». À l'en croire, le monde semble se réduire à une sorte de zone de libre-échange dont le seul objectif est d'augmenter la productivité économique tout en ignorant totalement le but ultime qui est – ou devrait être – le bien-être de la population – ou des peuples – de ce monde unifié. D'où la définition vindicative donnée par les militants antimondialistes du Forum international sur la mondialisation:

Globalization is the present worldwide drive toward a globalized economic system dominated by supranational corporate trade and banking institutions that are not accountable to democratic processes or national governments¹².

3.

Il n'est pas besoin de trancher entre la définition économiquement étriquée de l'OMS et celle, grinçante, des antimondialistes ; il suffit de constater que leur

⁹ M. McLuhan, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, Toronto, University of Toronto Press, 1962, 293.

¹⁰ Glossaire de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), disponible à l'adresse suivante : <http://www.who.int/trade/glossary/story043/en/index.html> (page non disponible en français).

¹¹ Voir B. Kingsbury et A. Pellet, « Views on the Development of a Global Administrative Law », in C. Bories (dir.), *Un droit administratif global ?/A Global Administrative Law?*, Actes du Colloque du Centre de Droit international de Nanterre (CEDIN) des 16 et 17 juin 2011, Paris, Pedone, 2012, II-23.

¹² International Forum on Globalization, Analysis, disponible à l'adresse : <http://www.ifg.org/analysis.htm>.

confrontation pose un problème fondamental : peut-on, dans le monde global, concilier les intérêts économiques (privés – puisque, à tort ou à raison, ils sont considérés comme les meilleurs promoteurs du développement), et le respect des normes protectrices de l'ordre public international, à commencer par celles qui garantissent les droits fondamentaux de la personne humaine ?

La présente contribution ne permet évidemment pas de couvrir, même cursivement, tout le champ de cette vaste question. Tout au plus peut-elle être l'occasion de s'interroger sur la manière dont le droit des investissements prend en compte le « droit des droits de l'homme » et, inversement, de se demander si et comment celui-ci tient compte des règles de celui-là – étant entendu que ces notes cursives ne prétendent nullement à une grande rigueur scientifique ni, moins encore, à l'exhaustivité.

Néanmoins, même si on la détermine de manière purement empirique, l'intensité des « interactions normatives »¹³ qui peuvent exister entre ces deux systèmes peut renseigner sur la réalité, les limites, les « risques » éventuels de la fragmentation, et les « difficultés » en découlant.

4.

Droit de l'investissement et droit des droits de l'homme se prêtent d'autant plus à une étude croisée qu'ils présentent tous deux des caractères communs qui les rapprochent au sein de la vaste famille des droits des relations internationales¹⁴ – ces systèmes juridiques qui, ne se limitant pas au droit entre

¹³ Voir L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte & S. Touzé (dir.), *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone (Collection : Cahiers Européens), 2012.

¹⁴ Ceci explique sans doute que les relations entre les deux systèmes aient déjà fait l'objet de nombreuses études parmi lesquelles on peut citer : O. De Schutter, « Foreign Direct Investment, Human Development and Human Rights : Framing the Issues », *Human Rights & International Legal Discourse*, 3(2), 2009, 137-176 ; P.M. Dupuy, F. Francioni & E.U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, XLVIII-597 ; A. Al. Faruque, « Mapping the Relationship Between Investment Protection and Human Rights », *The Journal of World Investment and Trade*, 11(4), 2010, 539-560 ; J.D. Fry, « International Human Rights Law in Investment Arbitration : Evidence of International Law's Unity », *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, 2007, 77-149 ; F. Horchani, « Les droits de l'homme et le droit des investissements internationaux », in L. Boy, J.-E. Racine & F. Siirainen (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, 139-166 ; P. Kahn, « Investissements internationaux et droits de l'homme », in F. Horchani (dir.), *Où va le droit international de l'investissement? : désordre normatif et recherche d'équilibre : actes du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, 2007*, Paris, Pedone, 95-109 ; U. Kriebaum, « Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration », *The Journal of World Investment and Trade*, 10, 2009, 653-677 ; L. Liberti, « Investissements et droits de l'homme », in P. Kahn & T.W. Wälde (eds.) *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*,

les États, se combinent pour constituer l'encadrement juridique complexe de ces relations. L'un comme l'autre régissent, essentiellement – mais pas exclusivement – les rapports entre États d'une part et personnes privées d'autre part tout en encadrant aussi les relations interétatiques dans ces deux domaines¹⁵. Et l'un et l'autre ont secrété des mécanismes non nationaux¹⁶ et efficaces de règlement des différends, qui contrastent avec la quasi-absence de juge qui caractérise le droit international général¹⁷.

S'agit-il pour autant d'ordres juridiques autonomes ? ou de simples branches du droit international général ? Bien qu'apparemment théorique, la question n'est pas purement académique : les interactions entre deux systèmes normatifs sont

Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 791-852 ; H. Mann, *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, International Institute for Sustainable Development, February 2008 ; L.E. Peterson & K.R. Gray, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, International Institute for Sustainable Development, April 2003 ; L.E. Peterson, *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the Role of Human Rights Law within Investor-State Arbitration*, Right & Democracy, 2009 ; Y. Radi, « Realizing Human Rights in Investment Treaty Arbitration : A Perspective from within the International Investment Law Toolbox », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 37(4), 2012, 1107-1185 ; M. Ruffert, « The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights », *German Yearbook of International Law*, 2001, 116-148 ; M.W. Sheffer, « Bilateral Investment Treaties : a Friend or Foe to Human Rights? », *Denver Journal of International Law and Policy*, 39(3), 2011, 483-521 ; B. Simma, « Foreign Investment Arbitration : A Place for Human Rights? », *International and Comparative Law Quarterly*, 60(3), 2011, 573-597 ; B. Simma & T. Kill, « Harmonizing Investment Protection and International Human Rights : First Steps towards a Methodology », in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2009, 678-707 ; C. Tomuschat, « The European Court of Human Rights and Investment Protection », in *International Investment Law for the 21st Century*, 636-656 ; UNCTAD, Selected Recent Developments, *IIA Arbitration and Human Rights*, No 2, 2009 ; ou J. Wouters & N. Hachez, « When Rules and Values Collide : How Can a Balanced Application of Investor Protection Provisions and Human Rights Be Ensured », *Human Rights & International Legal Discourse*, 3(2), 2009, 301-344.

¹⁵ On peut douter que l'encadrement juridique des relations, même transfrontières, entre les seules personnes privées réponde à la même logique. La *lex mercatoria*, qui concerne les relations commerciales et, peut-être, financières, entre les acteurs économiques privés, s'est développée dans les interstices du droit des États. Le présent article ne concerne pas ce droit sans l'État (voir A. Pellet, « La *lex mercatoria*, 'tiers ordre juridique' ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, 53-74.).

¹⁶ On dira plus volontiers « internationaux » s'agissant du droit des droits de l'homme et « transnationaux » dans le cadre du droit de l'investissement.

¹⁷ « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire l'objet en dernier ressort d'une procédure juridique [il faut sans doute lire « juridictionnelle »] a toujours constitué la règle plutôt que l'exception », Cour Internationale de Justice (CIJ), *Sud-Ouest africain (2^{ème} phase)*, arrêt, 18 juillet 1966, CIJ Recueil 1966, 46.

sans aucun doute facilitées lorsque ceux-ci relèvent d'un ordre juridique unique, elles se bornent à des « influences », éventuellement réciproques, s'ils constituent deux ordres juridiques distincts¹⁸.

À cet égard, l'auteur de ces lignes a déjà largement pris parti lorsqu'il a commis, il y a quelques années, ce que certains considèrent comme un péché contre les droits de l'homme en dénonçant le « droits-de-l'hommisme »¹⁹, défini comme « cette 'posture' qui consiste à vouloir à toute force conférer une autonomie (qu'elle n'a pas à mon avis) à une 'discipline' (qui n'existe pas en tant que telle à mon avis) : la protection des droits de l'homme »²⁰. Si l'on accepte ces prémisses, la protection internationale des droits de l'homme apparaît pour ce qu'elle est : « un chapitre parmi d'autres du droit international général », au même titre que le droit international de l'économie, dont celui de l'investissement est une section²¹.

5.

Au surplus, il y a droits de l'homme et droits de l'homme. Comme l'écrit Philip Alston, « [i]f every possible human rights element is deemed to be essential or necessary, then nothing will be treated as though it is truly important »²².

Il n'est nullement illégitime d'en avoir une conception large²³ et d'y inclure, les droits de l'homme des trois générations – c'est-à-dire ceux inclus dans les deux Pactes : droits civils et politiques – c'est la première génération, droits économiques, sociaux et culturels – c'est la deuxième génération (mais le nécessaire *substratum* des précédents), et les droits plus globaux de la troisième génération

¹⁸ Voir A. Pellet, préface à Burgorgue *et al.* (dir.), *Les interactions normatives*, 5-12.

¹⁹ Pour une liste des inquiétudes découlant de l'approche des enjeux internationaux et humains exclusivement centrée sur les droits de l'Homme, voir D. Kennedy, « The International Human Rights Movement: Part of the Problem? », *Harvard Human Rights Journal*, 15, 2002, 102-125.

²⁰ A. Pellet, « 'Droits de l'hommisme' et droit international », « Conférence Gilberto Amado » prononcée aux Nations Unies à Genève le 18 juillet 2000 (disponible sur : <http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202000%20-%20Droit%20de%20l%20hommisme%20et%20DI.pdf>). Voir aussi : « 'Human Rightism' and International Law », *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2000, 3-20.

²¹ C'est d'ailleurs le droit international économique que Prosper Weil a défini, à l'occasion d'une polémique célèbre, comme étant « un chapitre parmi d'autres du droit international général » (voir « Le droit international économique, mythe ou réalité ? », in *Société française pour le droit international, Colloque d'Orléans, Aspects du droit international économique*, Paris, Pedone, 1972, 34).

²² Ph. Alston, « Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals », *Human Rights Quarterly*, 27, 2005, 807.

²³ Comprenant le droit international humanitaire.

(comme les droits à l'alimentation et à la santé – qui sont à la jonction des deuxièmes et troisièmes générations, le droit à un environnement sain, le droit à la paix et le droit au développement) qui incluent le « devoir – ou la responsabilité – de protéger ». Toutefois, même s'ils font tous partie du « système des droits de l'homme », il est clair qu'ils n'ont pas tous la même valeur juridique.

5.1.

Certains sont au cœur de ce système et ont acquis le statut de norme impérative du droit international général. Ils appartiennent au *jus cogens*. C'est le cas de la prohibition du génocide, de l'apartheid, de l'esclavage et du trafic d'êtres humains, de la torture, et du droit à la vie (dans certaines limites définies par la loi) et probablement du droit à un procès équitable en matière criminelle lorsque de très sérieuses peines sont en jeu. À ceux-ci s'ajoutent certains droits humains fondamentaux qui doivent être préservés dans des situations de conflits armés.²⁴ En outre, on peut considérer que les droits humains, qui ne sont pas reconnus comme *cogens* ni même obligatoires au plan universel, sont impératifs dans des cercles plus « intégrés » comme l'Europe et l'ensemble des démocraties « occidentales »²⁵.

5.2.

D'autres ont un « simple » statut coutumier mais ne peuvent pas être considérés comme présentant un caractère impératif. On peut inclure dans cette catégorie le droit à la liberté de pensée et de conscience – mais probablement pas les libertés de religion ou d'expression.

5.3.

Ces dernières²⁶ sont bien trop contestées dans les faits pour que l'on puisse les considérer comme des « pratique[s] générale[s] acceptée[s] comme étant le droit ». Mais, bien sûr, lorsque les libertés en question sont incluses dans un traité, leur respect s'impose juridiquement aux États ayant, parfois imprudemment²⁷, ratifié cet instrument. Lorsque ces conditions sont remplies, ces « droits

²⁴ Pas davantage, au moins au plan universel : le consensus sur les droits de l'homme dans la société internationale est fragile et ne permet pas d'aller beaucoup plus loin, sauf si l'on mélange droit et idéalisme, une confusion qui sied aux droits de l'hommes, mais pas aux juristes responsables.

²⁵ Dans l'affaire *Autriche c. Italie*, la Commission européenne des droits de l'homme a fait référence à l'« ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe » (requête n° 788/60, décision, 11 janvier 1961).

²⁶ Il est significatif qu'on les désigne comme des « libertés, et non des « droits » – ce qui n'exclut pas l'existence de droits subjectifs à l'existence d'une liberté.

²⁷ Alors que la Fédération de Russie, le Pakistan ou la Syrie ont ratifié le Pacte sur les droits civils et politiques de 1966, la Chine n'en n'a prudemment pas fait autant.

conventionnels » constituent de la « *hard law* » pour les États en question ; cela est vrai pour tous les droits inclus dans les Pactes, les conventions régionales et tous les traités relatifs aux droits de l'homme, qu'ils protègent un droit particulier ou les droits d'un groupe d'êtres humains particulier (les femmes, les enfants, les travailleurs, les migrants, etc.) ; au sein de ces « droits conventionnels », certains sont immédiatement invocables, c'est le cas de la quasi-totalité des droits civils et politiques, tandis que d'autres sont davantage « programmatoires » et mettent à la charge de l'État une obligation de comportement mais pas de résultat.

En conséquence, il n'est pas toujours simple de définir la limite entre ces droits de deuxième génération et ceux qui appartiennent à la troisième et qui peuvent difficilement être considérés comme juridiquement obligatoires : même s'ils imposent à l'État un « devoir d'agir », ils constituent clairement de la *soft law*, difficilement invocable devant des cours et tribunaux même si ceux-ci peuvent – ou dans certains cas doivent – prendre en considération ces « droits et obligations » recommandés. Mais prendre en considération n'est pas appliquer.

6.

Il semblerait, en conséquence, logique que les tribunaux compétents en matière d'investissement « appliquent » les droits de l'homme de manière différenciée en fonction de cette gradation de leur valeur contraignante – impérative, simplement obligatoire ou recommandée. Il est pourtant difficile de l'affirmer au vu de leur jurisprudence, qui fait aux droits de l'homme, toutes catégories confondues, une place fort restreinte – à l'exception du droit de propriété, qui bénéficie d'une « surprotection », cohérente avec la logique interne du droit de l'investissement, mais que l'on peut considérer comme relevant d'une vision du droit applicable aux relations entre les États et les personnes privées excessivement centrée sur l'intérêt de l'investisseur.

7.

Les hommes d'affaires ne sont généralement pas considérés comme des philanthropes – bien que certains le soient. Mais il appartient aux États de veiller à ce que les investisseurs ne violent pas les droits de l'homme dans la gestion de leurs investissements et les États eux-mêmes sont tenus de respecter leurs engagements en matière de droits de l'Homme quand ils mettent en place des mécanismes de règlement des différends en matière d'investissements. À certains égards, ils le font, mais il faut admettre qu'ils sont plus enclins à protéger les droits des investisseurs plutôt que ceux de la population locale.

Il est fort révélateur à cet égard que les index des principaux manuels de droit des investissements soit ne contiennent tout simplement pas d'entrée relative aux « droits de l'homme », ou, quand ils en comportent une, il s'agit en général exclusivement de références croisées au droit à la propriété – ce qui donne un

certain crédit à la remarque ironique du Professeur José Alvarez selon laquelle le chapitre II de l'ALENA, relatif à l'investissement – mais cela pourrait être dit plus généralement de tous les traités d'investissement – peut être caractérisé comme

'[A] human rights treaty for a special-interest group'²⁸ – namely, foreign investors. Indeed, as he asserts, the NAFTA investment chapter is 'the most bizarre human rights treaty ever conceived,' giving the bulk of the rights to the few and ignoring the rights of those who are otherwise affected by the investment, including individual economic rights, work-related rights as provided by Articles 22 to 24 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), and other rights like the right to education under UDHR Article 26.6²⁹.

8.

On peut admettre en principe que les droits de propriété, de non-discrimination ou à un procès équitable sont effectivement des droits de l'homme. Mais il faut convenir que, lorsqu'ils sont reconnus aux personnes morales, ils restent certainement des « droits » mais seulement marginalement « des droits humains ».

Nonobstant cette nuance, le tableau global est fort positif : les traités d'investissement protègent les droits en question et les tribunaux arbitraux les font respecter scrupuleusement, même si, comme c'est trop souvent le cas dans le droit des investissements, la jurisprudence est loin d'être homogène – fragmentation au sein d'un sous-système, conséquence difficilement évitable du mécanisme très décentralisé de règlement des différends relatifs aux investissements existant tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du CIRDI.

8.1.

Sous réserve de cette observation, le respect des droits de propriété de l'investisseur est probablement l'aspect sur lequel les jurisprudences en matière d'investissement et de droits de l'homme se rencontrent le plus. La plupart des tribunaux d'investissement sont très pointilleux dans l'exigence du respect du droit de propriété comme l'illustre par exemple la définition large généralement retenue d'une « expropriation indirecte »³⁰.

²⁸ J. Alvarez, « Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven », *University of Miami Inter-American Law Review*, 28(2), 1997, 308.

²⁹ Fry, « International Human Rights Law in Investment Arbitration : Evidence of International Law's Unity », 78.

³⁰ Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), *Metalclad Corporation contre Mexique*, affaire no. ARB(AF)/97/1, sentence, 30 août 2000, paras. 103 et 107; CIRDI, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA contre Mexique*, affaire no. ARB(AF)/00/2, sentence, 29 mai 2003, para. 113; CIRDI, *Generation Ukraine, Inc. contre Ukraine*, affaire no. ARB/00/9, sentence, 16 septembre 2003, para. 20(22)765; CIRDI, *Siemens A.G. contre Argentine*, affaire no. ARB/02/8, sentence,

C'est également à propos des droits de propriété que le CIRDI ou d'autres tribunaux arbitraux citent le plus volontiers les conventions régionales des droits de l'homme³¹ ou la jurisprudence des juridictions européenne³² ou interaméricaine³³ des droits de l'homme. Cela ne veut pas dire qu'ils « appliquent » ces instruments, mais ces références contribuent à renforcer la *légitimité* de la décision³⁴, étant entendu que, dans certains cas, les conventions de droits de l'homme sont moins protectrices des droits de l'investisseur que le traité bilatéral, auquel le Tribunal saisi donnera alors la préférence³⁵.

8.2.

On peut faire le même genre de constatations en ce qui concerne le droit à un procès équitable. Il est parfois expressément garanti dans les traités bilatéraux d'investissement eux-mêmes ; ainsi, l'article 5, paragraphe 2(a) du modèle américain de 2012 dispose que: le « 'fair and equitable treatment' includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world ». Et l'élargissement des bases de compétence des

6 février 2007, para. 263 et CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, affaire no. ARB/06/1, sentence, 7 décembre 2011, paras. 327-330. Voir aussi : L.Y. Fortier & S.L. Drymer, « Indirect Expropriation in the Law of International Investment : I Know It When I See It, or Caveat Investor », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 19, 2004, 293-327 ; Ch. Leben, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in Ch. Leben, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement – Nouveaux développements*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, 163-184 ; A. Reinisch, « Expropriation », in P. Muchlinski, F. Ortino et C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 407-459 ; W.M. Reisman & R.D. Sloane, « Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation », *Yale Law School – Faculty Scholarship Series*, Paper 1002, 2004, 115-150 et K. Yannaca-Small, « Indirect Expropriation and the Right to Regulate: How to Draw the Line? », in K. Yannaca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements : A Guide to the Key Issues*, New York, Oxford University Press, 2010, 445-477.

³¹ Voir CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, para. 354 ; CIRDI, *Continental Casualty Company c. République argentine*, affaire no. ARB/03/9, sentence, 5 septembre 2008, para. 276 et Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (CCS), *RosInvestCo UK Ltd. c. Fédération de Russie*, affaire n° V079/2005, sentence, 12 septembre 2010, para. 614 (Convention européenne des droits de l'homme).

³² CIRDI, *Tecnicas Medioambientales S.A. c. États-Unis du Mexique*, para. 116. Voir également Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), *Ronald S. Lauder c. République tchèque*, sentence, 3 septembre 2001, para. 200 ; CIRDI, *Azurix Corp. c. République Argentine*, affaire no. ARB/01/12, sentence, 14 juillet 2006, paras. 311-312 et CIRDI, *Total S.A. c. République argentine*, affaire no. ARB/04/1, sentence, 27 décembre 2010, para. 129.

³³ Voir CIRDI, *Tecnicas Medioambientales S.A. c. États-Unis du Mexique*, para. 116.

³⁴ V. Pellet, préface à Burgorgue *et al.* (dir.), *Les interactions normatives*, II.

³⁵ CIRDI, *Spyridon Roussalis c. Roumanie*, paras. 310-312.

tribunaux compétents en matière d'investissement, notamment depuis 1990³⁶, assure le respect effectif de ce droit fondamental en faveur des investisseurs. Là encore, les mentions de la jurisprudence régionale ou universelle des droits de l'homme dans les sentences arbitrales sont loin d'être exceptionnelles³⁷.

8.3.

Quant au principe de non-discrimination, il est omniprésent dans le droit des investissements, à travers les dispositions relatives au traitement national, à la non-discrimination entre les investisseurs, voire au traitement de la nation la plus favorisée, mais toutes sont insérées dans les traités dans une perspective relevant bien davantage du droit des investissements que de la protection des droits de l'homme. Comme on l'a fort bien expliqué,

[T]he operation of the concept of non-discrimination varies from one investment discipline to the other and, to some extent, among different human rights. By way of illustration, the assessment of whether two companies are in 'like' or 'similar' circumstances tends to be more demanding or, at least, more standardized in the context of the national treatment and MFN standards than in that of the FET standard. Under this latter standard, the relevant comparator may be an investor of the same State as the claimant. Moreover, assessments under the FET standard are conducted on a case-by-case basis in view of all relevant circumstances, thus affording the judge and/or the arbitrator with a degree of flexibility in the exercise of their function. Similarly, the assessment of whether a taking has been discriminatory can also focus on two investors of the same nationality or, in the human rights context, on two nationals of the same State³⁸.

³⁶ Voir CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, affaire no. ARB/87/3, sentence finale, 27 juin 1990. Dans cette affaire, pour la première fois, un tribunal arbitral CIRDI se déclarait compétent sur le seul fondement d'une clause de règlement des différends contenu dans un TBI et donnant compétence au Centre.

³⁷ Voir CNUDCI, *Ronald Lauder c. République Tchèque*, para. 200 ; CIRDI, *Mondev International Ltd. c. États-Unis d'Amérique*, affaire no. ARB(AF)/99/2, sentence, 11 octobre 2002, paras. 137-138 et 143-144 ; CIRDI, *Tecnicas Medioambientales S.A. c. États-Unis du Mexique*, para. 116 ; CIRDI, *The Loewen Group, Inc. c. États-Unis d'Amérique*, affaire no. ARB(AF)/98/3, sentence, 26 juin 2003, para. 165 ; CIRDI, *Azurix Corp. c. République argentine*, paras. 311-312 ; CIRDI, *ADC Affiliate Limited and ADC et ADMC Management Limited c. République de Hongrie*, affaire no. ARB/03/16, sentence, 2 octobre 2006, para. 497 ; CIRDI, *Saipem S.p.A. c. Bangladesh*, affaire no. ARB/05/7, décision sur la compétence les mesures provisoires, 21 mars 2007, para. 130 ; CIRDI, *Toto Costruzioni Generali S.P.A. c. Liban*, affaire no. ARB/07/12, décision sur la compétence, 11 septembre 2009, paras. 158-160. Dans cette dernière affaire, le Tribunal a estimé : « Under the Optional Protocol to the ICCPR, a State may accept that individual persons file a complaint against the State before the ICCPR Commission, which then gives its opinion. However, Lebanon has not ratified this Protocol and thus cannot be summoned before the Commission. Nevertheless, the decisions of the Commission are relevant to interpret the scope of Article 14 of the ICCPR » (para. 159).

³⁸ Dupuy & Vifiales, « Human Rights and Investment ».

Et ce n'est, finalement, que dans cette dernière (et exceptionnelle) hypothèse que la non-discrimination peut être directement considérée comme protectrice de « vrais » droits humains.

Ainsi, dans l'affaire *Mike Campbell et as. c. République du Zimbabwe*, le Tribunal de la Communauté de développement d'Afrique Australe (S.A.D.C.), appelé à régler un différend concernant la confiscation de biens d'agriculteurs blancs au Zimbabwe, a décidé que :

[T]he differentiation of treatment meted out to the Applicants also constitutes discrimination as the criteria for such differentiation are not reasonable and objective but arbitrary and are based primarily on considerations of race. The aim of the Respondent in adopting and implementing a land reform programme might be legitimate if and when all lands under the programme were indeed distributed to poor, landless and other disadvantaged and marginalized individuals or groups³⁹.

9.

Les choses sont plus ambiguës quand on considère l'autre aspect – l'autre côté de la médaille –, la protection générale des droits de l'homme ; non plus ceux des investisseurs, mais, comme dans *Mike Campbell et as.*, ceux des populations concernées. Ici les deux branches du droit – investissement et droits de l'homme – divergent ; le recours aux règles protectrices des droits de l'homme n'est plus un moyen de protéger l'investisseur, mais de protéger *contre* celui-ci. Cette « divergence » est, cependant, plus limitée qu'il y paraît et peut être réduite par de multiples procédés :

9.1.

Une récente évolution jurisprudentielle pourrait y contribuer. Il s'agit du désormais célèbre – mais très discuté – quatrième critère entrant dans la définition d'un investissement au titre de l'article 25(1) de la Convention CIRDI dégageé initialement dans la décision sur la compétence rendue dans l'affaire *Salini c. Maroc* le 23 juillet 2001⁴⁰. En effet, si « la contribution au *développement* économique de l'État d'accueil » est un élément de cette définition, les arbitres peuvent, sans trop d'artifice, considérer que la compatibilité de l'investissement avec le respect des droits fondamentaux de la personne humaine constitue une composante du « test *Salini* », le développement ne pouvant être assimilé à une notion purement quantitative.

³⁹ SADC, aff. n° 2/2007, arrêt, 28 novembre 2008, 52–54.

⁴⁰ CIRDI, *Salini Costruttori Spa c. Maroc*, décision sur la compétence, 23 juillet 2001, trad. in E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, vol. I, Paris, Pedone, 2004, 629-639.

9.2.

Il peut arriver que les États parties à un Traité Bilatéral d'Investissement (TBI) y incluent des dispositions expresses relatives à la protection des droits de l'homme, voire de certains droits spécifiques. Ainsi, l'article 13 du modèle de TBI des États-Unis de 2012 préserve expressément – quoiqu'en recourant à un langage juridiquement imprécis, les droits des travailleurs reconnus tant au plan universel que par le droit interne⁴¹. Pour sa part, le préambule du modèle norvégien de 2007 réaffirme l'engagement plus général des Parties contractantes « to democracy, the rule of law, human rights and fundamental freedoms in accordance with their obligations under international law, including the principles set out in the United Nations Charter and the Universal Declaration of Human Rights »⁴².

9.3.

Les tribunaux arbitraux sont souvent expressément appelés par le texte les instituant à appliquer le droit international public à l'instar de ce que prévoit l'article 42(1) de la Convention de Washington de 1965 pour ce qui est des tribunaux CIRDI. Plus généralement, un « bilateral investment treaty is applicable in conjunction with 'the principles of international law' or 'the applicable rules of international law' »⁴³, en l'absence même de clause expresse en ce sens⁴⁴.

⁴¹ Modèle de TBI des États-Unis de 2012, article 13 : « (1) The Parties reaffirm their respective obligations as members of the International Labor Organization ("ILO") and their commitments under the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up. (2) The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by weakening or reducing the protections afforded in domestic labor laws. Accordingly, each Party shall ensure that it does not waive or otherwise derogate from or offer to waive or otherwise derogate from its labor laws where the waiver or derogation would be inconsistent with the labor rights referred to in subparagraphs (a) through (e) of paragraph 3, or fail to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction, as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion, or retention of an investment in its territory » Et le paragraphe 3 énumère les domaines précis dans lesquels cette prééminence est reconvenue (disponible à l'adresse : <http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>).

⁴² Disponible à l'adresse : <http://italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf>.

⁴³ Y. Banifatemi, « The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration », in K. Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2010, 197. Voir not. : CIRDI, *MTD Equity Sdn Bhd et MTD Chile SA c. Chili*, affaire no. ARB/01/7, sentence, 25 mai 2004, para. 87.

⁴⁴ Voir CIRDI, *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, para. 21; CIRDI, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. République arabe d'Égypte*, affaire n° ARB/84/3, sentence, 20 mai 1992, ICSID Reports 1995, 208, para. 84 ; CIRDI, *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. République arabe d'Égypte*, affaire n° ARB/99/6, sentence, 12 avril 2002, para. 87 ; CIRDI, *MTD Equity Sdn. Bhd. et MTD Chile S.A. c. République du Chili*, sentence, 25 mai 2004, para. 188.

La protection des droits de l'homme, qui fait partie du droit international général, peut donc être assurée par ce biais dans le contentieux de l'investissement.

9.4.

La règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités – et en particulier son paragraphe 3(c), qui impose d'interpréter un traité en tenant compte « en même temps que du contexte [...] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » peut également faciliter la prise en compte des normes de droits de l'homme dans les arbitrages concernant des investissements⁴⁵.

10.

Ces dispositions (ou principes) peuvent donc sans aucun doute être invoqués par les États défendeur devant les tribunaux arbitraux en matière d'investissement. Ils se heurteront, cependant, à des obstacles non négligeables. Les tribunaux arbitraux ont en effet, en règle générale, tendance à suivre une logique d'investissement plutôt qu'à se fonder sur les règles protectrices des droits humains. Il existe plusieurs explications à cela, même s'il est difficile d'y voir des justifications convaincantes de ce strabisme prononcé vers l'investissement.

⁴⁵ B. Simma donne un exemple de l'utilisation qui aurait pu être faite de de cette disposition dans l'affaire *Piero Foresti et autres c. Afrique du Sud* (affaire CIRDI no. ARB(AF)/07/1, sentence, 4 août 2010): « In this case, the claimants maintained that the Black Economic Empowerment legislation enacted by South Africa violated the non-discrimination obligations under the BIT. The relevant rules of international law capable of informing the interpretation of these obligations are to be found in the 1965 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), which recognizes in CERD article 1(4) that in circumstances where beneficial measures targeting certain groups are necessary in order to ensure that these groups are capable of exercising equal rights and freedoms, such positive discrimination will not constitute 'racial discrimination' as prohibited by CERD. More than that, CERD article 2(2) imposes an obligation on States to take such measures if the circumstances so warrant. Because CERD addresses the issue of (non-)discrimination for more than 170 States parties, it is appropriate to employ the definition in CERD for the interpretation of similar non-discrimination standards, like the one contained in our BIT. CERD articles 1(4) and 2(2) are both relevant rules in the interpretation of the non-discrimination provisions of the two BITs in question (the 1998 Benelux-South Africa BIT, and the 1997 Italy-South Africa BIT) [...] For this reason, and absent contrary language in the BITs themselves, the CERD provisions in articles 1(4) and 2(2) may be deemed relevant to the interpretation of non-discrimination in the two BITs. I admit that the example of CERD applied to the Foresti scenario is relatively uncomplicated insofar as the States parties to the BITs involved became also parties to CERD. It is more complicated if such treaty membership does not overlap, though this challenge may be met by resorting to the concept of obligations erga omnes », (Simma, « Foreign Investment Arbitration », 585-586). Voir aussi Wouters & Hachez, « When Rules and Values Collide », 334.

10.1.

La première raison de cette indifférence marquée par les arbitres à l'égard des droits de l'homme autres que le droit de propriété et les droits connexes tient sans doute avant tout au fait que les arbitres sont généralement issus du « secteur privé » (*lato sensu*); et, même si l'on peut noter une tendance récente à faire davantage appel à des internationalistes de droit public, les spécialistes de droit des affaires demeurent les plus sollicités – et l'on ne peut guère s'attendre à ce que des personnes qui, toute leur vie, ont été habitués à raisonner en termes de maximisation des profits et de protection des investissements privilégient l'intérêt général, ou plutôt à ce qu'ils conçoivent que la protection de l'investisseur d'une part, et celle de l'intérêt général ne coïncident pas forcément en tout... Comme l'a relevé Bruno Simma, il y a sûrement :

[A] bit of reticence, *Berührungsangst*, vis-à-vis human rights within the foreign investment protection/arbitration profession. This might be in the investment arbitrators' genes, because what is probably the large majority of them has a private or commercial law rather than a public law or public international law background and might thus tend to see international human rights as a potential, or probable, cause of political disturbances, intruding in their 'purely legal', autonomous field, with its ground rules being determined by neo-liberal thought⁴⁶.

10.2.

Une autre raison de la timidité des tribunaux d'investissement à suivre les arguments basés sur le non-respect des droits de l'homme est que les droits les plus susceptibles d'être invoqués devant eux sont ceux de la « deuxième » et de la « troisième génération » – les droits à la santé, à un environnement sécurisé ou à l'eau potable en particulier; ils sont si vagues, leur « pédigrée » juridique est tellement incertain que les tribunaux, non sans regret mais avec des raisons juridiques plutôt convaincantes, hésitent le plus souvent à se fonder sur ces droits. Il peut arriver qu'ils le fassent avec brutalité et sans trop s'embarrasser de nuances⁴⁷ :

The Arbitral Tribunals agree in this regard with the Claimants that the reference to 'such rules of general international law as may be applicable' in the BITs does not incorporate the universe of international law into the BITs or into disputes arising under the BITs. [...] The Petitioners provided no evidence or support for their assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did

⁴⁶ Simma, « Foreign Investment Arbitration », 576.

⁴⁷ Les formules ci-dessous reproduites du Tribunal dans l'affaire *Bernhard von Pezold* semblent d'autant plus abusivement générales, que les pétitionnaires (l'*European Center for Constitutional and Human Rights* et quatre communautés autochtones du Zimbabwe) invoquaient la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones dont le caractère de droit positif peut être contesté.

not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete⁴⁸.

Plus souvent, les tribunaux arbitraux esquiveront la question en estimant qu'elle ne se pose pas. Ainsi, dans les affaires *Suez c. Argentine*, le Tribunal a constaté que :

Argentina has suggested that its human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligations, and must respect both of them. Under the circumstances of this case, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive⁴⁹.

Tel était peut-être le cas, mais on ne peut échapper à l'impression que nier le conflit entre les obligations invoquées est une manière facile de n'avoir pas à le trancher avec le risque de devoir établir une hiérarchie entre elles⁵⁰.

Il n'en reste pas moins que, même s'ils n'entraînent que des obligations corrélatives de comportement, ces droits de deuxième et troisième génération sont juridiquement contraignants et que les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires à leur mise en œuvre. Il ne peut donc être exclu qu'un État puisse légitimement modifier les conditions d'un investissement dans l'intérêt supérieur

⁴⁸ CIRDI, *Bernhard von Pezold et al./Border Timbers Limited et al. c. République du Zimbabwe*, affaires no. ARB/10/15 et ARB/10/25, ordonnance procédurale, 26 juin 2012, paras. 57-58 et 60.

⁴⁹ CIRDI, *Suez et al. c. République argentine*, affaires no. ARB/03/19 et ARB/03/19, sentences, 30 juillet 2010, respectivement paras. 240 et 262. Voir aussi : CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire no. ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, para. 121 : « In this case, the Tribunal does not find any such collision. First because the Constitution carefully protects the right to property, just as the treaties on human rights do, and secondly because there is no question of affecting fundamental human rights when considering the issues disputed by the parties » ; pour d'autres exemples, voir : CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, affaire no. ARB/96/1, sentence, 17 février 2000, para. 72 ; CIRDI, *CMS Gas Transmission Company c. République argentine*, affaire no. ARB/01/8, sentence, 12 mai 2005, paras. 114 et 121 ; *Azurix Corp. c. République argentine*, para. 261 ; CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, para. 79 et CIRDI, *Sempra Energy International c. République argentine*, affaire no. ARB/02/16, sentence, 28 septembre 2007, paras. 331-332.

⁵⁰ En ce sens voir Dupuy & Viñuales, « Human Rights and Investment ». Les auteurs font référence à J.E. Viñuales, « Conflit de normes en droit international: normes environnementales vs. protection des investissements », in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, 2010, 407. Voir aussi : Wouters & Hachez, « When Rules and Values Collide », 333.

de la population⁵¹, qu'il s'agisse, par exemples, de faire respecter le droit à l'eau ou à la santé⁵². Tout est ici question d'équilibre⁵³.

Et, bien que le Tribunal CIRDI constitué dans l'affaire *Suez c. Argentine* ne l'ait pas suivie, l'approche systémique invoquée par un *amicus curiae* (le Centre pour le Droit international de l'environnement) fournit à cet égard une piste que l'on aurait tort d'écarter d'un revers de mains :

In application of this principle of systemic interpretation, human rights law can add color and texture to the standards of treatment included in a BIT. In addition, systemic interpretation is particularly apt when the terms of a treaty are by their nature open-textured, such as the fair and equitable treatment standard. A contextual interpretation of language in a BIT is also necessary because investment and human rights law seem to encounter frictions at the level of regimes, particularly in regards to quantitative policy space available for social development. Indeed, the 'regulatory chill' that may result from certain interpretations of investment disciplines could reduce the capabilities of States to fulfill their human rights obligations, including their duty to regulate. In that sense, a contextual interpretation leads to normative dialogue, accommodation, and mutual supportiveness among human rights and investment law⁵⁴.

Telle est, semble-t-il la démarche qu'a suivie le Tribunal constitué dans l'affaire *Saur International c. Argentine* :

En réalité, les droits de l'homme en général, et le droit à l'eau en particulier, constituent l'une des diverses sources que le Tribunal devra prendre en compte pour résoudre le différend car ces droits sont élevés au sein du système juridique argentin au rang de droits constitutionnels, et, de plus, ils font partie des principes généraux du droit international. L'accès à l'eau potable constitue, du point de vue de l'État, un service public de première nécessité et, du point de vue du citoyen, un droit fondamental. Pour ce motif, en cette matière, l'ordre juridique peut et doit réserver à l'Autorité publique des fonctions légitimes de planification, de supervision, de police, de sanction, d'intervention et même de résiliation, afin de protéger l'intérêt général.

Mais ces prérogatives sont compatibles avec les droits des investisseurs à recevoir la protection offerte par l'APRI. Le droit fondamental à l'eau et le droit de l'investisseur à bénéficier de la protection offerte par l'APRI opèrent sur des plans différents : l'entreprise concessionnaire d'un service public de première nécessité se trouve dans une situation de dépendance face à l'administration publique, qui dispose de pouvoirs spéciaux pour en garantir la jouissance en raison de la souveraineté du droit fondamental à l'eau ; mais l'exercice de ces pouvoirs ne se fait pas de façon absolue

⁵¹ Dans le même sens : Simma, « Foreign Investment Arbitration », 586-590.

⁵² Voir les Observations générales no. 14 (UN doc. E/C.12/2000/4, 11 août 2000) et 15 (UN doc. E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003) du Comité des Droits économiques, sociaux et culturels.

⁵³ Voir aussi Simma, « Foreign Investment Arbitration », 593-595.

⁵⁴ CIRDI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., et Vivendi Universal S.A. c. République argentine*, affaire no. ARB/03/19, *amicus curiae*, 4 avril 2007, 15. Sur l'interprétation systémique, voir aussi Dupuy & J.E. Viñuales, « Human Rights and Investment ».

et doit, au contraire, être conjugué avec le respect des droits et des garanties octroyés à l'investisseur étranger en vertu de l'APRI⁵⁵. [...] Contrebalancer ces deux principes sera la tâche que le Tribunal devra effectuer lors de son analyse des prétentions substantives présentées par Sauri⁵⁶.

10.3.

Les tribunaux arbitraux tentent parfois d'échapper à leur responsabilité et de s'exonérer de l'application des normes protectrices des droits de l'homme en affirmant leur incompétence⁵⁷. Il est exact que ces instances n'ont qu'une juridiction d'attribution, qui ne leur permet que de statuer sur les différends relatifs aux investissements. Mais, la compétence et le droit applicable sont deux choses différentes et, dans la plupart des cas, les tribunaux en question sont appelés à appliquer le droit international et la protection des droits de l'homme y est assurée⁵⁸.

Comme on l'a écrit : « [H]uman rights treaties agreed to by all the parties concerned should be considered 'relevant rules of international law' and can help arbitral tribunals to arrive at 'harmonious interpretations' of investment and human rights instruments, and to take account of the evolution of the wider body of international law in interpreting investment instruments »⁵⁹. On ne peut que se rallier à cette façon de voir tout en reconnaissant que le lien « between international human rights norms and the specific measures adopted by a State at the domestic level may be difficult to establish »⁶⁰.

II.

On peut noter à cet égard que la situation est différente dans le cadre du mécanisme de règlement des différends à l'OMC. Non seulement les groupes spéciaux et, en dernière instance, l'Organe d'appel, ont une compétence limitée, mais le droit applicable par eux est strictement défini et limité : ils ne peuvent appliquer que les « accords visés » énumérés dans une annexe au Mémoire d'accord

⁵⁵ Accord relatif à la promotion et la protection mutuelle des investissements entre l'Argentine et la France, 3 juillet 1991.

⁵⁶ CIRDI, *Saur International S.A. c. République argentine*, affaire no. ARB/04/4, sentence, 6 juin 2012, paras. 330-332.

⁵⁷ CNUDCI, *Biloune et Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investments Centre et le Gouvernement du Ghana*, sentence sur la compétence et la responsabilité, 27 octobre 1989, *International Law Reports*, 1994, 184, para. 213 ; voir aussi CIRDI, *Bernhard von Pezold et al.*, para. 59.

⁵⁸ Voir section 9.3. ci-dessus.

⁵⁹ Wouters & Hachez, « When Rules and Values Collide », 334 ; voir aussi : F. Horchani, « Les droits de l'homme », 157.

⁶⁰ Dupuy & J.E. Viñuales, « Human Rights and Investment », citant CIRDI, *Siemens A.G. c. République argentine*, para. 79.

sur le règlement des différends⁶¹. Bien que le cas ne se soit jamais présenté, on peut soutenir que, s'il appartient sans aucun doute aux organes de l'OMC de prendre en considération les principes et traités de droits de l'homme pour l'interprétation des « accords visés » en question, ils ne pourraient pas les *appliquer*⁶². Le problème se pose différemment dans le cadre du droit des investissements qui est – ou devrait être ? – plus « ouvert » aux considérations liées aux droits de l'homme que ne peut sans doute l'être le droit de l'OMC.

12.

Les tribunaux compétents dans le domaine des investissements n'appliquent les règles protectrices des droits de l'homme qu'avec parcimonie, prudence et réticence. Mais des constatations « symétriques » peuvent être faites si l'on examine la jurisprudence des organes de droits de l'homme en matière de protection des droits des investisseurs.

12.1.

En premier lieu, il semble que les organes de droits de l'homme citent fort rarement la jurisprudence des tribunaux compétents en matière d'investissements⁶³. Il est vrai que, largement enfermés dans leur tour d'ivoire, ils citent également peu la jurisprudence internationale (générale).

Il existe cependant au moins un cas dans lequel une même personne a saisi successivement, et même simultanément, le CIRDI et une Cour régionale des Droits de l'homme. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2011, la Cour européenne a relevé que l'affaire qui lui était soumise avait fait l'objet de procédures devant le CIRDI – dont l'une était à l'époque toujours pendante⁶⁴ ; toutefois, elle n'a pas

⁶¹ Voir les Articles 1(1) et 7(1) du Mémoire d'Accord sur le Règlement des Différends (MARD).

⁶² Voir G. Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, 13(4), 2002, 753-814.

⁶³ Il y a quelques exceptions ; voir par exemple : Cour EDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, requête n° 13427/87, arrêt, 9 décembre 1994, Série A No 301-B, para. 72 (dans cet arrêt la Cour Européenne des Droits de l'Homme se réfère aux sentences rendues dans les affaires *Lena Goldfields Company Ltd c. gouvernement soviétique* (sentence du 2 septembre 1930, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, vol. 5 (1929-1930) (affaire no. 258)) et *Texaco Overseas Petroleum Company et California Asiatic Oil Company c. gouvernement de la République arabe de Libye* (décision préliminaire du 27 novembre 1975, *International Law Reports*, vol. 53, 1979, 393) pour affirmer que « la résiliation unilatérale d'un contrat reste sans effet à l'égard de certaines clauses essentielles de celui-ci »).

⁶⁴ Cour EDH, *Kemal Uzan c. Turquie*, requête n° 18240/03, arrêt, 29 mars 2011, paras. 37-38.

estimé « nécessaire d'examiner les deux exceptions d'irrecevabilité soulevées par le Gouvernement, la requête étant en tout état de cause irrecevable pour défaut manifeste de fondement [...] »⁶⁵.

Dans les affaires *Yukos*, plusieurs personnes morales et physiques ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme et un tribunal arbitral (la Cour Permanente d'Arbitrage) de faits en partie identiques. Les deux instances se sont reconnues compétentes ; mais, au raisonnement purement technique du Tribunal, la Cour ajoute une dimension clairement « droits-de-l'homme ». Après avoir écarté l'exception d'incompétence⁶⁶ du fait que les deux requêtes n'étaient pas « essentiellement les mêmes »⁶⁷, elle rappelle ce qu'elle avait dit dans sa décision sur la recevabilité dans la même affaire :

Human rights cases before the Court generally also have a moral dimension, which it must take into account when considering whether to continue with the examination of an application after the applicant has ceased to exist. All the more so if the issues raised by the case transcend the person and the interests of the applicant...⁶⁸

L'affaire *Kin-Stib et Majkić c. Serbie*, dans laquelle les requérants se plaignaient de la non-exécution d'une sentence arbitrale⁶⁹, confirme sans surprise l'importance particulière que la Cour de Strasbourg accorde aux considérations relatives aux droits de l'homme. Il s'agissait d'une décision rendue par une Cour arbitrale interne ; mais le raisonnement suivi par la Cour européenne pour donner en partie satisfaction aux plaignants pourrait également s'appliquer à des sentences transnationales :

The Court notes that a 'claim' can constitute a 'possession', within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, if it is sufficiently established to be enforceable (see *Burdov v. Russia*, no. 59498/00, § 40, ECHR 2002-III). It further recalls that it is the State's responsibility to make use of all available legal means at its disposal in order to enforce a binding arbitration award providing it contains a sufficiently established claim amounting to a possession (see, *mutatis mutandis*, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, §§ 61 and 62, Series A no. 301-B). Finally, the State must make sure that the execution of such an award is carried out without undue delay and that the overall system is effective both in law and in practice (see *Marčić and Others v. Serbia*, no. 17556/05, § 56, 30 October 2007) »⁷⁰.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 63. De son côté, le Tribunal CIRDI saisi de l'une de ces affaires s'est déclaré également incompétent sans se préoccuper de la procédure devant la CEDH (CIRDI, *Libananco Holdings Co. Limited c. République Turque*, affaire no. ARB/06/8, sentence, 2 septembre 2011).

⁶⁶ Cour EDH, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, requête no. 14902/04, arrêt, 20 septembre 2011, paras. 525-526.

⁶⁷ Voir l'article 35, paragraphe 2(b) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

⁶⁸ *Ibid.*, citant Cour EDH, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, para. 441.

⁶⁹ Cour EDH, *Kin-Stib et Majkić c. Serbie*, requête no. 12312/05, arrêt, 20 avril 2010, para. 85.

⁷⁰ *Ibid.*, para. 83. Un auteur estime cependant que, tout en étant possible à certaines conditions, la transposition du raisonnement de la Cour aux sentences CIRDI ne va pas

12.2.

Sur le fond, il y a assurément, des nuances entre la manière dont les organes de droits de l'homme d'une part, les tribunaux arbitraux compétents en matière d'investissement d'autre part traitent les questions similaires qui peuvent leur être soumises. Toutefois, il ne faut pas exagérer cette différence d'approche.

La protection du droit à la propriété privée par les cours régionales des droits de l'homme se distingue, à certains égards, de celle des intérêts des investisseurs par les tribunaux CIRDI ou équivalents. Ainsi, répondant d'une certaine manière à la position trop tranchée adoptée par le Tribunal CIRDI dans l'affaire *Bernhard von Pezold*⁷¹, la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a pas hésité à faire prévaloir la Convention de San José sur le Traité bilatéral d'investissement conclu en 1993 entre l'Allemagne et le Paraguay :

[T]he Court considers that the enforcement of bilateral commercial treaties negates vindication of non-compliance with state obligations under the American Convention; on the contrary, their enforcement should always be compatible with the American Convention, which is a multilateral treaty on human rights that stands in a class of its own and that generates rights for individual human beings and does not depend entirely on reciprocity among States⁷².

Il s'agit là d'un cas extrême. Mais une enquête empirique montre que les Cours de droits de l'homme tiennent sans doute davantage compte que les tribunaux transnationaux des intérêts supérieurs de l'État et de la marge d'appréciation dont les autorités publiques bénéficient pour les faire prévaloir. Pour n'en donner qu'un exemple, dans son arrêt *James c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, la Cour européenne a estimé que :

[S]ans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constituerait d'ordinaire une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 [du Protocole 1 à la Convention]. Ce dernier ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale. Des objectifs légitimes 'd'utilité publique', tels qu'en poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande. En outre, le contrôle de la Cour se borne à rechercher si les modalités choisies excèdent la large marge d'appréciation dont l'États jouit en la matière⁷³.

de soi (Y. Kryvoi, « *Kin-Stib & Majkić v. Serbia* (ECtHR), Introductory Note by Yaroslav Kryvoi », *International Legal Materials*, 49(4), 2010, 1181-1194).

⁷¹ Voir section 10.2. ci-dessus, en part. note 48.

⁷² Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (Cour IDH), *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay*, arrêt, 29 mars 2006, para. 140.

⁷³ Cour EDH, *James c. Royaume-Uni*, requête no. 8793/79, arrêt, 21 février 1986, Série A No 98, para. 54 ; voir aussi le para. 46. Voir aussi Cour EDH, *Lithgow c. Royaume-Uni*, arrêt, 8 juillet 1986, Série A No 102, para. 121 ; Cour EDH, *Scordino c. Italie*, requête no. 36813/97, arrêt 29 mars 2006, para. 95 et Cour EDH, *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice c. Slovaquie*, requête no. 74258/01, arrêt, 27 novembre 2007, paras. 114-115. Comp. : CIRDI, *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, affaire no. ARB/96/1,

Et, lorsqu'il s'agit de calculer le montant de l'indemnité due au propriétaire atteint dans ses droits, les Cours de Droits de l'homme n'ont pas l'approche comptable qui caractérise souvent la jurisprudence en matière d'investissement, mais elles statuent de façon presque avouée en équité, tout en se montrant plus « générale » en ce sens qu'elles accordent également des dommages-intérêts pour des préjudices non pécuniaires, notamment en cas de lenteur excessive de la procédure de réparation⁷⁴.

De cette manière, les Cours de droits de l'homme se montrent, différemment des tribunaux arbitraux, sensibles à la nécessité de préserver les droits de l'investisseur (même si elles assurent cette préservation au titre de la protection due au droit de propriété et non à l'investissement en tant que tel). Ainsi, mais ce n'est qu'un exemple parmi beaucoup d'autres, « [t]he European Court of Human Rights has not attempted to define what is a *de facto* expropriation in the Convention system. But ever since the *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* case, there have been numerous applications which could be classified under this heading. These are normally cases in which no formal expropriation procedure took place, but where the interference with the rights of an owner is so intense, serious, and usually durable that its effects resemble closely those of an expropriation^[75] »⁷⁶.

sentence, 17 février 2000, para. 71: « 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 » ; ou CIRDI, *Saur International S.A. c. République argentine*, para. 413.

⁷⁴ Voir Tomuschat, « The European Court of Human Rights », 654-655. L'auteur renvoie aux affaires suivantes: Cour EDH, *Comingersoll c. Portugal*, requête no. 35382/97, arrêt, 6 avril 2000, para. 36; Cour EDH, *Tor di Valle c. Italie*, requête no. 45862/99, arrêt, 9 novembre 2000, para. 15 ; Cour EDH, *Société industrielle d'entretien et de service (SIES) c. France*, requête no. 56198/00, arrêt, 19 mars 2002, para. 15 ; Cour EDH, *Société Comabat c. France*, requête no. 51818/99, arrêt, 26 mars 2002, para. 19 ; Cour EDH, *Sociedad Agrícola do Peral et autres c. Portugal*, requête no. 55340/00, arrêt, 30 juillet 2003, para. 31 et Cour EDH, *Société au service du développement c. France*, requête no. 40391/02, arrêt, 11 avril 2006, para. 39.

⁷⁵ [*Skibinscy v. Poland*, No. 52589/99, 14 November 2006 (impossibility of building on land designated for expropriation at some undetermined date, without any compensation); *Weber v. Germany*, No. 55878/00, Inadmissibility Decision, 23 October 2006; *Fleri Soler and Camilleri v. Malta*, No. 35349/05, 26 September 2006 (requisition of building for government use in 1941 and imposition of quasi-lease agreement that had lasted 65 years); *Chigo v. Malta*, No. 31122/05, 26 September 2006 (requisition of building for use of third-party tenants and imposition of a quasi-lease agreement that had lasted 22 years). See also *Bugajny et al. v. Poland*, No. 22531/05, 6 November 2007 (State's refusal to expropriate privately owned land used as public road and public property); *Longobardi v. Italy and Perinelli v. Italy*, Nos 7670/03, 7718/03, Inadmissibility Decision, 26 June 2007 (absolute prohibition, without compensation, on building in Rome on land designated as building land, in order to protect view of a nearby ancient mausoleum)].

⁷⁶ L. Wildhaber & I. Wildhaber, « Recent Case Law on the Protection of Property in the European Convention on Human Rights », in *International Investment Law for the 21st Century*, 666-667.

13.

Comme David Kennedy à propos des militants des droits de l'homme⁷⁷, on peut se demander si le droit des droits de l'homme et celui de l'investissement créent les problèmes liés à la fragmentation du droit international ou si, au contraire, ils contribuent à les résoudre.

Il ne fait aucun doute que l'irruption de l'un et de l'autre, avec un petit décalage dans le temps, dans la sphère du droit international a profondément marqué celui-ci – et en grande partie dans le même sens : il a cessé d'être exclusivement le droit entre les États pour devenir – aussi – celui de la communauté internationale⁷⁸ ; la qualité de sujet du droit des gens des personnes privées en est devenue indiscutable (même si elle demeure curieusement discutée...); et, dans ces domaines, le droit international s'en est trouvé « juridictionnalisé », sans que les autres branches du droit international en soient guère contaminées⁷⁹. À ces divers points de vue, on peut d'ailleurs considérer ces deux branches du droit international comme des facteurs de fragmentation de celui-ci : elles présentent des traits communs (qu'elles partagent aussi en grande partie avec le droit international pénal) – mais très largement hétérodoxes par rapport aux caractéristiques usuelles de l'ordre juridique international. Il n'en reste pas moins que ces

⁷⁷ Voir Kennedy, « The International Human Rights Movement ».

⁷⁸ Voir R.-J. Dupuy, *Le droit international public*, Paris, Presses Universitaires de France (Collection : « Que sais-je? » no. 1060), 2001 ; du même auteur, « Communauté internationale et disparités de développement », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 165, 1979-IV, 13-231 ; ou P.M. Dupuy, « Humanité, communauté et efficacité du droit », in *Humanité et droit international : Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, 133-148 ; voir aussi A. Pellet, « Les transformations de la gouvernance mondiale », in Société Française pour le Droit International, Colloque de Nancy, *L'État dans la mondialisation*, Paris, Pedone, 2013, 563-571.

⁷⁹ La création de l'Organe de Règlement des Différends (ORD) par les Accords de Marrakech créant l'OMC répond à une autre logique, plus interétatique, malgré quelques signes de « privatisation » (voir not. l'ouverture à des *amicus curiae* de la procédure devant les groupes spéciaux et l'Organe d'appel – cf. *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, DS/58, rapport du Groupe spécial, 15 mai 1998, paras. 7(7)-7(10) et rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998, paras. 79-91 ; *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, DS/138, rapport du Groupe spécial, 23 décembre 1999, para. 6(3) et rapport de l'Organe d'appel, 10 mai 2000, paras. 36-42 et *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, DS/135, rapport du Groupe spécial, 18 septembre 2000, paras. 8(12)-8(14). Voir aussi P. Ala'i, « Judicial Lobbying at the WTO : The Debate over the Use of *amicus curiae* Briefs and the U.S. Experience », *Fordham International Law Journal*, 24(1), 2000, 62-94 ; L. Boisson de Chazournes & M.M. Mbengue « L'*amicus curiae* devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC », in S. Maljean-Dubois (dir.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 400-443 et G. Marceau, « Practical Suggestions for *amicus curiae* Briefs Before WTO Adjudicating Bodies », *Journal of International Economic Law*, 4(1), 2001, 155-187.

« féodalités normatives »⁸⁰ relèvent de celui-ci : elles sont l'une et l'autre imprégnées du concept irréductible de souveraineté de l'État⁸¹, se réfèrent aux mêmes sources que ses autres branches, et font appel aux mêmes principes généraux.

14.

Droit de l'investissement et droit des droits de l'homme n'ont, au demeurant, pas une égale vocation à influencer sur le droit international dans son ensemble : alors que le premier est sans doute appelé à n'exercer qu'une influence limitée sur ses règles substantielles⁸², le second est certainement en situation de l'imprégner profondément même si ses relations avec le droit international général ne doivent pas être simplifiées à l'excès, à la manière « droits-de-l'homme »⁸³. Cinq propositions sommaires peuvent être avancées à cet égard :

14.1.

Tout d'abord, certains droits de l'homme sont investis d'une « valeur » juridique supérieure au niveau international. Mais ce n'est pas en raison de leur caractère de droits de l'homme en tant que tel ; cela tient au fait qu'ils ont acquis le statut de « normes impératives du droit international général ». Il n'est pas utile d'y revenir⁸⁴ : les droits de l'homme sont certainement la principale province du *jus cogens* et, lorsqu'il sont « impératifs », ils ont un rôle privilégié à jouer dans le droit international général. Mais ce rôle doit être évalué à sa juste mesure.

Comme le prévoit l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, tout traité en conflit avec une telle norme – qu'il s'agisse de droits de l'homme ou non – serait nulle et non avenue. De même, les « violations graves d'obligations découlant de normes impératives » ont des conséquences particulières (et pas seulement celles qui sont énumérées à l'Article 42 des Articles de la CDI de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite)⁸⁵.

⁸⁰ Dupuy, « L'unité de l'ordre juridique international », 429.

⁸¹ V. Ch. Chaumont, « Recherches du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, 114-151.

⁸² Pour un exemple de la réticence de la CIJ à reconnaître l'applicabilité générale des principes du droit de l'investissement, voir CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires*, arrêt, 24 mai 2007, CIJ Recueil 2007, 614-615, paras. 88-90.

⁸³ Voir section I ci-dessus.

⁸⁴ Voir section 5 ci-dessus.

⁸⁵ Annexe à la Résolution 56/83 de l'Assemblée générale, 12 décembre 2001. Voir A. Pellet, « Vive le crime! Remarques sur les degrés de l'illicite en droit international », in CDI, Alain Pellet (dir.), *Le droit international à l'aube du XXI^{ème} siècle – Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, 307-314.

Mais cela ne veut pas dire que définir un droit de l'homme (ou, d'ailleurs, toute autre règle de droit international) comme impératif sera un « tout maître » dans toutes les situations. La jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice est intéressante à cet égard ; dans deux arrêts récents, elle a fermement rappelé que le caractère *cogens* de la norme n'entraîne pas de conséquences procédurales ou juridictionnelles :

- dans *RDC c. Rwanda*, la Haute Juridiction a jugé que « le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties »⁸⁶ ;
- plus récemment, dans *Allemagne c. Italie*, la CIJ a déclaré que « [à] supposer [...] que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *jus cogens*, ces règles n'entrent pas en conflit avec celles qui régissent l'immunité de l'Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes »⁸⁷.

14.2.

Seconde proposition : le caractère de droit humain d'une norme juridique particulière n'est pas toujours décisif. Là encore, la (relativement) récente jurisprudence de la CIJ est un bon exemple – il s'agit de l'affaire *LaGrand*, dans laquelle l'Allemagne a mis en cause la responsabilité des États-Unis pour violation de l'article 36, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires. Dans son arrêt, la Cour a noté à juste titre qu'elle n'avait pas besoin « d'examiner l'argumentation supplémentaire de l'Allemagne tendant à fonder une [...] obligation [à la charge des États-Unis] sur le fait que le droit d'une personne détenue d'être informée sans retard aux termes du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ne serait pas seulement un droit individuel, mais aurait aujourd'hui acquis le caractère d'un droit de l'homme » puisqu'elle avait déjà déterminé que les États-Unis avaient violé cette obligation⁸⁸. Ceci conduit à une remarque plus générale.

⁸⁶ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, 3 février 2006, CIJ Recueil 2006, 51-52, para. 125 (voir aussi 31-32, para. 64).

⁸⁷ CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, 3 février 2012, para. 93.

⁸⁸ CIJ, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001, 514, para. 126.

14.3.

Assurément, les droits de l'homme présentent des caractères spéciaux. Mais cette spécificité ne peut pas être un prétexte pour les couper de manière rigide des règles générales du droit international ou, pour le dire légèrement autrement, les règles générales du droit international sont parfaitement capables de faire face aux spécificités présumées des droits humains. La question des réserves aux traités de droits de l'homme fournit une illustration de cette importante proposition.

En 2011, la Commission du Droit international a adopté son *Guide de la pratique sur les réserves aux traités*⁸⁹. Aucune des 182 directives qui, avec les commentaires dont elles sont assorties, constituent ce Guide, ne mentionne expressément les droits de l'homme⁹⁰, alors même que les conventions relatives aux droits humains sont certainement la catégorie de traités qui attire le nombre le plus important de réserves.

La raison de ce silence est que, après mûre réflexion – et, parfois, de grandes joutes (y compris avec les organes de droits de l'homme), la Commission est arrivée à la conclusion qu'il n'était pas utile de forger un régime spécial pour les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme: les règles générales s'appliquent – et si elles ne s'appliquent pas, il n'est nul besoin d'inventer de nouvelles règles. Le meilleur exemple est le « problème » de la réciprocité. Mais, à vrai dire, *ce n'est pas un problème*.

Indiscutablement, la réciprocité n'est présente que tout à fait marginalement dans les instruments de droits de l'homme. Ceci a été clairement reconnu par la CIJ⁹¹ et les Cours régionales des droits de l'homme⁹². Cependant, cette spécificité ne rend pas pour autant le régime général des réserves inapplicable. Bien sûr, conséquence de la nature même des clauses « non réciproques » auxquelles s'appliquent les réserves, « the reciprocal function of the reservation mechanism is almost meaningless »⁹³. Mais l'application réciproque des réserves n'est pas indispensable au bon fonctionnement des règles de Vienne. Toute règle de droit

⁸⁹ AGNU, *Guide de la pratique sur les réserves aux traités, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 63^{ème} session*, UN doc. A/66/10/add.1. L'auteur de ces lignes a été Rapporteur spécial de la CDI sur ce sujet.

⁹⁰ Bien sûr, l'expression apparaît abondamment dans les commentaires – pas moins de 144 fois, et même 355 fois si l'on inclut les notes de bas de page.

⁹¹ CIJ, *Réserves à la Convention sur le Génocide*, avis consultatif, 28 mai 1951, CIJ Recueil 1951, 23.

⁹² Cour EDH, *Loizidou c. Turquie, objections préliminaires*, requête no. 15318/89, Grande chambre, arrêt, 23 mars 1995, Série A No 310, para. 70, citant *Irlande c. Royaume-Uni*, requête no. 5310/71, (1978) Série A No 25, para. 239. Voir aussi Cour IDH, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights (Arts 74 and 75)*, avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, Série A No 2 ; et Comité des Droits de l'Homme, Observation générale no. 24 (52), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (1994), para. 17.

⁹³ R. Higgins, « Human Rights: Some Questions of Integrity », *Commonwealth Law Bulletin*, 15(2), 1989, 9.

ne s'applique que lorsqu'elle est applicable... : lorsqu'une réserve valable est faite à une clause non-réciproque, l'article 21, paragraphes I(b) ou 3 de la Convention de Vienne de 1969 (qui prévoient des effets réciproques des réserves) ne s'appliquera tout simplement pas. Et c'est tout.

Un autre exemple est celui des traités portant sur une pluralité de droits de l'homme. Jusqu'à la quasi-dernière minute – c'est-à-dire jusqu'en 2010 – on a pensé qu'il serait utile de consacrer une directive particulière dans le *Guide de la pratique* aux questions spécifiques concernant la détermination de l'objet et du but des « traités généraux de droits de l'homme » comme les Pactes de 1966 ou les conventions régionales des droits de l'homme⁹⁴. Cependant, au cours de la dernière lecture, la Commission a constaté qu'il n'y avait aucune raison d'individualiser les traités de droits de l'homme puisque les mêmes considérations entraînent en jeu pour tous les traités contenant de nombreux droits et obligations interdépendants. Et c'est pour cette raison que la Commission a finalement adopté la directive 3.1.5.6 concernant les réserves non pas au « traités généraux de droits de l'homme », mais aux « traités contenant de nombreux droits et obligations interdépendants » en général⁹⁵.

14.4.

Ceci conduit à une quatrième proposition : s'il est vrai que les règles relatives à la protection des droits de l'homme présentent certaines particularités par rapport aux autres normes du droit international – spécificités qu'elles partagent en tout ou en partie avec des règles relevant d'autres domaines du droit international, comme le droit des investissements, mais aussi la protection de l'environnement ou le désarmement, et même à certains égards, les règles uniformes de droit international privé, il est également vrai que toutes enrichissent le *corpus* du droit international général. L'exemple précédent illustre cette situation : c'est en réfléchissant sur les traités de droits de l'homme complexes que la CDI est arrivée à la conclusion qu'il n'y avait ni nécessité ni raison d'individualiser les traités relatifs aux droits de l'homme. De même, c'est après de longs débats avec les organes des droits de l'homme que la Commission a adopté la directive

⁹⁴ Voir le projet de directive 3.1.12 (« Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable, interdépendant et intimement lié des droits qui y sont énoncés ainsi que de l'importance que revêt le droit ou la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve. » *AGNU*, UN Doc. A/62/10, (2007), 116-119.

⁹⁵ Directive 3.1.5.6 (Réserves aux traités contenant de nombreux droits et obligations interdépendants): « Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité contenant de nombreux droits et obligations interdépendants, il convient de tenir compte de cette interdépendance ainsi que de l'importance que revêt la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de l'ampleur de l'atteinte que lui porte la réserve ».

cruciale 4.5.3 sur le « Statut de l'auteur d'une réserve non valide à l'égard du traité », qui offre une solution équilibrée à l'une des questions les plus litigieuses concernant les réserves aux traités, la divisibilité d'une réserve non valide – question qui, depuis longtemps, a fortement divisé les organes conventionnels des droits de l'homme, d'une part, et les défenseurs du régime « général » des réserves tel qu'il est fixé dans les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969, d'autre part⁹⁶.

Mais il y a plus que cela : il faut rappeler que le changement radical dans le droit des réserves s'est produit à la suite de l'avis consultatif de la CIJ de 1948 sur les *Réserves à la convention sur le génocide* – un traité de droits de l'homme précisément. Depuis lors, et en dépit de la « résistance » de la CDI jusqu'en 1962, les règles, inventées puis appliquées par la Cour, sont devenues le « système souple » applicable à toutes les réserves, quel que soit l'objet des traités concernés.

14.5.

Cela dit, l'influence des droits de l'homme sur le droit international public général est bien sûr beaucoup, beaucoup plus large et il n'est pas exagéré de considérer que leur irruption au niveau international a profondément changé la nature même du droit international public.

Contrairement à une idée toute faite et erronée, le droit international contemporain n'est pas fragmenté – ni même dans un processus de fragmentation. Il évolue. Et, dans cette évolution, les droits de l'homme ont joué un rôle non pas exclusif, mais tout à fait décisif. Ils sont une partie prenante importante dans l'évolution générale de ce qu'on pourrait appeler l'« objectivation » du droit international⁹⁷. Le droit de l'investissement a exercé une influence dans le même sens, mais certainement avec une « intensité » moindre – ne fût-ce que parce que la marche avait été ouverte avec l'internationalisation de la protection des droits humains.

À vrai dire, le droit des droits de l'homme comme celui des investissements sont, si l'on veut, des « fragments » du droit international, car ils font l'un et l'autre partie de celui-ci ; et, du même coup, inégalement, ils ont profondément et durablement, influencé son évolution. Mais, encore une fois, cela ne signifie pas que le droit international est fragmenté ou qu'il est en train de se fragmenter – cela signifie simplement que les choses progressent ; lentement mais sûrement. Le droit des droits de l'homme et, dans une mesure moindre, celui de l'investissement, constituent de puissants facteurs de ce progrès.

⁹⁶ Cf. le commentaire de cette directive dans le *Guide de la pratique*, voir note 89 ci-dessus.

⁹⁷ Voir section 13 ci-dessus.